

COMPRA PÚBLICA VERDE Y CAMBIO CLIMÁTICO

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

COMPRA PÚBLICA VERDE Y CAMBIO CLIMÁTICO

Ximena Lazo Vitoria
(Directora)

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.

© 2022 Los autores

© 2022 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: atelier@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18780-53-0

Depósito legal: B 19167-2022

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

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
COMPRA PÚBLICA VERDE: UNA HERRAMIENTA ESTRATÉGICA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO	11
<i>Ximena Lazo Vitoria</i>	
LA COMPRA PÚBLICA VERDE EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO	39
<i>Francisco Hernández González</i>	
SOLVENCIA TÉCNICA AMBIENTAL.	71
<i>Begoña Fernández Ruiz</i>	
LAS ETIQUETAS AMBIENTALES EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA HERRAMIENTA PARA SIMPLIFICAR Y DOTAR DE SEGURIDAD JURÍDICA A LA INTEGRACIÓN DE CONSIDERACIONES AMBIENTALES EN LA PREPARACIÓN CONTRACTUAL.	111
<i>J. José Pernas García.</i>	
LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR	153
<i>Teresa Medina Arnaiz</i>	
PYMES Y COMPRA PÚBLICA VERDE: DERRIBANDO BARRERAS	185
<i>Javier Miranzo Díaz</i>	

LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AL SERVICIO DE LA CALIDAD AMBIENTAL Y DE LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: EL PRECIO EN JAQUE	209
<i>Rafael Fernández Acevedo</i>	
LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN MEDIOAMBIENTALES: PALANCA PARA EL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	263
<i>Juan Martínez Martínez</i>	
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y COMPRA PÚBLICA VERDE: LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE*	289
<i>Javier Serrano Chamizo</i>	
EL TEMA AMBIENTAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CATALÁN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	303
<i>M^a Eugenia López Mora</i>	
ANÁLISIS DE LAS POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE CLÁUSULAS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA RENOVABLE EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES	325
<i>Elena Hernández Salguero</i>	
LA PARADOJA DE EJECUTAR LOS FONDOS NEXT GENERATION EU (NG) Y NO CAUSAR DAÑO AL MEDIOAMBIENTE	347
<i>Teresa Moreo Marroig</i>	
MADERA CERTIFICADA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.	371
<i>Miren Sarasibar Iriarte</i>	
LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN: UNA PRIORIDAD PARA EUROPA*	405
<i>Jesús del Olmo Alonso</i>	
FUENTES PARA AMBIENTALIZAR CONTRATOS PÚBLICOS	451
<i>Juan Martínez Martínez</i>	

PRESENTACIÓN

*«Convertirnos en el primer continente
climáticamente neutro del mundo es el mayor reto
y la mayor oportunidad de nuestro tiempo,
e implica la adopción de medidas decisivas».*

Ursula von der Leyen
Presidenta de la Comisión Europea
Orientaciones Política

Compra pública Verde y Cambio Climático es un trabajo colectivo que aporta una visión crítica del estado actual y de las líneas de desarrollo de la CPV como herramienta estratégica para luchar contra el cambio climático.

Este libro se enmarca en el Proyecto de Investigación UAH CCG20/CCSJ-015 «*Compra Pública Verde y cambio climático, análisis sectorial: edificación y alimentación*», financiado por la Universidad de Alcalá bajo la modalidad «*Proyectos para potenciar la creación y consolidación de Grupos de Investigación*». Programa propio del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia, UAH

Se estructura en 15 Capítulos cuyo diseño permite conocer en profundidad el binomio contratación-sostenibilidad, sus problemas de aplicación y su virtualidad transformadora. El libro ofrece análisis exhaustivos y sistemáticos de los temas nucleares así como de los aspectos más controvertidos de la CPV en la actualidad. Entre otros, la solvencia técnica ambiental, la legislación climática EU, estatal y autonómica y su incidencia en la contratación pública, la irrupción de los Fondos Next Generation y la configuración del principio DHSH, certificaciones ambientales, prohibiciones de contratar, criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución. También se incluyen estudios sectoriales acerca del uso de la madera certificada, la transición energética en el sector de la edificación y la inclusión de cláusulas de suministro de energía

renovable. Los trabajos han sido elaborados por un elenco de autores de enorme especialización y de un muy reconocido prestigio. A todos ellos, agradezco la rigurosidad, implicación y valiosas aportaciones.

Ximena Lazo Vitoria
Universidad de Alcalá

COMPRA PÚBLICA VERDE: UNA HERRAMIENTA ESTRATÉGICA DE LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO¹

Ximena Lazo Vitoria
Universidad de Alcalá

Sumario: I. CONTEXTUALIZACIÓN: HACIA UNA COMPRA PÚBLICA VERDE OBLIGATORIA Y CIRCULAR. II. UNA MIRADA A LA COMPRA PÚBLICA ECOLÓGICA EN EL ÁMBITO ESPAÑOL. 1. ¿Ha desplegado la CPV su potencial de cambio? 2. La necesidad (urgente) de contar con análisis de datos masivos. 3. Regulación en paralelo: Legislación contractual y la irrupción de la legislación climática y de los Fondos Next Generation ¿diversos niveles de greening? 3.1. *Legislación de cambio climático y contratación pública*. 3.2. *Fondos Next Generation*. 4. La compra pública verde se afianza en la legislación de carácter sectorial. III. CONSIDERACIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONTEXTUALIZACIÓN: HACIA UNA COMPRA PÚBLICA VERDE OBLIGATORIA Y CIRCULAR

La situación de emergencia climática en la que nos encontramos requiere de la articulación de medidas drásticas y de un compromiso y esfuerzo conjunto para evitar que los efectos del cambio climático se tornen irreversibles². Estamos

1. Este trabajo se incluye en el Proyecto de Investigación UAH CCG20/CCSJ-015 «*Compra Pública Verde y cambio climático, análisis sectorial: edificación y alimentación*», financiado por la Universidad de Alcalá bajo la modalidad «*Proyectos para potenciar la creación y consolidación de Grupos de Investigación*», Programa propio del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia.

2. Véase IPCC (2022): Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate

sin duda ante un reto enorme que requiere concienciación, reaprendizaje (especialmente en hábitos de consumo) así como un enfoque integral y solidario.

La respuesta internacional mediante el Acuerdo de París en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS), así como el liderazgo europeo plasmado en el Pacto Verde Europeo (PVE) están propiciando acelerados cambios para afrontar una amenaza global. En concreto, cabe destacar el compromiso político plasmado en el citado PVE de alcanzar la neutralidad climática en 2050, compromiso que la denominada «Ley Europea del Clima» ha convertido en vinculante en julio 2021³. Se establece que las acciones de la Unión y de los Estados miembros deben guiarse por los principios de cautela y de que «quien contamina paga» establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y también deben tener en cuenta el principio «primero, la eficiencia energética» de la Unión de la Energía y el principio de «no ocasionar daños» del Pacto Verde Europeo (art. 1 y Considerando 9). Además, para alcanzar dicho objetivo de neutralidad climática, la UE ha fijado metas intermedias, en concreto, ha señalado que deben reducirse las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) e incrementarse las absorciones, de manera que las emisiones netas de GEI, es decir, las emisiones una vez deducidas las absorciones, se reduzcan en todos los sectores de la economía y a nivel interno en un 55 % como mínimo para 2030 con respecto a los niveles de 1990. De esta decisión proviene el denominado paquete normativo «Objetivo 55» cuya finalidad y de ahí su nombre es precisamente revisar y adaptar la legislación de clima, energía y transporte de la Unión Europea para la consecución del objetivo en 2030⁴.

En este contexto, este trabajo indaga acerca del rol que puede cumplir la CPV para luchar contra el cambio climático en el marco de una economía circular. Se expone el estado de la cuestión de la CPV en España, se estudian problemas que aquejan su diseño, se aportan datos acerca de su aplicación práctica y en una mirada hacia el futuro se identifican las principales líneas de evolución.

Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. Cambridge University Press. In Press.

3. El art. 1º del Reglamento (UE) 2021/119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º. 401/2009 y (UE) 2018/1999 (Legislación europea sobre el clima) establece que: «El presente Reglamento establece un *objetivo vinculante* de neutralidad climática de la Unión de aquí a 2050...». Y, por su parte el art. 2 «Objetivo de neutralidad climática» añade que «las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero reguladas en el Derecho de la Unión *estarán equilibradas* dentro de la Unión a más tardar en 2050, por lo que en esa fecha las emisiones netas deben haberse reducido a cero y, a partir de entonces, *la Unión tendrá como objetivo lograr unas emisiones negativas*».

4. El denominado Paquete Fit for 55 incluye cambios en diversos ámbitos y aglutina varias iniciativas: régimen de comercio de derechos de emisión (RDCE); Fondo Social para el Clima; Transporte, Energía, entre otras. Cabe destacar como novedad muy destacada que los sectores de edificios y del transporte por carretera quedarán cubiertos por el nuevo sistema de RDCE porque estos dos sectores combinados generan actualmente el 60% de las emisiones de gases de efecto invernadero de la UE.

Debe recordarse que la CPV es una potente herramienta de mercado para implementar políticas públicas de sostenibilidad (14% PIB europeo, Comisión Europea 2019) y que se encuentra incluida expresamente en los ODS (12.7) los cuales tienen una fuerte incidencia en «el diseño de la arquitectura de la contratación pública por parte de los poderes adjudicadores» (GIMENO FELIU 2021). De ahí que la Unión Europea haya venido reforzando el contenido ambiental de las Directivas de contratación pública y que, por su parte, el Tribunal de Justicia UE (Sentencia 30.01.2020) en una sentencia «fundamental para la consolidación de la CPV» (CARANTA) haya elevado a la categoría de principio general de la contratación, el cumplimiento de las exigencias sociales y medioambientales ex art. 18.2 Directiva 2018/24.

Es especialmente destacable también que la Unión Europea haya decidido abandonar el enfoque voluntario tradicional de la CPV para asumir un modelo basado en criterios ecológicos mínimos obligatorios y una apuesta decidida por enfoques coste/eficacia como el del coste del ciclo de vida. Ello ha tenido lugar fundamentalmente a través del PVE, del Plan de Inversiones para una Europa Sostenible, del Plan de acción para una economía circular (PAEC) así como de otros instrumentos posteriores a los que seguidamente aludiré. Este cambio de orientación se justifica por ser la CPV una herramienta «palanca» de lucha contra el cambio climático, que contribuye a la reducción de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (GEI) y a la consecución de la neutralidad climática 2050⁵.

El PAEC adopta decisiones muy relevantes en relación con los productos y con los actores del mercado (empresas, consumidores y sector público). Para los primeros prevé profundizar y generalizar el enfoque de sostenibilidad de producto a partir de la experiencia exitosa de la Directiva sobre diseño ecológico que regula la eficiencia energética y algunas características de circularidad de los productos relacionados con la energía. Y de ahí que prevea la revisión de dicha Directiva para ampliar su alcance (más allá de los productos relacionados con la energía) de forma que el marco de diseño ecológico y circular sea aplicable a la gama más amplia posible de productos⁶. Por lo que se refiere al sector público el Plan subraya que la Comisión propondrá criterios y objetivos mínimos obligatorios de contratación pública en la legislación sectorial. Además, se introducirán gradualmente requisitos obligatorios de notificación para supervisar precisamente que la citada incorporación efectivamente se produce en los procesos de licitación pública.

5. Pero también hay otras razones que han impulsado este cambio. En la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al comité de las regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva», COM (2020), 11 marzo 2020, se explica que los instrumentos relacionados con la CPV han tenido un impacto reducido precisamente «debido a las limitaciones que imponen los enfoques voluntarios».

6. Un análisis crítico de las reglas europeas sobre diseño ecológico y su evolución véase PUENTES COCIÑA, B.: «Ecodiseño de productos para la economía circular: durabilidad, reparación y reutilización» en: Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias. A. NOGUEIRA Y X. VENCE (Directores), Thomson Reuters, Aranzandi, 2021, págs. 133 a 161.

En marzo 2022 la Comisión Europea ha dado un nuevo paso concretando algunas de las previsiones del PAEC mediante un conjunto de medidas para lograr que los productos sostenibles sean la norma en la Unión Europea. La piedra angular de esta iniciativa es la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y por el que se deroga la Directiva 2009/125/CE. Esta propuesta pretende reducir los impactos ambientales negativos del ciclo de vida de los productos y un mejor funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de requisitos armonizados y un impulso para la oferta y demanda de productos sostenibles. La propuesta de Reglamento habilita a la Comisión para que fije los requisitos de diseño ecológico según una serie de criterios que incluyen en su art. 1 (v.gr. durabilidad y fiabilidad de los productos; reutilizabilidad de los productos, contenido reciclado, huella de carbono y huella ambiental de productos, etc.) y que se desarrollan en el propio texto del Reglamento.

Además, la propuesta de Reglamento establece que la Comisión Europea establecerá por categorías de productos cláusulas obligatorias de CPV⁷. Ahora bien, se aclara que dichas cláusulas deben incluirse no solo cuando se contraten dichos productos directamente mediante un contrato público de suministro, sino que también en contratos públicos de obras o de servicios en los que se vayan a utilizar dichos productos para actividades que constituyan el objeto de dichos contratos. En la propuesta de Reglamento se subraya que *«comparados con un enfoque voluntario, los criterios u objetivos obligatorio garantizarán que se maximice la utilización de gasto público para impulsar la demanda de los productos que presenten mejor rendimiento»* (Considerando 87).

La propuesta de Reglamento europeo establece que estos requisitos obligatorios podrán adoptar la forma de especificaciones técnicas; criterios de selección; criterios de adjudicación, cláusulas de ejecución del contrato, u objetivos según proceda. Además, en sintonía con lo anunciado en el PAEC, la propuesta de Reglamento adopta muy importantes decisiones para asegurar el efectivo cumplimiento de los requisitos de diseño ecológico en el marco de las licitacio-

7. En concreto, dice el Considerando 87 de la propuesta de Reglamento que: deben delegarse en la Comisión, de conformidad con el artículo 290 del TFUE, los poderes para adoptar actos que exijan, cuando proceda, a las autoridades y entidades adjudicadoras, tal como se definen en las Directivas 2014/24 y 2014/25, que adapten sus contrataciones a criterios u objetivos específicos de compra pública ecológica y que se establecerán en los actos delegados adoptados en virtud de este Reglamento» (Considerando 87).

La propuesta de reglamento establece que en la determinación de los requisitos obligatorios, la Comisión tomará en consideración los siguientes aspectos: a) el valor y el volumen de los contratos públicos adjudicados respecto de un grupo de productos determinado o respecto de los servicios u obras que utilicen ese grupo de productos determinado; b) la necesidad de garantizar una demanda suficiente de productos más sostenibles desde un punto de vista de ambiental; c) la viabilidad económica para las autoridades adjudicadoras o las entidades adjudicadoras compren productos más sostenibles desde el punto de vista ambiental, sin que ello genere costes desproporcionados (art. 58.2).

nes públicas. Así, en su art. 4 establece que junto a los citados requisitos deben definirse las medidas de «implementación, supervisión y comunicación de dichos requisitos por parte de los Estados miembros».

II. UNA MIRADA A LA COMPRA PÚBLICA ECOLÓGICA EN EL ÁMBITO ESPAÑOL

1. ¿Ha desplegado la CPV su potencial de cambio?

El Derecho español ha transitado gradualmente hacia una ambientalización de la contratación del sector público optando inicialmente al igual que los demás Estados miembros por un enfoque voluntario en su incorporación⁸. En una primera etapa, que abarca hasta 2017, la potencialidad y uso generalizado de la CPV estuvo lastrada por obstáculos de diverso orden. A mi juicio, ha faltado un impulso político robusto y una gobernanza ambiental adecuada para avanzar estratégicamente en los procesos de compra. Es claro que, sin ello, la puesta en marcha de la CPV se ralentiza, tiene un carácter puntual y en algunos casos adquiere tintes más bien voluntaristas. Junto a lo anterior, cabe mencionar el protagonismo tan desorbitado que el precio ha tenido tradicionalmente en las licitaciones públicas. Puede afirmarse que este aspecto ha terminado prácticamente por eclipsar cualquier otra consideración (ambiental desde luego, pero más en general consideraciones relativas a la calidad de las obras, servicios y suministros). Hay aquí, sin duda, una aproximación simplista del aspecto económico: el menor precio no siempre garantiza la mejor calidad, un requisito ambiental puede encarecer el precio, pero ser más rentable desde la óptica del coste del ciclo de vida del producto que se adquiere y así sucesivamente. Para cambiar esta tendencia tan enraizada parece que hace falta un verdadero «big bang» como apunta expresivamente el profesor GIMENO FELIÚ (2022) que ponga el acento en la calidad y que observe estos procesos como una inversión, una oportunidad para el cambio y no solo como un gasto.

Otro aspecto que ha dificultado el *greening* de la compra pública es la conocida complejidad de la legislación contractual y al carácter oceánico, técnico y mutable de las reglas ambientales. Ello hace que, ante la ausencia de un apoyo adecuado, los órganos de contratación encuentren escaso estímulo para adentrarse por tales meandros. La incorporación de las cláusulas ambientales debe realizarse sin vulnerar los principios y libertades de la contratación. Pero, como se ha visto se trabaja en un escenario de elevada complejidad y el riesgo de invalidación suele ser altamente disuasorio.

8. Sobre este tránsito, en relación con la regulación anterior a la legislación contractual de 2017, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: MESTRE DELGADO, J.F. (2003): «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», Revista de Estudios de la Administración Local nº 291; y PERNAS GARCÍA, J. J. (2011): Contratación Pública Verde, La Ley, Madrid.

Una segunda etapa (2017 a la fecha) fue inaugurada por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). En su texto se declara sin ambages que en «toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales...» (art. 1) y se incluyen sendas normas de contratación pública sostenible. Como es, por ejemplo, la obligación de tener en cuenta «las consideraciones sociales, ambientales y de innovación» en la definición del propio objeto contractual (art. 35.1.c) LCSP)⁹. Además, se avanza de forma pionera exigiendo por primera vez la inclusión obligatoria de una condición especial de ejecución social, ambiental o de innovación. Aunque también es cierto que dichas disposiciones no han tenido el efecto transformador esperado (MEDINA ARNÁIZ 2020; PERNAS GARCÍA 2021). En otro orden de ideas, cabe subrayar el giro imprimido por la legislación en el ámbito de los criterios de adjudicación dirigida a contener el protagonismo del precio —«la dictadura del precio», en la gráfica expresión de SCHOONER— y apostar por la calidad. A ello apunta la regla general de licitar según la mejor relación calidad/precio, la obligación de justificar el uso del precio como criterio único, así como la identificación de una serie de contratos en lo que sólo cabe el sistema de la pluralidad de criterios. También debe destacarse que la LCSP ofrece herramientas con un claro enfoque de lucha contra el cambio climático, v. gr. la inclusión del coste de los gases de efecto invernadero (GEI) y los de mitigación del cambio climático dentro del coste de ciclo de vida (art. 148.2.b) así como la mención explícita de las características medioambientales entre los criterios de adjudicación ex art 145.2 LCSP (norma básica según STC 68/2021, de 18 de marzo 2021)¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior hay algunos aspectos que afectan a la compra estratégica de forma transversal. Entre éstos, debe subrayarse la problemática interpretación del requisito «vinculación del objeto del contrato» que lastra de sobremañera el avance de la CPV y también de la social (MORENO MOLINA, 2021)¹¹. Se trata de un requisito que ha sido reconfigurado por las Directivas de 2014, a partir de la doctrina del TJUE, aunque al parecer ello no ha calado aún del todo en la aplicación práctica de estas disposiciones. Hay que recordar que el legislador europeo

9. Sobre el nuevo marco legal de 2017 pueden consultarse los siguientes trabajos colectivos: Nueva Contratación Pública: Mercado y Medio Ambiente, M.^a M. RAZQUIN LIZARRAGA (Director), Aranzadi Thomson Reuters, 2017; Compra Pública Verde, X. LAZO VITORIA (Directora), Atelier, 2018; y Las cláusulas ambientales en la contratación pública, R. GALÁN VIOQUE (Director), Editorial Universidad de Sevilla, 2018. Con una vocación más amplia (no solo ambiental), véanse los exhaustivos trabajos incluidos en: La Contratación Pública estratégica en la contratación del sector público. T. QUINTANA LÓPEZ (Director), Tirant lo Blanch, 2020 así como la construcción de AGUADO I CUDOLÀ, V.: La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico. Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

10. Véase PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M.: «La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)», Revista de Administración Pública n° 216 2021, págs. 189 a 221.

11. Vid. Sobre este tema véase también GALLEGO CÓRCOLES, M^a I.: «Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y desempate» en: Inclusión de las cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos. Guía Práctica Profesional. M. PARDO LÓPEZ y A. SÁNCHEZ GARCÍA (Directores). Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 107 a 125.

considera que los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar «criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida desde la extracción de las materias... hasta la eliminación del producto...» con la finalidad de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales (Considerando 97, Directiva 2014/24¹²). Y que se considera que se cumple el requisito de vinculación con el objeto del contrato «incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material» (arts. 67.3 y 70 Directiva 2014/24). Unos preceptos que, como es sabido, se asientan en la propia doctrina del TJUE como es el caso de la STJUE de 10 de mayo 2012, Comisión contra Reino de los Países Bajos, C-368/10¹³. Pero más allá de todo esto, lo cierto es que el alcance de este requisito sigue siendo muy controvertido. Tanto es así que en el propio informe relativo a la contratación pública elaborado por el Gobierno de España (2021)¹⁴ se indica que se observan importantes problemas en la introducción de consideraciones sociales y ambientales en los pliegos (condiciones especiales de ejecución y criterios de adjudicación). Ello deriva, añade el informe, de la dificultad de cumplir con el requisito de vinculación al objeto del contrato y de la diversidad interpretativa existente al respecto. Por ello, se pide explícitamente un pronunciamiento clarificador a la Comisión Europea en este aspecto que aporte certidumbre acerca de los contornos de este crucial requisito.

Un problema de fondo es la sempiterna tensión entre mercado y productos o servicios locales. Nos referimos al uso del arraigo territorial proscrito por su colisión con el denominado «principio de neutralidad competitiva» (OCDE 2021;

12. En el citado considerando hay ya ejemplos de criterios y condiciones que son acordes con la exigencia de la vinculación del objeto del contrato (v. gr. servicios prestados a través de medios eficientes energéticamente; entrega y embalaje con minimización de residuos, etc) bajo el enfoque del coste del ciclo de vida. Pero también se señala que no cumple tal vinculación el establecimiento de criterios o condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. Y de ahí que se concluya que los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.

Esta idea fuerza se reitera didácticamente más adelante al volver sobre las condiciones especiales de ejecución. Dice el legislador europeo que dichas condiciones, en lo que aquí interesa, deben estar vinculadas al objeto del contrato, lo que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Sin embargo, puntualiza que lo anterior excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa (Considerando 104).

13. Dice el Tribunal que «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 éste. 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» (Considerando 91, destacado nuestro).

14. Gobierno de España, Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020. www.hacienda.gob.es, abril 2021.

CNMC 2021)¹⁵ pero que, sin embargo, se va abriendo paso en legislación de cambio climático y muy recientemente también en la regulación autonómica aprobada para afrontar el formidable reto de la despoblación¹⁶. Hay que recordar que según datos recogidos en las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto demográfico (2019)¹⁷ más de la mitad de los municipios españoles han perdido población en el período 2001-2018, alcanzando en los pequeños municipios una pérdida cercana al 90% de la población. Y, puede añadirse, que hay zonas en España en estado de desierto demográfico, destacadamente la Serranía Celtibérica, la denominada «Laponia española». Las últimas leyes autonómicas aprobadas sobre la materia (Galicia y de Castilla-La Mancha ambas de 2021)¹⁸ utilizan profusamente la contratación como herramienta de activación de dichas zonas y el empleo en algunas de ellas incluyen cláusulas de arraigo territorial¹⁹.

2. La necesidad (urgente) de contar con análisis de datos masivos

A pesar de los avances de la LCSP a los que antes nos hemos referido, en la práctica y tras prácticamente cuatro años de vigencia de la LCSP puede afirmarse que el nivel de ambientalización de las compras públicas sigue ofreciendo —salvo destacadas excepciones caso, por ejemplo, del País Vasco²⁰ un muy notable margen

15. Vid. OCDE Recommendation on Competitive Neutrality 31 mayo 2021; CNMC Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva. 7 de julio 2021.

16. En general, sobre el tema de la despoblación véase TORNOS MAS, J., «La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo», Cuadernos de Derecho Local, ISSN 1696-0955, 39 56, 2021, pp. 53-83.

17. Las Directrices Generales de la Estrategia Nacional Frente al Reto Demográfico, aprobadas en Consejo de Ministros del 29 de marzo de 2019, son una Estrategia global y transversal que tienen como primera línea de acción afrontar la despoblación en nuestro país.

18. Véase Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia. Boletín Oficial del Estado núm. 78, de 1 de abril de 2021. También, Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha. Boletín Oficial del Estado núm. 165, de 12 de julio de 2021. También puede citarse, aunque se encuentra en un estadio muy embrionario la iniciativa de la Comunidad Valenciana cuya idea de legislar se ha sometido al trámite de consulta pública de acuerdo con el art. 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (consulta previa al Anteproyecto de Ley de la Generalitat, integral de medidas contra el despoamiento en la Comunitat Valenciana).

19. Así, por ejemplo, el artículo 21.4 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha establece «De acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación, los órganos del sector público regional establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas requisitos de capacidad y solvencia, y criterios de adjudicación que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas ubicadas en zonas escasamente pobladas y en riesgo de despoblación».

20. Véase Compra y Contratación Pública Verde en el País Vasco. Informe de actividad. Ejercicio 2020, Ihobe, 2021. El Nuevo Programa de Compra y Contratación Verde de Euskadi 2030 (aprobado el

de mejora. Además, se aprecia con frecuencia un cumplimiento meramente formal de la Ley, caso paradigmático de las condiciones especiales de ejecución. Así, redacciones tan genéricas que resulta imposible identificar una verdadera obligación; la simple y llana reiteración de una obligación legal; o, en fin, una combinación de ambas²¹. Y es que, como acertadamente advierte DE GUERRERO MANSO (2018) «se trata de superar el márquetin» y que el objetivo no puede ser simplemente «colorear de verde» los procesos licitatorios sino una voluntad real transformadora²².

En todo caso, la valoración que antes se ha formulado sobre el grado de ambientalización de los procesos licitatorios en España es ciertamente indiciario. Ello es así porque no existen análisis de datos masivos conforme a modelos predictivos de inteligencia artificial que permitan conocer, con mediana certeza, la realidad de la contratación verde en España. Es cierto que hay datos disponibles en el Informe trienal que se remite a la Unión Europea cada tres años relativo a la Contratación Pública en España²³ así como en el que, a su vez, ha elaborado específicamente la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (2022)²⁴ y que los mismos dan cuenta de un aumento progresivo de la CPV. Sin embargo, se trata de análisis que aún presentan limitaciones, por ejemplo, el Informe trienal incluye como indicador principal el número de contratos formalizados con criterios de solvencia técnica o profesional y/o condiciones especiales de ejecución ambiental (no así sobre los criterios de adjudicación) sobre el total formalizado en el período (excluidos contratos menores, contratos basados en acuerdos marco o derivados de sistemas dinámicos de adquisición). Y en el informe 2022 antes citado se trabaja con una muestra: se supervisan los expedientes relacionados con servicios y suministros relacionados con las Tecnologías de la información y la Comunicación (sólo contratos sujetos a regulación armonizada y con unos CPVs determinados).

La información es clave para saber dónde estamos y para la adopción de decisiones acertadas de reajuste de la gestión contractual y de reorientación regulatoria. Resulta que efectivamente no se puede seguir adelante sin la luz que proporcionan los datos cuantitativos y cualitativos acerca del real nivel de ambientalización de los procesos de contratación. Con todo, parece que estamos muy al inicio en el uso de este tipo de herramientas ya que como ha señalado

7.12.2021) tiene por objetivo ambientalizar el 75% de las compras de las Administraciones Públicas.

21. Por ejemplo, es bastante frecuente encontrar pliegos que consagran condiciones especiales de ejecución de la siguiente liza: «el cumplimiento de la normativa en materia de protección medioambiental».

22. Vid. «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», Revista Aragonesa de Administración Pública, número monográfico 2018, pp. 167.

23. Véase MINISTERIO DE HACIENDA (2021): Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, <https://www.hacienda.gob.es/Lists/DGPatrimonio/junta%20consultiva/trienal2021.pdf>

24. Vid. OIRESCON (2022): Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación.

la Comisión Europea (2021) «sin duda, el primer ejercicio de recogida de datos (a nivel europeo) ha evidenciado de que existe mucho margen de mejora...»²⁵.

3. Regulación en paralelo: Legislación contractual y la irrupción de la legislación climática y de los Fondos Next Generation ¿diversos niveles de greening?

El estado de la cuestión de la CPV en España bien podría sintetizarse distinguiendo los siguientes tres ámbitos principales de regulación: el tradicional, conformado por las reglas de la LCSP, al que se han venido a sumar ahora el de la legislación sobre cambio climático y el de las reglas sobre los Fondos EU *Next Generation*. Y es que, en efecto, el panorama de la compra pública ha cambiado sustancialmente en el último tiempo y se ha hecho más complejo a consecuencia de la aprobación de esta regulación en «paralelo». Y decimos en paralelo porque las normas sobre CPV alumbradas por las nuevas leyes no se integran en la LCSP. Especialmente en el caso de las previsiones estatales de cambio climático ello hubiese sido más que deseable desde la óptica de la sistematización, orden y mejor comprensión de estas reglas²⁶. Las reglas contractuales sobre fondos EU Next Generation tienen una vocación limitada por cuanto van asociadas a la ejecución de los citados fondos y, por lo mismo, quizás en este caso se justifica la aprobación de normativa *ad hoc* y separada del tronco común de la legislación contractual. A pesar de ello, no tengo dudas que la orientación verde de estos fondos terminará por «contaminar» las futuras revisiones de la LCSP, por la vía de incorporar alguna de las soluciones más avanzadas de greening que se contiene en las citadas normas y a las que nos referiremos más adelante. Seguidamente se exponen las líneas principales de estos ámbitos (legislación climática y Fondos Next Generation) aportando también algunos datos para evaluar (en la medida de lo posible) la aplicación práctica de estas nuevas disposiciones.

3.1. Legislación de cambio climático y contratación pública

En un trabajo anterior (LAZO VITORIA, 2021) ya hemos realizado un primer análisis de las disposiciones sobre CPV en la legislación de cambio climático. En esta oportunidad aprovecharemos para realizar algunas consideraciones de orden más general como es el dibujo final resultante de una lectura conjunta de la LCSP y de legislación sobre cambio climático. Por un lado, cabe observar que no está del todo claro el ámbito de aplicación del art. 31 LCCTE titulado «contratación pública» dada la desafortunada contradicción que encontramos en la Disposición

25. Vid. Informe de la Comisión Europea «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», 20 de mayo de 2021, COM (2021) 245 final.

26. Hasta la fecha, se han aprobado leyes de cambio climático en Cataluña, Andalucía, Illes Balears y la Comunidad Foral de Navarra y el Estado ha aprobado la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética que cuenta con previsiones muy destacada en contratación pública.

Final 13ª Títulos competenciales del citado texto legal. En efecto, ahí se indica que la LCCTE (acorde con su marcado carácter transversal) se ha dictado al amparo de diversos títulos competenciales. En lo que aquí interesa destacar, se establece que «esta ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas del Estado previstas en los artículos 149.1.18 en relación con la legislación básica de contratos y concesiones administrativas, en relación con el art. 31». Pero resulta que la propia DF13ª un poco más adelante declara que «se exceptúan de lo anterior, por carecer de carácter básico y ser de aplicación exclusiva de la Administración General del Estado, algunas materias que se regulan en esta ley, como son...la contratación pública». La aplicación a este último ámbito (solo sector público estatal) se confirma por el tenor literal del propio art. 31. Por lo que, frente al carácter básico de la mayor parte de las disposiciones de la LCSP, la norma que aquí comentamos se aplica únicamente a la Administración General del Estado y al conjunto de organismos y entidades del sector público estatal. Esta autolimitación del Estado pudiendo dotar a estas reglas del carácter básico y, por tanto, aplicables a toda la contratación del sector público es poco entendible en el contexto de la situación de emergencia climática en la que nos encontramos. Pero quizás al proceder de este modo se quiere hacer una primera implantación que luego pueda ser replicada en otros ámbitos territoriales. De hecho, este efecto «espejo» ya ha comenzado a producirse por ejemplo si revisamos el contenido de la reciente Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de cambio climático y transición energética, la cual reproduce para su propio el ámbito territorial la citada norma estatal²⁷.

Muy destacable es el enfoque obligatorio y no voluntario de la compra verde que adopta la LCCTE para especificaciones técnicas y criterios de adjudicación. Respecto de estos últimos, el legislador enuncia varias categorías²⁸ que deben ser incluidos obligatoriamente en determinados tipos contractuales (obras, concesiones de obras, redacción de proyectos). Ciertamente, el art. 31.2 LCCTE es una disposición con una enorme incidencia práctica (se aplica a categorías completas de contratos sin limitación por umbral económico) y que, por lo mismo, revela una auténtica voluntad transformadora por parte del legislador (compra estratégica obligatoria). Aunque no resulta nada sencillo medir su virtualidad práctica debido una vez más a la indisponibilidad de datos en abierto para su comprobación. En efecto, la única manera de obtener una foto más o menos

27. Véase el apartado segundo de la Disposición Adicional Undécima. «Disposiciones sobre contratación Administrativa», de la citada Ley Foral.

28. Estas categorías tienen un distinto grado de especificidad y algunas de ellos ya se incluyen (con una redacción más o menos parecida) en el art. 145.2 LCSP, existiendo una cierta reiteración de contenidos. La peculiaridad del art. 31.2 LCCTE es que se refiere a un sector en concreto (obras, edificación, construcción, etc) al enunciar las siguientes categorías: a) requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten; b) Ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones; c) uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil; d) medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas; e) medidas de adaptación al cambio climático; f) minimización de generación de residuos.

aproximada del grado de cumplimiento del mandato del art. 31.2 LCCTT consiste en analizar el contenido de los pliegos (PCAP) licitación por licitación²⁹. Así, por ejemplo, sólo en el caso de los contratos de obras (licitados por órganos del sector público estatal) ello supondría revisar uno o uno alrededor de 1400 expedientes (los licitados, de acuerdo con los datos de la Plataforma de Contratación del Sector Público desde la entrada en vigor de la LCCTE hasta la fecha de cierre de este trabajo). Ello no es imposible claro está, pero requeriría de un ejército de analistas expertos en la materia y un prolongado tiempo de análisis para obtener apenas una muestra de la realidad.

En este punto, reafirmamos la necesidad de complementar el análisis de la norma jurídica con su aplicación práctica ¿cuántos contratos de obras efectivamente cumplen el mandato de incorporar criterios de adjudicación del art. 31.2? ¿qué criterios se incorporan con mayor frecuencia? ¿qué ponderación se les otorga a estos criterios? ¿son ofertados ordinariamente por las empresas? La respuesta a estas y otras posibles interrogantes proporcionaría una información valiosísima para evaluar el cumplimiento de la norma, analizar el acierto de su diseño y desde luego medir su efectividad en términos de lucha contra el cambio climático.

Por lo que se refiere a las prescripciones técnicas, la LCCTE encomienda a los Ministerios de Transición Ecológica y el Reto Demográfico y de Hacienda la elaboración de un catálogo de prestaciones, así como la definición de prescripciones relacionadas específicamente con la reducción de emisiones y la huella de carbono. Como se comprende, la efectividad del mandato del art. 31.1 depende en buena parte de la aprobación del citado catálogo lo que lamentablemente no ha tenido lugar a pesar de haber transcurrido ya el plazo que la LCCTE había establecido para ello (un año desde su entrada en vigor).

La LCCTE otorga un papel muy relevante a la huella de carbono en cuanto indicador ambiental de las emisiones GEI³⁰. Así, como se ha expuesto más arriba, se generaliza su uso como especificación técnica (a la espera de la aprobación del respectivo catálogo) y como criterio de adjudicación (para determinados contratos) ex art. 31.2 del citado texto legal. Además, en el sector de los edificios y con la finalidad de mejorar su eficiencia se fomenta el uso de materiales con la menor huella de carbono posible (preámbulo LCCTE). Así, en el art. 8.2 se establece que: «los materiales utilizados tanto en la construcción como en la rehabilitación de edificios deberán tener la menor huella de carbono posible a fin de disminuir las emisiones totales en el conjunto de la actuación o del edificio»³¹. Es importante

29. La plataforma de contratación del sector público tiene escasas funcionalidades para poder utilizar la ingente cantidad de datos que ahí se contienen. Las búsquedas para realizar análisis como el que aquí se propone son a «brochazo gordo», sin posibilidad de afinar de forma previa introduciendo filtros básicos.

30. Vid. HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (2021). «La huella de carbono: ¿Un indicador más para la transición energética?» En: «Los desafíos Jurídicos de la transición energética post COVID-19», F. DELGADO, R. GALÁN, N. GARRIDO E I. GONZÁLEZ (Directores), Aranzadi, pp. 757-765

31. La legislación autonómica también abunda en este tipo de regulaciones. Así, por ejemplo, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético de Andalucía, establece como medida general aplicable al sector de la

destacar el énfasis de la disposición —«deberán tener»— lo que refuerza su carácter obligatorio y no meramente potestativo o voluntario desde la perspectiva del órgano de contratación. En mi parecer, esta disposición implica conocer la huella de carbono de los materiales, por tanto, HC de Producto, con el objeto de compararlas y escoger la menor³². Un factor que incide en la reducción de la HCP es lógicamente el uso de materiales sostenibles, como es el caso de la madera a la que también se refiere la LCCTE. En efecto, el legislador promueve el uso de la madera que proceda de bosques gestionados de forma sostenible, así como actuaciones de repoblación forestal con especies autóctonas, como medida compensatoria para paliar la huella de carbono resultante de la ejecución de la obra o servicio objeto de licitación³³. En la misma línea, las reglas enunciadas para el ámbito de la alimentación que propician la introducción de condiciones especiales de ejecución (alimentos de un circuito corto de distribución, frescos o de temporada) en los contratos públicos para reducir la HC de los respectivos productos.

En definitiva, a la luz de la LCCTE vemos que ya sea como prescripción técnica, criterio de adjudicación o condición especial de ejecución se va imponiendo el uso generalizado de la HC en la contratación de las obras, los suministros y los servicios del sector público. Hay que subrayar aquí la importancia de que algunas CCAA hayan previsto un registro de HC de productos, servicios y suministros asociado a un sistema de eco-etiquetado (Cataluña, Andalucía y Navarra). Y que dicho registro permita justificar la disposición de HC (del producto, servicio, etc.) en las licitaciones públicas (por ejemplo, art. 60.1 Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de cambio climático y transición energética).

Nótese que no hay referencia en la LCCTE a la HC de organización en relación con la contratación pública³⁴. Una cosa distinta tiene lugar con la legisla-

edificación y vivienda (con un enfoque más amplio, por tanto, que el de la CPV) que se adoptarán medidas para la «minimización de la huella de carbono de las nuevas construcciones y la introducción de la economía circular en los nuevos proyectos de edificación» (art. 36.4). Por su parte, la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética, Illes Balears establece que las administraciones públicas fomentarán el ahorro de emisiones en el proceso constructivo de las edificaciones y el uso de materiales de construcción de bajo impacto ambiental, preferentemente de origen local», añadiendo que «se promoverá el cálculo de la huella de carbono en los proyectos de nuevas edificaciones» (art. 31). También reseñable el art. 31.5 «las administraciones públicas de las Illes Balears fomentarán el uso de materiales de construcción y rehabilitación atendiendo al análisis de su ciclo de vida y su huella de carbono».

32. Téngase en cuenta que el cálculo de la HC de Producto conlleva una notable complejidad ya que va asociado a la evaluación del ciclo de vida. Véase UNE, Normalización Española (2019), Gases de Efecto invernadero. Huella de Carbono de productos. Requisitos y directrices para su cuantificación. UNE-EN ISO 14067 (versión oficial, en español, de la norma europea EN ISO 14067:2018, que a su vez adopta la Norma Internacional ISO 14067:2018).

33. El legislador promueve no exige («se podrán incluir») el uso de madera certificada como las actuaciones de repoblación forestal bajo la forma de especificación técnica, de acuerdo con lo establecido en los artículos 125 y 126 LCSP, en los contratos de obras, concesión de obras y redacción de proyectos (art. 31.3 LCCTE).

34. La LCCTE únicamente se refiere a la HC de organización al imponer a determinadas empresas la obligación de calcular su HC y a elaborar y publicar un plan de reducción de emisiones de GEI (disposición final duodécima).

ción autonómica de cambio climático, por ejemplo, art. 68 de la Ley de Iles Balears que ordena lo siguiente: «las administraciones públicas introducirán como criterios de valoración la inscripción de los licitadores en los registros públicos de huella de carbono y de reducción o la compensación de sus emisiones». Como es sabido, la utilización de la HC de organización en el ámbito de la contratación pública recibió un poderoso impulso en el Plan estatal de Contratación Pública Ecológica (2018-2025) al establecer la necesidad de incluir en las licitaciones de los 20 grupos de bienes, obras y servicios prioritarios de que trata el plan «de un criterio de adjudicación que valore la inscripción en el Registro de Huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (RD 163/2014, de 14 de enero) o esquema similar...».³⁵ Y, además, que dicha inclusión (como criterio de adjudicación) debería cumplirse a 2025 en el 50% de los contratos licitados en los 20 sectores que regula el citado Plan.

La aplicación de esta previsión ha dado lugar a una doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales según la cual la citada inscripción (bajo la veste de criterio de adjudicación) no guarda relación con el objeto del contrato. En un trabajo anterior he puesto de manifiesto la paradoja de cumplir estrictamente con lo que se establece en el Plan estatal y precisamente por ese motivo los pliegos resultan invalidados³⁶. Es el caso de la Res. n° 25/2021, de 8 de enero 2021, TACRC, que resuelve el recurso especial por el que se impugnaron los pliegos del Acuerdo Marco para el «Suministro de nitrógeno líquido a granel y el arrendamiento de las instalaciones criogénicas necesarias para dicho abastecimiento». El órgano de contratación (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC) había incorporado como criterio de adjudicación el estar inscrito en el registro estatal de HC, otorgándose 15 puntos al licitador que acreditara dicha circunstancia. Pues bien, para el TACRC dicha configuración incumple el requisito de vinculación con el objeto del contrato: «la inscripción en dicho Registro es una característica que afecta a la empresa en su conjunto, y no al concreto contrato al que se concurre, por lo que no se lo considera vinculado al objeto del contrato, sin perjuicio de que pudiera exigirse, en su caso, como un requisito de solvencia técnica de carácter medioambiental». Y, por lo tanto, anula el pliego y ordena la retroacción de las actuaciones³⁷.

35. Una inclusión que fue objeto de temprana crítica por parte de la doctrina véase SERRANO PAREDES, O.: «Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de huella de carbono?», Observatorio de Contratación Pública, 3 de febrero de 2020; PERNAS GARCÍA, J. J.: Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia práctica de la contratación estratégica, en: Observatorio de Políticas Ambientales 2020, G. García-Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda, A. Nogueira L. (Coord.), Ciemat, Madrid 2020.

36. Véase LAZO VITORIA, X. (2021): «Cambio climático y contratación...» cit. p. 200.

37. Una interpretación que viene manteniendo de forma inalterable el citado tribunal en otros tantos pronunciamientos anteriores y posteriores al mencionado en el texto. Por ejemplo, bajo el amparo del derogado RD Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, véase la Resolución n° 407/2017, de 5 de mayo de 2017, relativa a la impugnación de los pliegos del contrato «Servicio de limpieza y mantenimiento de las zonas verdes y arbolado urbano de San Vicente del Raspeig» (Alicante) que incluye como criterio de adjudicación y con un

Por su parte, la resolución n.º 239/2021, de 18 de agosto del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias relativo a un contrato de suministro de 360 equipos informáticos para el servicio canario de empleo y cuyo pliego otorga 4 puntos para el licitador inscrito en el Registro de Huella de Carbono, también se alinea con la interpretación anterior:

«este Tribunal debe advertir que el origen del problema aquí suscitado radica en la absolutamente errónea configuración de la indicada cláusula, puesto que la inscripción en el Registro debió haberse exigido, en su caso, como un requisito de habilitación o de solvencia, y no evaluado como criterio de adjudicación, ya que la misma no supone un aspecto cualitativo predicable de la prestación objeto del contrato, sino de su prestataria, y por lo tanto no contribuye a identificar la oferta más favorable sobre la base de la relación calidad-precio, dado que el hecho de que la contratista se encuentre inscrita en el referido registro no implica necesariamente que los equipos ofertados vayan a cumplir unos determinados parámetros de emisión de huella de carbono o a contribuir a su reducción, aspectos que sólo pueden garantizarse atendiendo a las características técnicas medioambientales que se requieran con respecto a los mismos»³⁸.

En una línea distinta se mueve la resolución la Res 3/2021, de 14 de enero de 2021, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y

peso de 3 puntos la inscripción en el Registro del entonces MAGRAMA. Entre los pronunciamientos más recientes, véase resolución n.º 345/2022, de 17 de marzo 2022, impugnación de los pliegos de la licitación convocada por la Subsecretaría de la Consellería de Sanidad y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el «Servicio de gestión de residuos sanitarios (grupos III y citostáticos del grupo IV) y resto de residuos peligrosos generados en los centros sanitarios, así como del suministro de contenedores». El PCAP incluía dos mejoras como criterio de adjudicación: a) certificado de cálculo de la HC de la empresa (2 puntos); y b) valor de toneladas de CO2 emitidas por la empresa en 2020 (puntuación máxima 3 puntos). También aquí la razón de la anulación es que «se trata de un requisito que se exige a las empresas y no a las prestaciones del contrato...» y, por tanto, «criterios que no tienen vinculación directa con el objeto, con las prestaciones del contrato».

38. Aunque hay que advertir que en esta resolución no se invalida el pliego ya que el recurso se basa, en lo que aquí importa, en que la empresa adjudicataria no contaba con la inscripción al momento de presentar su oferta (sólo adjuntó solicitud de inscripción en el Registro del Miteco) y, por lo tanto, mal podía haber conseguido los puntos asociados a ese criterio de adjudicación. Pero tanto el órgano de contratación (en su informe) como el propio Tribunal de Canarias consideran que ello no supone tacha de ilegalidad del procedimiento de adjudicación en base a la aplicación al caso de un principio antiformalista (logró la inscripción posteriormente y adjuntó certificado una vez resulta adjudicataria). El Tribunal afirma que se trata de «un criterio cualitativo y no de un requisito de admisibilidad de las mismas, como sería el caso de los requerimientos de capacidad, solvencia o habilitación, que son los únicos que deben reunirse en el momento de la presentación de las proposiciones y subsistir al tiempo de la perfección del contrato, tal y como recoge el art. 140.4 LCSP». Y de ahí que concluya que «no era necesario que las licitadoras se encontrasen inscritas en el momento de presentación de las ofertas en el referido registro oficial, bastando con que declararan, siguiendo el modelo establecido que cumplieran con dicho requisito, siempre que dicha circunstancia fuese debidamente acreditada en caso de resultar propuesto como adjudicatario, pues al tratarse de un criterio de adjudicación su disponibilidad sólo debía probarse de cara a la ejecución del contrato, ya que exigir lo contrario supondría una clara infracción al principio de libre concurrencia, injustificadamente restringida en tal caso...»

León relativo a un contrato de concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración del municipio de Aguilar de Campoo (Palencia). El recurso impugna los pliegos porque éstos incluyen como criterio de adjudicación un Plan de calidad del Servicio y gestión ambiental valorándose que «el licitador establezca certificaciones sobre huella de carbono y responsabilidad social», que es rechazada por el Tribunal³⁹.

3.2. Fondos Next Generation

La legislación sobre Fondos EU *Next Generation* merece también una especial atención porque utiliza profusamente la compra pública como herramienta estratégica para lograr una recuperación justa y según un modelo productivo más sostenible y resiliente. Como es sabido, la iniciativa «Next Generation EU» (NGEU) es una herramienta de recuperación económica diseñada por la Unión Europea para contribuir a reparar los daños económicos y sociales inmediatos causados por la pandemia COVID-19⁴⁰. Para gestionar los cuantiosos recursos que corresponden a España, el Gobierno ha aprobado un conjunto de medidas (2020) y varias Comunidades Autónomas también han comenzado a establecer reglas para la gestión e implementación de estos recursos⁴¹. Estas normas tienen

39. El Tribunal recuerda que la LCSP impone al órgano de contratación la obligación de introducir medidas sociales, medioambientales y de calidad, así como la nueva configuración de los criterios de adjudicación ex art. 145 del citado texto legal y de sus requisitos de procedencia. Subraya también que el Plan estatal de Contratación Pública Ecológica contiene un mandato a la Administración General para una incorporación progresiva en los pliegos de la inscripción del potencial licitador en el Registro de Huella de Carbono como criterio de adjudicación. A partir de ahí el Tribunal razona que la implementación de los certificados de HC y de los demás incorporados al pliego como criterio de adjudicación e impugnados igualmente (v. gr. Certificados ISO) «es una circunstancia que incide directamente en la calidad del servicio» añadiendo seguidamente que «la relevancia de contar o no con los referidos certificados respecto de la calidad del servicio, acreditará que la empresa que los ostenta, o que ha iniciado los trámites para su obtención, cuenta con los medios materiales y personales, así como que puede realizar los procesos precisos para conseguir un ahorro energético, adquirir determinados estándares de calidad y respeto por el medio ambiente así como para actuar con responsabilidad social». Y finaliza señalando que: «en cualquier caso, los certificados que se piden son específicos para el contrato de referencia en Aguilar de Campoo, no valorándose experiencias previas, sino los que se van a trasladar a este contrato, de qué forma y en qué plazo, desarrollando su implantación y alcances en las ofertas de los licitadores».

40. Acordado en el Consejo Europeo de 21 de julio de 2020 por un valor de 750.000 millones de euros de los cuales corresponden a España alrededor de 140.000 millones de euros.

41. Véanse Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). Esta norma estatal se ha desarrollado a través de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y de la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Para el ámbito autonómico véanse las siguientes normas: a) Cataluña: Decreto-ley 5/2021, de 2 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para la implementación y

un apartado dedicado específicamente a la contratación pública porque es una de las vías que mayor impacto tendrá en el uso de estos fondos⁴². Como ya he

gestión de fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU para la administración de la Generalitat de Cataluña y su sector público; b) Andalucía: Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; c) Illes Balears: Decreto ley 3/2021, de 12 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta norma ha sido tramitada como proyecto de ley, aprobándose la Ley 4/2021, de 17 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; d) Aragón: Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa. También se ha dictado recientemente el Decreto ley 2/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para agilizar la gestión de los fondos procedentes del instrumento europeo de recuperación (Next Generation EU-MRR) para la reactivación económica y social de la Comunidad Autónoma de Aragón; e) Murcia: Decreto ley 6/2021, de 2 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de la Administración Regional para la gestión de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU) para la Reactivación Económica y Social de la Región de Murcia; f) Canarias: Decreto ley 4/2021, de 31 de marzo, de medidas urgentes para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los Fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación denominado Next Generation EU, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y por el que se establecen medidas tributarias en el Impuesto General Indirecto Canario para la lucha contra la COVID-19. Esta norma ha sido tramitada como proyecto de ley, aprobándose la Ley 4/2021, de 2 de agosto, para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los fondos procedentes del instrumento europeo de recuperación llamado Next Generation EU, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias; g) Castilla-La Mancha: Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación; h) Extremadura: Decreto ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Modificación por Decreto ley 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica; i) País Vasco: Orden de 6 de mayo de 2022, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el modelo tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de los contratos de obras (procedimientos abierto y abierto simplificado), de servicios (procedimientos abierto, abierto simplificado y con negociación) y de suministros (procedimientos abierto y abierto simplificado). Fondos Next Generation; j) Navarra: Decreto ley Foral 4/2021, de 14 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación; k) Comunidad Valenciana: Decreto ley 6/2021, del Consell, de medidas urgentes en materia económica-administrativa para la ejecución de actuaciones financiadas por instrumentos europeos para apoyar la recuperación de la crisis consecuencia de la COVID-19; l) Galicia: Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia.

42. Véanse GIMENO FELIU, J. M.^a, De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución, Observatorio de Contratación Pública, www.obcp.es, 25 de enero de 2021; Sanmartín Mora, M.^a A., «Capítulo 11. Especialidades en materia de contratación para la eficacia y agilidad en la gestión de los fondos europeos», en M.^a C. Campos, La gestión de los Fondos Next Generation, Wolters Kluwer, 2021; Martínez F Fernández, J. M., «Medidas especiales en materia de contratación», Revista de Estudios Locales, n.º 238, enero 2021, pp. 65-75; así los trabajos incluidos en el número extraordinario XX: Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria, Revista Aragonesa de Administración Pública, M. A. BERNAL BLAY, G. NAVARRO MOLINÉS (Editores), 2021.

señalado en un trabajo anterior⁴³, estas normas están fuertemente escoradas hacia el empleo de la urgencia, la supresión de trámites y el acortamiento de los plazos procedimentales. En las normas básicas aprobadas por el Estado no hay prácticamente mención de las peculiaridades del sector local, y también se echa en falta una mínima previsión de medidas para garantizar una adecuada ejecución contractual y un seguimiento del cumplimiento de los objetivos perseguidos. Otro tanto puede decirse de los aspectos ecológicos, sociales y de innovación aludidos tímidamente y un tanto inespecíficamente («que incorporen todos los criterios verdes, [...] que se consideren necesarios»). Ello no solo contrasta con el mayor nivel de exigencia y regulación que ofrece la propia LCSP, sino también con la evolución del derecho europeo (Pacto Verde), que ya desde diciembre de 2019 ha marcado el tránsito hacia la obligatoriedad de estos contenidos. Hay aquí, pues, un enorme margen y también una oportunidad para que los legisladores autonómicos refuercen esta arquitectura y mejoren con ello la calidad y eficiencia de los procesos licitatorios en este ámbito. Veamos, pues, cuáles son las disposiciones que prevé la legislación básica del Estado y qué novedades ha incorporado la legislación autonómica.

Tanto las normas estatales como las autonómicas establecen como herramienta estrella la elaboración con enfoque estratégico de pliegos-tipo. Se trata, sin duda de una decisión acertada puesto que mediante dichos modelos se pueden incorporar de forma generalizada los aspectos sociales, ambientales o de innovación a toda la contratación que se nutra de estos fondos. Esta previsión se encuentra establecida en el art. 54.1 del RD-ley 36/2020, norma que tiene carácter básico. Ahí se subraya la conveniencia de homogeneizar la contratación mediante modelos de pliego. Nótese que dichos pliegos-tipo son administrativos, pero también técnicos lo que demuestra una intensa ambición de ambientalización de los procesos de compra. Sin embargo, como antes se ha advertido, la norma utiliza una redacción harto genérica y no establece propiamente obligaciones en esta materia. Se habla de que se «promoverá» la elaboración de pliegos tipo de cláusulas técnicas y administrativas, correspondientes a contratos para gestión del PRTR los cuales incorporen «todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que se consideren necesarios y estén amparados por la norma legal correspondiente...» (art. 54).

En la legislación de algunas Comunidades Autónomas como Cataluña y Andalucía se establece una regulación similar, aunque en ellas sí se adopta un enfoque obligatorio. Así lo expresa con claridad el Preámbulo de la Ley andaluza «se impone la obligación de que dichos modelos [de pliegos-tipo] incorporen criterios medioambientales, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social»⁴⁴. En el caso de la legislación catalana debe desta-

43. LAZO VITORIA, X.: «Impacto en la celebración de nuevos contratos para hacer frente a la emergencia sanitaria», *Anuario de Gobierno Local* nº 1, 2020, p. 412.

44. Nótese que la legislación de Andalucía establece la obligatoriedad de modelos de pliegos cláusulas administrativas particulares (no habla de modelos de cláusulas técnicas como sí hace la legislación estatal). Dichos modelos se regulan en el art. 25 del citado texto legal donde se reafirma su

carse que no se limita a establecer la aprobación de pliegos-tipos⁴⁵ como instrumento para la homogenización contractual, sino que da un paso más allá y fija *ex lege* contenidos obligatorios que deben ser incorporados en los mismos. Por ejemplo, en el art. 16.1. d) se establece que entre los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución se «deben incorporar» alguno de los siguientes: «mejoras salariales o de las condiciones laborales; estabilidad laboral; incorporación de personas en riesgo de exclusión (incluidas las personas en paro de larga duración); subcontratación con algún centro especial de trabajo o empresa de inserción; cálculo del ciclo de vida; comercio justo; productos de proximidad; criterios ambientales; de digitalización y de innovación y conocimiento; de fomento de las pymes y las entidades del tercer sector, o igualdad de género». La citada norma establece también que debe darse prioridad a los criterios de valoración evaluables mediante fórmulas, y como máximo el 35% corresponderá al precio (para expedientes que se tramiten por el procedimiento abierto simplificado o simplificado abreviado) y del 50% para los que se tramiten por procedimiento abierto o restringido. Igualmente resulta de interés destacar la previsión de que los pliegos técnicos se determinen «preferentemente por funcionalidades».

Una vez que hemos analizado las reglas que se han establecido en torno a la aprobación de pliegos tipo, vamos a aportar algunos datos prácticos que nos permita tener una visión más completa de su aplicación. En primer lugar, cabe indicar que desafortunadamente y salvo error de mi parte el Estado no ha aprobado ningún pliego-tipo hasta la fecha, dejando inaplicada su propia normativa (por cierto, la única referida a la compra estratégica). Además, dado el tiempo transcurrido y sobre todo la celeridad que exige la ejecución de estos fondos parece muy poco probable que lleguen aprobarse finalmente. Un panorama más satisfactorio es el que el que ofrece la práctica de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales las cuales sí han ido aprobando pliegos tipos para obras, servicios y suministros que se vayan a financiar con estos fondos⁴⁶.

uso obligatorio «salvo justificación en contrario de la que se deberá dejar constancia en el expediente». Y en su apartado cuarto se establece que: «los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratos financiados con cargo a los fondos europeos *incorporarán* criterios medioambientales, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social, al amparo de lo establecido en la normativa aplicable en materia de contratación».

45. Al igual que en el Estado, la legislación catalana prevé la aprobación de modelos de pliegos de cláusulas administrativas y modelos o formularios de prescripciones técnicas. También téngase en cuenta que dispone el art. 16 del citado texto normativo que las entidades locales pueden promover modelos de pliegos con los criterios establecidos en este artículo a los efectos de facilitar, agilizar y simplificar la tramitación de los expedientes de contratación pública.

46. Una relación sistematizada y actualizada periódicamente de estos instrumentos en OIRESCON (2022): Guía básica plan de recuperación, transformación y resiliencia. Han aprobado pliegos-tipos las siguientes CCAA: Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Illes Balears, Canarias, Cataluña, Galicia, Extremadura, Madrid, País Vasco y Comunidad Valenciana. Para la Administración local véanse los documentos elaborados por el Consejo General de los Colegios Profesionales de secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local (COSITAL).

En el ámbito de los criterios de adjudicación, en aras de favorecer la calidad frente a una visión centrada en el precio, la legislación autonómica ha introducido algunas reglas para limitar el peso del precio entre los criterios de adjudicación. Así, por ejemplo, en el caso de Canarias, se declara enfáticamente que «la selección de los criterios de adjudicación debe alinearse de forma clara con la mejor relación calidad-precio, *con la idea de valor frente al precio*» y que cuando haya una pluralidad de criterios el precio «supondrá como máximo el 30% del total de puntos de la licitación» (art. 41). Junto a ello, la citada legislación establece la obligación de incluir en cada contrato al menos uno de los criterios de adjudicación que menciona el art. 41 que son en su mayoría criterios sociales, aunque también se incluye el coste del ciclo de vida y hay una alusión muy genérica a los «criterios ambientales»⁴⁷. Sin perjuicio de esto, también es destacable que la legislación de Canarias prioriza los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y ordena minimizar aquellos sujetos a juicio de valor los cuales no podrán representar más del 40% del total de la puntuación.

En todo caso, interesa destacar que más allá de las previsiones que se acaban de exponer el enfoque ambiental en el manejo de estos fondos viene de la mano del denominado etiquetado verde, así como por el preceptivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por la aplicación del principio de no causar un daño significativo al medio ambiente («do no significant harm», DNSH, por sus siglas en inglés)⁴⁸.

Hay que recordar que el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (RMRR) establece que en base al mismo «deben financiarse actividades que respeten *plenamente* las normas y prioridades de la Unión Europea en materia climática y medioambiental así como el principio DNSH» y que son los Estados miembros quienes «deben garantizar» que las medidas incluidas en sus respectivos planes de recuperación y resiliencia cumplan estrictamente con el citado principio (considerandos 23 y 24)⁴⁹. En este ámbito, hay que interpretar el

47. El art. 41 en apartado final señala lo siguiente: «Los pliegos deberán incorporar alguno de los siguientes criterios de adjudicación y/o condiciones especiales de ejecución, siempre que guarden relación con el objeto del contrato: mejoras salariales o de las condiciones laborales; estabilidad laboral; incorporación de personas en riesgo de exclusión (incluidas las personas en paro de larga duración); subcontratación con algún centro especial de trabajo o empresa de inserción; cálculo del ciclo de vida; comercio justo; productos de proximidad; criterios ambientales; de digitalización y de innovación y conocimiento; de fomento de las pymes y las entidades del tercer sector, o igualdad de género.» Llama la atención que siendo el título de esta norma «criterios de adjudicación» se incluya una alusión a las condiciones especiales de ejecución. Pero más allá de ello, es muy relevante el carácter inequívocamente obligatorio que adquiere en esta regulación la compra pública estratégica.

48. En este libro se incluye un capítulo específico sobre el principio DNSH en el marco de la contratación pública y los fondos Next Generation por lo que aquí solo haremos una aproximación general. Aunque sí aportamos algunos datos prácticos en relación con su consideración en los pliegos tipos a los que antes hemos hecho referencia y que pueden resultar de interés.

49. La Comisión ha aprobado también una Guía Técnica sobre la aplicación del principio de «no causar un perjuicio significativo» en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Véase Comunicación 2021/C/58/01

DNHS según lo previsto en el Reglamento de taxonomía (art. 17)⁵⁰, norma que precisa lo que se considera «daño significativo» en relación con los seis objetivos medioambientales que incluye. Así, por ejemplo, en el caso del objetivo «mitigación de cambio climático» se considera que hay ese perjuicio cuando la actividad propuesta causa considerables emisiones de gases de efecto invernadero. En el ámbito español, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del plan de recuperación, transformación y resiliencia, establecen un análisis de riesgo en relación con DNSH que se articula en un test específico de autoevaluación y un modelo de comprobación tipo check list para facilitar la comprobación y el seguimiento. Además, el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico ha diseñado una Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar daño significativo al medio ambiente (2021)⁵¹.

Más allá de ello, la revisión de los pliegos-tipo elaborados por las CCAA nos permite conocer el modo en que estas reglas se han plasmado en la práctica. Así, por ejemplo, en el caso de los modelos de PCAP para contratos cofinanciados en el marco del instrumento de financiación Next Generation EU, se exige que los licitadores acompañen una declaración responsable sobre para asegurar el respeto al principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH). A su vez, para el contratista se exige que garantice «el pleno cumplimiento» del citado principio, obligación que tiene carácter de esencial a los efectos del art. 211.1.f) LCSP. Por lo que, como es sabido, habilita al órgano de contratación para resolver el contrato en caso de incumplimiento. Además, el contratista tendrá que prever mecanismos adecuados y suficientes para asegurar que los subcontratistas cumplan con el principio de «no causar un perjuicio significativo al medio ambiente» en el sentido del artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852.

4. La compra pública verde se afianza en la legislación de carácter sectorial

La regulación de la CPV no se limita a los ámbitos que hemos descrito anteriormente, aunque es verdad que ahí se localiza su parte medular. Y es que cada

50. El «Reglamento de taxonomía» hace referencia al Reglamento (UE) 2020/852 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles mediante la implantación de un sistema de clasificación (o «taxonomía») de las actividades económicas medioambientalmente sostenibles.

51. Sobre el principio DNSH y contratación véase PERNAS GARCÍA, J.: (2021): «El principio no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (conocido como DNSH) y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation», Observatorio de Contratación Pública, 21 de octubre de 2021; VICENTE DÁVILA, F. (2022): «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH) como mecanismo de evaluación ambiental de las actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia a propósito de la Orden HFP/1030/2021, del 29 de septiembre por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», Actualidad Jurídica Ambiental nº 119 (enero), p. 10 a 37;

vez con mayor frecuencia e intensidad podemos encontrar reglas de CPV en la legislación sectorial. Esto tiene lugar en sectores especialmente relevantes en términos de producción de emisiones de GEI y/o de destacada importancia ambiental y económica (energía, edificación, alimentación, transporte, residuos). Veamos seguidamente algunos ejemplos puntuales que nos permitan ilustrar esta expansión y afianzamiento de la CPV en estos sectores.

En el caso del sector de la alimentación⁵² pueden citarse las reglas sobre desperdicio alimentario que se recogen en la legislación autonómica⁵³. En el caso de Castilla-La Mancha, estas reglas se encuentra en la Ley /2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular y el Decreto 19/2019, de 26 de marzo, por el que se promueven medidas para evitar el desperdicio alimentario y se facilita la redistribución de alimentos en Castilla-La Mancha. Estas disposiciones apuestan por reducir el desperdicio alimentario mediante una gestión eficiente mediante la redistribución y la recuperación de los alimentos. Para ello, en lo que aquí interesa destacar, establecen la obligación de las Administraciones de incorporar requisitos específicos relacionados con la redistribución como criterio de adjudicación o bien como condición especial de adjudicación. También la Ley 3/2020, de 11 de marzo de prevención de las pérdidas y el despilfarro alimentario de la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene un claro enfoque preventivo y de fomento de medidas de aprovechamiento de los recursos. Entre otras cosas, dicha Ley impone a la Administración pública el deber de incorporar en los contratos públicos cláusulas para prevenir las pérdidas y el despilfarro de alimentos. Todavía en el ámbito de la alimentación, pero en otro orden de cosas, puede citarse la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (modificada por la Ley 16/2021) y su influencia directa en la fijación de los precios de los contratos públicos⁵⁴. En esta apretada síntesis,

52. Véase LAZO VITORIA, X.: «Compra pública verde en el sector de la alimentación: una primera aproximación». En: Observatorio de contratos públicos 2018, C. de GUERRERO MANSO (Coord.), GIMENO FELIÚ, J. M^a (Dir.), 2019, Aranzandi, pp. 211 a 228.

53. En el ámbito estatal existe un borrador de Anteproyecto de Ley de Prevención de las Pérdidas y Desperdicio Alimentario donde se establecen obligaciones para las Administraciones Públicas. Así, cabe destacar la de formar y sensibilizar sobre el desperdicio alimentario a las personas consumidoras en una mejor planificación de los menús y de sus compras, en una compra sostenible (tales como alimentos frescos, de temporada, de proximidad o locales), en la cocina de reaprovechamiento, las buenas prácticas de almacenamiento, la correcta interpretación de las fechas de caducidad y de consumo preferente, y el reciclaje y materiales de envasado».

En la temática del desperdicio alimentario véase SALAMERO TEIXIDÓ, L.: «El desperdicio de alimentos es también una cuestión medioambiental. La nueva regulación europea en materia de residuos alimentarios». En: La lucha contra el cambio climático: Una aproximación desde la perspectiva del derecho. S. SALINAS ACELGA (Director), Tirant lo blanch, 2020, págs. 431 a 444

54. La especial vulnerabilidad de la cadena de suministros alimentaria ha llevado a la Unión Europea a probar unas reglas armonizadas a través de la Directiva 2019/633, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. Su incorporación al ámbito interno se ha producido mediante Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación.

no puede dejar de mencionarse la Estrategia Europea de Alimentación «To Farm to Fork» (mayo 2020) porque su orientación impactará sensiblemente en el futuro diseño normativo sobre la compra pública de suministros de alimentos y en los contratos de restauración colectiva. En concreto, dentro del objetivo de promover el consumo sostenible de alimentos se establece la determinación de las mejores modalidades para establecer criterios mínimos obligatorios para la adquisición de alimentos sostenibles a fin de promover dietas saludables y sostenibles, que incluyan productos ecológicos, en las escuelas y las instituciones públicas.

Otro ámbito sectorial en el que también podemos encontrar reglas de CPV es en el de los residuos. Así, la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, establece un mandato para acentuar el enfoque de economía circular en las compras públicas⁵⁵. Para ello, por ejemplo, su art. 16.2 LR prevé que «Las administraciones públicas incluirán, en el marco de contratación de las compras públicas, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas». El mandato es inequívocamente obligatorio («incluirán»), de amplio espectro en cuanto a los tipos contractuales y, además, se trata de una disposición que tiene el carácter de legislación básica en materia de protección del medio ambiente (Disposición Final 11ª).

Por otro lado, podemos observar en la legislación general de carácter ambiental aprobada por las comunidades autónomas (aquella que recoge sistemáticamente las técnicas de evaluación, autorización, etc.) novedosas previsiones de CPV. En esta línea podemos destacar la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi⁵⁶ que declara que «la compra y la contratación pública verde tendrá como finalidad optimizar la coordinación con el mercado para garantizar que aquella incorpore la ecoinnovación y facilitar a su vez que las administraciones públicas hagan un uso más eficiente de los recursos». Prevé la inclusión obligatoria en el PCAP y PPT de «criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución y cláusulas o condiciones que contribuyan a alcanzar los objetivos de la ley». Y para ello se anuncia que se adoptarán instrucciones técnicas por parte de las administraciones públicas para favorecer su aplicación, una previsión muy importante porque garantiza una homogeneidad de contenidos y contenido técnico adecuado. Pero a la espera de la aprobación de las citadas instrucciones técnicas, el legislador singulariza ya dicha

55. Un primer estudio completo de esta Ley en el número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública XXI: Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular (Ley 7/2022, de 8 de abril). J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2022.

56. Véase LAZO VITORIA, X. (2021): Una nota a la futura Ley de Administración Ambiental de Euskadi: compra verde obligatoria y econinnovación. Observatorio de Contratación Pública 25 de octubre de 2021.

sostenibilidad ambiental en una medida en concreto «se promoverá especialmente la utilización de subproductos, materias primas secundarias, materiales reciclados o provenientes de procesos para la preparación para la reutilización» (art. 83.2). Aún más, la propia norma antes citada añade dos ulteriores concreciones: a) los PPT y PCAP indicarán el porcentaje de utilización (obligatoria) de subproductos, materias primas secundarias, materiales reciclados etc., en contratos de obras; y b) el porcentaje mínimo de utilización de dichos materiales será del 40%, salvo que por motivos técnicos justificados ese porcentaje deba ser reducido.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Tras la exposición de este trabajo pueden formularse las siguientes consideraciones finales:

La CPV puede cumplir un rol significativo en la lucha contra el cambio climático. Sin embargo, es preciso acelerar su aplicación y remover obstáculos para que pueda desplegar su enorme poder transformador.

Parece inevitable concluir que la CPV está en un proceso imparable de expansión. En efecto, ya no solo está presente en su nicho tradicional (Directivas europeas de contratación y LCSP) que es, por cierto, desde donde se ha impulsado gradualmente su uso estratégico. Ahora cobra también un especial protagonismo en la legislación climática y en las reglas aprobadas para la recuperación económica post COVID (aplicación de los fondos europeos EU Next Generation). Además, se ha demostrado que esta fuerza expansiva la ha llevado a distintos ámbitos sectoriales (alimentación, edificación, etc.) e incluso a la propia legislación ambiental general donde podemos encontrar un uso muy intenso y novedoso de esta herramienta. Es esperable que estas manifestaciones en sectores o ámbitos específicos terminen por influir e introducir modulaciones en el Derecho general de la contratación pública⁵⁷.

Se ha comprobado que el Derecho de la Unión Europea ha consolidado el enfoque obligatorio de la CPV y que este enfoque se está trasladando con rapidez a la legislación interna. Se apuesta por la planificación estratégica y por una profundización de la gobernanza ambiental y climática. Hay una clara tendencia en generalizar el uso de catálogos y de cláusulas ambientales estandarizadas. Con ello se persigue establecer criterios ciertos, previsibles, seguros y estables que permitan a los operadores, jurídicos y económicos, utilizar esta herramienta de forma intensa.

Se ha insistido en la necesidad de contrastar las previsiones normativas de CPV con su aplicación práctica. Pero la falta de datos en abierto y la imposibi-

57. Un ejemplo de este proceso de «contagio» o de influencia de las soluciones de CPV contenidas en los ámbitos sectoriales puede verse en la reciente propuesta de un Anteproyecto de Ley de Uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

lidad de realizar análisis masivos, limitan muy seriamente las investigaciones sobre esta materia (datos muy gruesos y no desagregados). Además, es imprescindible realizar trabajos de campo (especialmente de orden sectorial) que aporten una radiografía de la realidad que contextualice y enriquezca el trabajo de sistematización y análisis teórico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, V. (2021). La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico. Thomson Reuters Aranzadi. ISBN: 9788413461663
- BERNAL BLAY, M.A. & NAVARRO MOLINÉS, G. (2021). «Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría». Revista Aragonesa de Administración Pública.
- GALÁN VIOQUE, R. (dir) (2018). Las cláusulas ambientales en la contratación pública. Editorial Universidad de Sevilla. ISBN: 9788447219889
- GALLEGO CÓRCOLES, M^a I.: «Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y desempate» en: Inclusión de las cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos. Guía Práctica Profesional. M. PARDO LÓPEZ y A. SÁNCHEZ GARCÍA (Directores). Thomson Reuters, Aranzandi, 2019, págs. 107 a 125.
- GIMENO FELIU, J.M.^a, De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución, Observatorio de Contratación Pública, www.obcp.es, 25 de enero de 2021
- GIMENO FELIU, J.M^a (2021): «Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación públicas. De las ideas a la acción». Número monográfico La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales. JOSÉ ESTEVE PARDO (Director), Claves del Gobierno Local, 32.
- GIMENO FELIU, J.M^a (2022): «El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», Revista General de Derecho Administrativo, nº 59.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública». Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797. Págs. 141-177.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2020). El derecho ante el reto del cambio climático. Navarra: Aranzadi (primera edición). ISBN 978-84-1345-236-4
- HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (2021), La seguridad alimentaria y la biodiversidad en las estrategias del Pacto Verde Europeo: la Bauhaus de la política alimentaria, Observatorio de políticas ambientales 2021, coord. por Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda, Alba Nogueira López, 2021, págs. 998-1017

- HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (2021). «La huella de carbono: ¿Un indicador más para la transición energética?» En: «Los desafíos Jurídicos de la transición energética post COVID-19», F. DELGADO, R. GALÁN, N. GARRIDO E I. GONZÁLEZ (Directores), Aranzadi, pp. 757-765
- IHOBE (2021). Compra y Contratación Pública Verde en el País Vasco. Informe de actividad. Ejercicio 2020, Ihobe, 2021.
- IPCC (2022): Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. Cambridge University Press. In Press.
- LAZO VITORIA, X.: «Compra pública verde en el sector de la alimentación: una primera aproximación». En: Observatorio de contratos públicos 2018, C. de GUERRERO MANSO (Coord.), GIMENO FELIÚ, J. Ma (Dir.), 2019, Aranzadi, pp. 211 a 228.
- LAZO VITORIA, X.: «Impacto en la celebración de nuevos contratos para hacer frente a la emergencia sanitaria», Anuario de Gobierno Local no 1, 2020, p. 412.
- LAZO VITORIA, X. (Dir.) 2018 *Compra Pública Verde*. Barcelona: Atelier
- LAZO VITORIA, X. (2021). Cambio climático y contratación pública. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro. Libro col. Observatorio de los contratos públicos 2020, ISBN 9788413910352, págs. 177-204
- LAZO VITORIA, X. (2021): Una nota a la futura Ley de Administración Ambiental de Euskadi: compra verde obligatoria y econinnovación. Observatorio de Contratación Pública 25 de octubre de 2021.
- MARTÍNEZ F FERNÁNDEZ, J. M., «Medidas especiales en materia de contratación», Revista de Estudios Locales, n.º 238, enero 2021, pp. 65-75
- MEDINA ARNAIZ, T. (2020). «La contratación pública estratégica». La contratación pública estratégica en la contratación del sector público. Dir. QUINTANA, T. págs. 81-96
- MESTRE DELGADO, J.F. (2003): «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», Revista de Estudios de la Administración Local n° 291
- MINISTERIO DE HACIENDA (2021): Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, <https://www.hacienda.gob.es/Lists/DGPatrimonio/junta%20consultiva/trienal2021.pdf>
- MORENO MOLINA, J.A. 'Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-covid-19. Revista Española de Derecho Administrativo, ISSN 0210-8461, N° 210 2021, págs. 45-78.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (Dir.) y VENCE DEZA, X. (Dir.). Redondear la economía circular del discurso oficial a las políticas necesarias. Aranzadi, 2021, ISBN 9788413909646.
- OCHOA MONZÓ, J. y REVUELTA PÉREZ, I. (2021). *Economía circular y responsabilidad social*. Aranzadi. ISBN 978-84-1345-635-5

- OIRESCON (2022): Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación. Informe de la Comisión Europea «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», 20 de mayo de 2021, COM (2021) 245 final.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M.: «La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)», Revista de Administración Pública nº 216 2021, págs. 189 a 221.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M.: «La cuestión competencial en el ámbito de la contratación del sector público: la delimitación de lo básico en la doctrina constitucional (STC 68/2021, de 18 de marzo)», Revista de Administración Pública no 216 2021, págs. 189 a 221.
- PERNAS GARCÍA, J.J.
- (2011) Contratación pública verde, La Ley, Madrid, 2011, 314p.
 - (2020): Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia práctica de la contratación estratégica, en: Observatorio de Políticas Ambientales 2020, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, J. JORDANO FRAGA, B. LOZANO CUTANDA, A. NOGUEIRA L. (Coord.), Ciemat, Madrid 2020.
 - (2021) a). La transición ecológica de la contratación pública. Reflexiones y propuestas para la generalización de un enfoque estratégico ambiental. Libro col. Observatorio de los contratos públicos 2020, ISBN 9788413910352, págs. 127-175.
 - (2021): «El principio no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (conocido como DNSH) y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation», Observatorio de Contratación Pública, 21 de octubre de 2021
- PERNAS GARCÍA, J.J. & SÁNCHEZ GONZALÉZ J.(2022). «Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular (Ley 7/2022, de 8 de abril). Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XXI. Gobierno de Aragón, 2022, ISSN 2341-2135.
- PUENTES COCIÑA, B.: «Ecodiseño de productos para la economía circular: durabilidad, reparación y reutilización» en: Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias. A. NOGUEIRA Y X. VENCE (Directores), THOMSON REUTERS, Aranzandi, 2021, PÁGS. 133 A 161
- QUINTANA LOPÉZ, T. (DIR) (2020). La Contratación Pública estratégica en la contratación del sector público. Tirant lo Blanch. ISBN 9788413552736.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.^a M. (DIR) (2017). Nueva Contratación Pública: Mercado y Medio Ambiente. THOMSON REUTERS. ISBN 9788491520771.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2020): «El desperdicio de alimentos es también una cuestión medioambiental. La nueva regulación europea en materia de residuos alimentarios». En: La lucha contra el cambio climático: Una aproximación desde la perspectiva DEL DERECHO. S. SALINAS ACELGA (DIRECTOR), Tirant lo blanch, 2020, PÁGS. 431 A 444

- SANMARTÍN MORA, M.^a A., «Capítulo 11. Especialidades en materia de contratación para la eficacia y agilidad en la gestión de los fondos europeos», en M.^a C. CAMPOS, *La gestión de los Fondos Next Generation*, WOLTERS KLUWER, 2021
- SCHOONER, S. y MATSUDA, E. *Sustainable Procurement: Building Vocabulary to Accelerate the Federal Procurement Conversation*, 21-10 Briefing Papers (Sept. 2021).
- SERRANO PAREDES, O.: «Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de huella de carbono?», *Observatorio de Contratación Pública*, 3 de febrero de 2020
- TORNOS MAS, J.,» *La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo*, Cuadernos de Derecho Local, ISSN 1696-0955, 39 56, 2021, pp. 53-83.
- VICENTE DÁVILA, F. (2022): «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH) como mecanismo de evaluación ambiental de las actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia a propósito de la Orden HFP/1030/2021, del 29 de septiembre por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Actualidad Jurídica Ambiental* n° 119 (enero), p. 10 a 37.

LA COMPRA PÚBLICA VERDE EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO¹

Francisco Hernández González

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de La Laguna

Sumario: I. LA «ECOLOGIZACIÓN» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA VERDE: LA «CLIMATIZACIÓN» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LAS MEDIDAS CONTRACTUALES EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE CAMBIO CLIMÁTICO. IV. MEDIDAS CONTRACTUALES ESPECÍFICAS EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. Medidas relativas a la licitación de contratos de obras y concesiones de obras. 2. Contratos de suministro eléctrico. 3. Contratos de adquisición o arrendamiento de inmuebles y de vehículos. 4. Contratos de organización de eventos públicos, de servicios de hostelería y de suministros de alimentos. V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA «ECOLOGIZACIÓN» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A pesar de su mayor complejidad, la *compra pública verde* (CPV) ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico para quedarse². Si durante los últimos 50 años

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i *El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; referencia: PID 2020-115834RB-C31.

2. El concepto *compra pública verde* es la traducción de la expresión anglosajona *green public procurement*. Sin embargo, la terminología que, en su versión española, usan los documentos oficiales europeos es la de *contratación pública ecológica* (del mismo modo, la expresión *green purchasing* se traduce como *adquisiciones ecológicas*). La definición más común es la que contiene la Comunicación de la Comisión de 16 de julio de 2008, *Contratación pública para un medio ambiente mejor*. Como tal se entiende «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

(al menos, desde la aprobación de la Ley de Contratos del Estado de 1965) el objetivo principal era poder contratar un servicio, una obra o un producto a un precio lo más bajo posible, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 cambia este modelo en pro de una *contratación pública social y ambientalmente responsable*, que actúe como palanca para implementar las políticas europeas y nacionales en materia social, ambiental y de innovación. Entre estas políticas públicas, ocupan un lugar privilegiado la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la lucha contra el cambio climático, lo que exige implantar prácticas respetuosas con el medio ambiente y el clima en la contratación pública.

El objetivo ya no es «comprar al menor precio» sino «comprar mejor», teniendo en cuenta los efectos ambientales a lo largo de todo el ciclo de vida de los productos, obras o servicios, esto es, durante su producción, comercialización, transporte, utilización, mantenimiento y eliminación (es el denominado análisis *cradle-to-grave*). De esta forma, no sólo se contribuye con los objetivos de desarrollo sostenible de la *Agenda 2030*, aprobada por las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, sino que, a medio plazo, puede conllevar una mayor eficiencia del gasto público (con el transcurso del tiempo, el producto más ecológico puede resultar también más económico, al sumar un mayor ahorro en consumo de energía, mantenimiento, sustitución, eliminación de residuos, etc.).

El origen de esta nueva concepción se encuentra en el Derecho de la Unión Europea. El punto de partida puede situarse en la Comunicación de la Comisión sobre *la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*, aprobada el 4 de julio de 2001, en un momento en el que las Directivas de contratación pública carecían de referencia expresa a la protección ambiental³. En dicha Comunicación, la Comisión se encarga de recordar que no existe contradicción intrínseca entre crecimiento económico y mantenimiento de un nivel aceptable de calidad medioambiental: «es necesario —se afirma— que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social

mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar» (aptdo. 3.1). En algunos documentos, la Comisión suele diferenciar la contratación pública ecológica (CPE) de la *contratación pública sostenible* (CPS), que es aquella en la que, además de los criterios medioambientales, se tienen en cuenta también los aspectos sociales.

3. Ello es fruto del *principio de integración de las exigencias de la protección del medio ambiente en la política europea* que hoy en día se encuentra consagrado en el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 6 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). En 2001 se aprueba también la Comunicación de la Comisión sobre *la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos sociales en dichos contratos*. A escala mundial, la contratación pública ecológica se menciona de manera específica en el Plan de aplicación de la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*, celebrada en Johannesburgo en diciembre de 2002 (Rio + 10), que anima a los Estados a «promover políticas de contratación pública que propicien la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente» (apartado III.19,c; se puede ver la versión española en https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf).

sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable»⁴. Aplicado a la contratación pública, significa que la legislación debe tomar en consideración las preocupaciones medioambientales, con el fin de reducir el impacto ambiental causado por el consumo del sector público. En consecuencia, se comienza a hablar de «*contratación ecológica*», para aludir a la integración de los aspectos medioambientales en la contratación pública, «de modo que los poderes adjudicadores contribuyan al desarrollo sostenible».

A partir de este momento⁵, se postula la integración de los aspectos ambientales (y también los sociales) en todas las fases del procedimiento de contratación pública, superando las reticencias iniciales. En consecuencia, se propone tomar en consideración criterios ambientales en la definición del objeto del contrato, en la admisión de licitadores (como causas de exclusión o criterios de solvencia técnica), en la valoración de las ofertas (como criterios de adjudicación) y en la ejecución del contrato (como condiciones especiales de ejecución). De este modo, se produce lo que se conoce como «ambientalización» o «ecologización» de la contratación pública, que lleva a familiarizarnos con términos novedosos como son prescripciones técnicas basadas en «etiquetas ecológicas», la acreditación de la capacidad mediante «sistemas de gestión medioambientales», la valoración del «rendimiento ecológico» como criterio de adjudicación, el coste del ciclo de vida de los productos, etc.

Con anterioridad a la Directiva de contratación de 2004 se conforma también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad de la inclusión de cláusulas sociales y ambientales con el Derecho comunitario, ya sea como criterio de adjudicación o como condición de ejecución; y que se resume en el cumplimiento de cuatro requisitos:

- Que esté vinculada con el objeto del contrato.
- No confiera a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección del licitador.
- Respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación.
- Y que respete las normas de procedimiento, especialmente, las normas de publicidad, lo que exige que se mencione expresamente en el anuncio de licitación⁶.

4. Esta idea es la que inspira el *principio de desarrollo sostenible* proclamado en el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

5. En esa época la legislación vigente en España, el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, no contenía todavía ninguna mención a la integración de los aspectos ambientales en los contratos públicos. Las primeras referencias las encontramos en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, que traspone la Directiva 2004/18/CE.

6. Por todas, Sentencias del TJUE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finladn Oy Ab* (Asunto C-513/99) y de 4 de diciembre de 2003, *EVN* (Asunto C-448/01). Señala el Tribunal que la utilización de cláusulas ambientales como criterios de adjudicación debe permitir determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución.

A partir del 2001 el avance de la legislación comunitaria y nacional en materia de contratación pública verde ha sido significativo. A nivel comunitario, primero la Directiva de 2004⁷ y, posteriormente, las Directivas de 2014, consolidan la dimensión estratégica de la contratación pública, impregnando lo ambiental todo el procedimiento de contratación, en las fases de admisión, adjudicación y ejecución del contrato. Al mismo tiempo, se recuerda la obligación de los Estados miembros y de los poderes adjudicadores de adoptar las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral (aptdo. 37 de la Directiva 2014/24/UE)⁸. Las expectativas generadas son muy elevadas: «las autoridades que implanten la CPE (contratación pública ecológica) —se afirma— estarán mejor preparadas para hacer frente a los cambiantes desafíos medioambientales, por ejemplo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero o avanzar hacia un modelo de economía más circular»⁹.

En el ámbito nacional, como no podía ser de otra manera, Ley de Contratos del Sector Público de 2007¹⁰ (y el TR de 2011) y, más decididamente, la nueva Ley de 2017 (en adelante, LCSP) incorporan la protección ambiental entre los objetivos estratégicos de la contratación. En el preámbulo de esta última Ley queda patente la voluntad del legislador de concebir la contratación como un instrumento de la política general en materia social y ambiental. De este modo, lo ambiental queda plenamente integrado en la contratación pública, pudiendo ser tomado en consideración al definir el objeto del contrato (arts. 35.1, c y 99), establecer las prescripciones técnicas (arts. 124 a 126), en la determinación de los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio (art. 145), el cálculo del coste del ciclo de vida (art. 148) o como condiciones especiales de ejecución (art. 202); si bien, su inclusión goza de carácter voluntario¹¹.

7. La Directiva 2004/18/CE dio lugar a la aprobación de la Comunicación de la Comisión de 16 de julio de 2008, *contratación pública para un medio ambiente mejor*, citada anteriormente, que establecía como objetivo que, en el 2010, el 50% de todos los procedimientos de licitación (tanto en número como en valor) fueran ecológicos (aptdo. 5.1).

8. En su apartado 40 se dice 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».

9. COMISIÓN EUROPEA (2016) *¡Compras Ecológicas!, Manual sobre contratación pública ecológica*, 3º ed., Luxemburgo, p. 5.

10. Bajo la vigencia de esta Ley se adopta el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de enero de 2008 se aprueba el primer *Plan de Contratación Pública Verde* de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (Orden PRE/116/2008, de 21 de enero). El actual Plan está aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, abarcando el periodo 2018-2025. (Orden PCI/86/2019, de 31 de enero).

11. Sobre la distinción entre cláusulas que tratan de asegurar el cumplimiento de obligaciones previas de tipo ambiental o social y cláusulas que añaden valor estratégico a la contratación véase GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, nº 4, pp. 97-98.

A pesar de la importancia de esta ambientalización de la contratación pública, hasta 2014 no encontramos ninguna referencia al *cambio climático* en la legislación contractual¹². Es el artículo 68.1, b) de la Directiva 2014/24/UE, (cuya transposición se lleva a cabo en el artículo 148 LCSP), el que, por vez primera, hace mención expresa al *cambio climático*, al regular el *cálculo del coste del ciclo de vida* de los productos, servicios u obras¹³. Al respecto, se afirma que se tendrán en cuenta los *costes imputados a externalidades medioambientales*, que 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» (art. 148.2, b LCSP)¹⁴. A su vez, el artículo 125 de la LCSP incluye también el impacto climático entre las prescripciones técnicas de los contratos de obras, suministros y servicios; y el artículo 202 en las condiciones especiales de ejecución.

Paralelamente a la positivación de las consideraciones ambientales, las diferentes Administraciones han elaborado un sinfín de documentos de *soft law*, tales como planes, programas, estrategias, instrucciones, informes, guías, manuales, códigos de buenas prácticas, ... dirigidos, todos ellos, a facilitar la implantación de la contratación pública ecológica o compra pública verde¹⁵. La aprobación del nuevo marco

12. Cabe recordar que la *Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, firmada en New York el 9 de mayo de 1992, fue ratificada por España en 1994 (BOE 27, de 1 de febrero). La Convención Marco fue uno de los tres convenios derivados de la *Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992* y, a su vez, fue el origen del *Protocolo de Kioto de 1997*, que se ratificó en 2005 (BOE 33, de 8 de febrero), dos años antes de aprobarse la LCSP de 2007. El Protocolo obligaba a los Estados a elaborar políticas que fomentaran la eficiencia energética y redujera la emisión de gases de efecto invernadero. No obstante, el primer gran acuerdo en la lucha contra el cambio climático no se adopta hasta la 21ª Conferencia de las Partes (COP 21) de la Convención Marco celebrada en París en diciembre de 2015 (conocido como *Acuerdo de París de 2015*, que entraría en vigor el 4 de noviembre de 2016). Para una mayor información se pueden consultar los trabajos publicados en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.) (2020): *El derecho ante el reto del cambio climático*, Thomson Reuters.

13. Como una de las novedades, la nueva normativa comunitaria incluye el coste del ciclo de vida de las obras, suministros o servicios dentro de los criterios de valoración de la oferta económicamente más ventajosa. Como señala el preámbulo de la Directiva 2014/24/UE, se trata de tener en cuenta los costes relativos al consumo de energía, reciclado, etc., pero también «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» (aptdo. 96).

14. En realidad, todos los criterios cualitativos ambientales del art. 145.2 están relacionados con la lucha contra el cambio climático: reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y mantenimiento o mejora de los recursos naturales.

15. Para ayudar a los órganos de contratación, la Comisión Europea ha elaborado un *Manual de CPE*, que lleva por título *¡Compras Ecológicas! (Buying Green! Handbook)*, cuya tercera edición, de abril 2016, se puede consultar en https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm; así como unos *Criterios de CPE* para la contratación de 21 grupos de productos y servicios diferentes, que se encuentran disponibles en https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm. Por lo que se refiere a nuestro país, cabe destacar el vigente *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado (2018-2025)*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018 (BOE nº 30, de 4 de febrero de 2019).

normativo ha traído consigo también una eclosión de trabajos doctrinales sobre la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, que se hace imposible de enumerar¹⁶.

A pesar de todo este esfuerzo, la aplicación práctica de esta legislación ha evolucionado a marcha ralentizada. Su implantación ha tenido que ir venciendo muchas dificultades (estas son mayores en el caso de los criterios de adjudicación). Unas son de tipo jurídico, como el propio carácter voluntario de las cláusulas ambientales en la LCSP y la necesidad de cumplir con los requisitos de vinculación al objeto del contrato y de no discriminación¹⁷. Pero otras, quizás las más importantes, son de carácter organizativo, como la escasez de recursos humanos y la ausencia de especialización del personal de las distintas Administraciones Públicas; esto último, a pesar de los esfuerzos realizados en este sentido, tanto a nivel europeo¹⁸ como nacional¹⁹.

El *Informe de la Comisión Europea*, relativo a la «aplicación y mejoras de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior», de 20 de mayo de 2021, destaca la preferencia de los poderes adjudicadores por el criterio de adjudicación del *precio más bajo*, por resultar más sencillo y objetivo, y la correlativa dificultad para formular unos criterios ambientales que guarden una relación pertinente con el objeto del contrato, así como para supervisar su aplicación (pp. 6 y 9). Este informe identifica como una de las causas de esta situación el insuficiente conocimiento de las normas por parte de los funcionarios encargados de tramitar los procedimientos de contratación.

A nivel nacional, el *Informe especial de supervisión del OIReScon*, relativo a la contratación pública estratégica correspondiente al año 2020 (presentado en

16. Este las monografías dedicadas específicamente a esta materia cabe mencionar: RAZQUÍN LIZARRAGA, M., y ALENZA GARCÍA, J.F. (Coords.) (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson Reuters; LAZO VITORIA, X. (Dir.) (2018): *Compra pública verde*, Atelier; GALÁN VIOQUE, R.. (Dir.) (2019): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Instituto García Oviedo QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) (2020): *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch; y AGUADO I CUDOLÀ, V. (2021): *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Thomson Reuters.

17. Sirva de ejemplo las Resoluciones del Tribunal Administración Central de Recursos Contractuales n° 368, 638 y 1180 de 2020 y n° 1003, 1245 y 1557 de 2021, que anulan sendas cláusulas ambientales por carecer de relación con el objeto del contrato.

18. La primera edición del *Manual sobre la contratación pública ecológica*, de 2004, destaca ya la necesidad de que el personal de los servicios de contratación disponga de la formación jurídica, financiera y medioambiental necesaria para decidir cuándo y en qué medida se introducen los factores medioambientales en el procedimiento de contratación, si éstos presentan la mejor relación calidad-precio y si se adaptan a las prioridades medioambientales del poder adjudicador (p. 9); y lo mismo resalta la Comunicación de la Comisión de 2008. Con carácter general, la necesidad de mejorar la formación y la gestión profesional es el objetivo también de la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017, sobre *la profesionalización de la contratación pública* («Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública»).

19. El propio *Plan de Contratación Pública Ecológica del Estado 2018-2025* prevé la organización, en colaboración con el INAP y otros centros de formación especializada, de cursos de formación y orientación dirigidos al personal responsable de la preparación de los pliegos y de la supervisión de la ejecución de los contratos (apartado undécimo).

marzo de 2022), da amplia cuenta de estas dificultades²⁰. Según datos del propio informe, la inclusión de criterios ambientales es aún poco significativa: como condiciones de admisión sólo está presente en el 5,53% de los contratos analizados; más bajo es aún el porcentaje de inclusión como criterio de adjudicación, que se sitúa en el 2,81% de los contratos; por su parte, la inclusión de condiciones especiales de ejecución de carácter ambiental se eleva hasta un moderado 23,67%²¹.

II. UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA VERDE: LA «CLIMATIZACIÓN» DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como parte del mismo fenómeno, se produce también el proceso inverso, esto es, la inclusión de normas contractuales en la legislación ambiental, operando una especie de simbiosis entre ambas legislaciones. En este caso, el punto de partida lo podemos situar asimismo en dos documentos de la Comisión Europea de 2001 que destacan la necesidad de fomentar la contratación pública ecológica, como son: la Comunicación de la Comisión de 24 de enero de 2001 sobre el Sexto programa de acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente (que lleva por título «*Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos*»); y la Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001 sobre «*Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible*» (revisada en 2005).

Desde entonces, la contratación pública ecológica está presente en la política ambiental de la Unión Europea de forma permanente. Así lo hace la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2019, sobre el cambio climático²², en la que se subraya la importancia de la contratación pública ecológica como mecanismo para contribuir de forma significativa al ahorro de energía y la reducción de la huella de carbono de los productos, mejorando a la vez la huella de los materiales utilizados y el impacto medioambiental gene-

20. El análisis se circunscribe a los contratos de servicios y suministros sujetos a regulación armonizada relacionados con las tecnologías de la información y comunicación (TIC) de los tres niveles de Administración (estatal, autonómico y local), por ser estos especialmente susceptibles de inclusión de criterios sociales, ambientales y de innovación. El citado informe se puede consultar en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>

21. Los mismos problemas aparecen recogidos también en el *Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017*, elaborado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en abril de 2018 (pp. 71-76)

22. Esta Resolución, que lleva por título *Una visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra de conformidad con el Acuerdo de París*, acoge favorablemente la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2018, *Un planeta limpio para todos-La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra*, que recoge el compromiso de Europa con los objetivos de desarrollo sostenible de la *Agenda 2030*, liderando la acción por el clima a escala mundial.

ral (aptdo. 65).Y lo vuelve a reiterar la Comunicación de la Comisión de 11 de diciembre de 2019, por la que se aprueba «*El Pacto Verde Europeo*» (PVE), que destaca la importancia de promover modelos de contratación pública respetuosos con el clima (pp. 9 y 25)²³; entre otros muchos documentos²⁴.

Esta presencia no se produce sólo en documentos de *soft law*, sino también en diferentes normas ambientales, como es el caso de la Directiva 2008/98/CE, de residuos (anexo IV y IV bis de la versión consolidada); la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa a la *eficiencia energética*, que obliga a contratar productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético (art. 6 y Anexo III); o la Directiva 2019/1161/UE, de 20 de junio de 2019 (por la que se modifica la Directiva 2009/33/CE) relativa a la *promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes*, que exige a las administraciones públicas disponer de un número mínimo de vehículos limpios en sus flotas e introduce una metodología para el cálculo de los costes durante la vida útil del vehículo²⁵.

Es por este motivo que llama poderosamente la atención que no exista ninguna mención expresa a la contratación pública en la reciente *Ley del clima de la Unión Europea*; que ha sido aprobada mediante Reglamento del Parlamento y del Consejo con el fin de garantizar su aplicación directa sin necesidad de previa trasposición al ordenamiento de los Estados Miembros²⁶.

En efecto, la conocida como la *Ley Europea del Clima* de 30 de junio de 2021 ahonda en el compromiso de la UE con el Acuerdo de París, positivando el objetivo de *neutralidad climática* para 2050. A tal efecto, se establece un objetivo climático intermedio para 2030 consistente en una reducción interna de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (emisiones una vez deducidas las absorciones) de, al menos, un 55 % con respecto a los niveles de 1990 (art. 4). La

23. El PVE diseña una estrategia de crecimiento basada en una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos, sin emisiones netas en gases de efecto invernadero en 2050, de una forma sostenible, competitiva e integradora. El PVE tiene en la *compra pública ecológica* uno de sus pilares: «Las autoridades públicas —señala— (...) deben predicar con el ejemplo y asegurar que sus procedimientos de contratación respeten criterios ecológicos. La Comisión propondrá legislación y orientaciones adicionales sobre la contratación pública ecológica». El pilar financiero del PVE es el *Plan de inversiones para una Europa Sostenible* (Comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2020), que prevé la aplicación de criterios ecológicos mínimos obligatorios en la contratación pública (aptdo. 4.2).

24. Previamente, la Comunicación de la Comisión de 18 de junio de 2003, sobre *Política de Productos Integrada*, animaba a los Estados miembros a elaborar y poner a disposición del público planes de acción para la ecologización de su contratación pública, revisables cada tres años. En el mismo sentido, se pronuncia la Comunicación de la Comisión de 16 de julio de 2008, relativa al *Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible*; y la Comunicación de la Comisión de 2 de diciembre de 2015, *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*.

25. Véase, en el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 2020, sobre *Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro*.

26. Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999.

política de lucha contra el cambio climático se basa en dos tipos de acciones: de una parte, adoptar *medidas de mitigación*, que contribuyan a reducir las emisiones netas a la atmósfera de gases de efecto invernadero; y, de otra, aumentar la *capacidad de adaptación*, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático (art. 5). Las medidas de mitigación pueden estar relacionadas con el uso de energías procedentes de fuentes renovables, la eficiencia energética, el desarrollo de sistemas de movilidad y transporte sostenibles, la planificación y gestión sostenible de los recursos, la captura y utilización de carbono, etc.

Sin embargo, nada se dice en la Ley sobre las medidas concretas aplicables por los Estados para alcanzar el objetivo de neutralidad climática (y tampoco en lo relativo a la contratación pública). En su lugar, se les exige la elaboración de estrategias y de planes nacionales integrados de energía y clima, así como estrategias y planes nacionales de adaptación²⁷.

A nivel nacional, la incorporación de los principios de ahorro y eficiencia energética y de utilización de fuentes de energía renovables en los procedimientos de contratación aparece proclamada ya en el artículo 85.1 de la Ley 2/2011, de *Economía Sostenible*. A partir de entonces son varias las normas sectoriales que prevén la inclusión de cláusulas ambientales relacionadas con el cambio climático, añadiendo una dimensión «climática» a la contratación pública. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación de residuos²⁸, de vehículos de transporte²⁹ o la que regula el registro de huella de carbono³⁰. Aunque el término no existe formalmente, se puede hablar de la *contratación pública climática* como una

27. La Ley europea del clima constituye un punto de partida y no de llegada. Su puesta en práctica requiere la modificación de la normativa comunitaria en materia de régimen de comercio de derechos de emisión, energía, industria, agricultura, transporte, residuos, etc. Vid. MEDINA ARNAIZ, T. (2022): «La incidencia de los objetivos climáticos y medioambientales de la Unión Europea en la contratación pública», en TOLIVAR, HUERGO y CANO (Dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, INAP-AEPDA, pp. 537-546.

28. Por una parte, la Ley 22/2011, de *residuos y suelos contaminados*, promueve el uso, en la contratación pública, de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas (arts. 16 y 21 y apartado 15 del Anexo IV; en la actualidad, arts. 16 y 24 y apartados 15 y 17 del Anexo VI de la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular). Y, por otra, el Real Decreto 105/2008, por el que se regula la *producción y gestión de los residuos de construcción y demolición* (RCD) que propugna tomar en consideración las medidas sobre prevención y para la reutilización o reciclado de los residuos de construcción y demolición, así como la utilización en las unidades de obra de áridos y otros productos procedentes de valorización de residuos (D.A. 2ª).

29. Real Decreto-ley 24/2021, por el que se transponen diversas directivas de la Unión Europea, entre ellas la Directiva (UE) 2019/1161, por la que se modifica la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, cuyo artículo 90 regula los objetivos mínimos de contratación pública.

30. El Real Decreto 163/2014, por el que se crea el *registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono*, recoge la posibilidad de incluir consideraciones relativas a la huella de carbono, que podrán acreditarse mediante certificados equivalentes u otros medios de prueba de medidas equivalentes de gestión medioambiental (art. 10).

manifestación de la contratación pública ecológica, al igual que lo es la contratación pública circular³¹.

De igual modo, son varios también los Planes y Estrategias de contenido ambiental que, antes de la aprobación de la Ley del clima, prevén medidas en materia de contratación pública, encaminadas a: i) la integración de criterios de eficiencia energética en la contratación administrativa para el aumento de los *vehículos limpios* en el parque móvil de carácter público y en las flotas de servicio sometidas a concesión (*Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia. Horizonte 2007-2012-2020*); ii) mejorar la eficiencia energética de los *edificios* (*Plan de Ahorro y Eficiencia Energética en los edificios de la AGE de 2007* y *Plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la AGE de 2010*); iii) introducir criterios de valoración que tomen en consideración las medidas sobre prevención y reciclado de *residuos de construcción y demolición* (RCD), así como la utilización en las unidades de obra de áridos y otros productos procedentes de valorización de residuos (*Plan Nacional Integrado de Residuos de 2009*); o iv) disminuir la demanda de nuevas materias primas que ayuden a paliar el déficit ecológico (*Estrategia Española de Economía Circular de 2020, España Circular 2030*).

Prácticamente, todas estas medidas confluyen en el *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima* (PNIEC) de 20 de enero de 2020, que establece los objetivos y medidas para la lucha contra el cambio climático correspondientes al periodo 2021-2030³², agrupándolas en cinco dimensiones: la descarbonización, incluidas las energías renovables; la eficiencia energética; la seguridad energética; el mercado interior de la energía; y la investigación, innovación y competitividad. Entre estas medidas se incluyen diferentes referencias a la compra pública verde, entre las que cabe mencionar las siguientes:

Medida 1.16. Contratación pública de energía renovable:

- Implementación de nuevos acuerdos marco de compra de energía 100% renovable, así como introducción de sistemas de autoconsumo renovable en edificios públicos.

31. La *contratación pública circular* es una manifestación de la CPV que hace referencia al «proceso mediante el cual los poderes públicos adquieren obra, bienes o servicios que contribuyen a cerrar los ciclos de los materiales y la energía dentro de las cadenas de suministros, a la vez que minimizan y, en el mejor de los casos, evitan los efectos negativos para el medio ambiente y la generación de residuos a lo largo de su ciclo de vida» (COMISIÓN EUROPEA (2018): *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, Luxemburgo, pp. 4-5). Un análisis reciente en PERNÁS GARCÍA, J.J. (2021): «Compra pública circular: análisis de las barreras, posibilidades y límites del marco jurídico y organizativo actual y propuestas de mejora», en NOGUEIRA, A., y VENCE, X.: *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters, pp. 297-326.

32. Los PNIEC están previstos en el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la *gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima* (art. 3.1). Los objetivos a alcanzar en 2030 son los siguientes: a) una reducción de emisiones de gases de efecto invernadero del 23% respecto al año 1990; b) un porcentaje de penetración de energías renovables de, al menos, un 42% (y del 74% en el sistema eléctrico); y c) una disminución del consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5%.

- Análisis del diseño e implementación de subastas centralizadas para la compra de electricidad de origen renovable a largo plazo, proveniente de nuevas instalaciones.
- Análisis del potencial de la compra pública innovadora para la implantación de renovables en el ámbito público.

Medida 1.19. Generación de conocimiento, divulgación y sensibilización:

- Adquisición de mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida.
- Inclusión de la huella de carbono en la contratación pública, el cálculo de la huella de carbono de los departamentos ministeriales y la promoción del cálculo y reducción entre los municipios españoles

Medida 2.11. Promoción de los servicios energéticos:

- Promoción de nuevos modelos de contrato adaptados a las recomendaciones de Eurostat y conformes con la nueva LCSP.

Medida 2.12. Sector público: responsabilidad proactiva y contratación pública eficiente energéticamente:

- Fomentar el uso de criterios de ahorro y eficiencia energética en los procedimientos de contratación de bienes, servicios y edificios por parte de las Administraciones Públicas
- Fomentar el autoconsumo y de la utilización de las energías renovables en los edificios públicos y de la contratación con empresas de servicios energéticos.

Medida 5.5. Compra pública de innovación verde:

- La compra pública innovadora puede reforzar también las medidas 1.16 y 2.12 relativas a la contratación pública en los ámbitos de la energía renovable y la eficiencia energética respectivamente.

En línea con lo que establece el PNIEC, y a diferencia de la Ley europea, la *Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética*, vuelve a contemplar una serie de medidas relacionadas con la contratación pública. Esta Ley no destaca, precisamente, por su calidad técnica, pero sí deja clara la voluntad del legislador estatal de reforzar la dimensión ambiental-climática en todas las fases del procedimiento de contratación; abandonando, de este modo, el carácter voluntario heredado de las Directivas de contratación pública de 2014³³. En concreto, incorpora dos previsiones específicas:

33. Un análisis más detallado de las medidas que incorpora la Ley 7/2021 en LAZO VITORIA, X. (2021): «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.): *Observatorio de los contratos públicos*, 2020, Aranzadi, pp. 177-204.

- De una parte, el *artículo 22* («consideración del cambio climático en la seguridad y dieta alimentarias») prevé la inclusión —con carácter potestativo— de *condiciones especiales de ejecución* que primen los *alimentos frescos o de temporada*, y con un *ciclo corto de distribución*, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes a contratos públicos que tengan por objeto prestaciones que exijan la adquisición de alimentos.
- Mientras que, por su parte, el *artículo 31* (contratación pública) impone la incorporación transversal y preceptiva en todos los contratos públicos de *criterios medioambientales y de sostenibilidad energética* (en línea con el art. 1.3 LCSP), precisando los límites fijados por la doctrina y la jurisprudencia relativos a que: a) guarden relación con el objeto del contrato; b) sean objetivos; c) respetuosos con los principios informadores de la contratación pública; y d) figuren, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Respetando estas condiciones, los *criterios climáticos* pasan a formar parte (el legislador se expresa en términos imperativos) de las prescripciones técnicas, de los criterios de adjudicación y condiciones de ejecución de los contratos.

A grandes rasgos, el artículo 31 de la Ley 7/2021 incluye tres tipos de medidas:

- Primero. La inserción de *prescripciones técnicas particulares* relativa a criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático en todos los contratos públicos cuyo objeto afecte o pueda afectar al medio ambiente (art. 31.1)³⁴.
- Segundo. La incorporación en las licitaciones de *redacción de proyectos, contratos de obra o concesión de obra* —de forma preceptiva— de «algunos» *criterios de adjudicación* relacionados con la eficiencia energética, la reducción de emisiones, la adaptación al cambio climático o la generación de residuos (art. 31.2)³⁵; y —de forma potestativa— de «alguna» *prescripción técnica* relativa a la utilización de manera procedente de bosques sostenibles o a la medida compensatoria de repoblación forestal con especies autóctonas (art. 31.3).
- Y, tercero. Se establece una prohibición, a partir de 2030, de prorrogar los *contratos de arrendamiento de inmuebles* que no tengan la conside-

34. A tal efecto, con anterioridad al 22 de mayo de 2022, los Ministerios para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y de Hacienda deberán elaborar un *catálogo de prestaciones* en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático, incluyendo los relacionados con una alimentación sostenible y saludable. Entiende LAZO VITORIA que dicha obligación sólo resulta exigible a partir de la publicación del citado catálogo («Cambio climático...», loc. cit., p. 188).

35. Estas medidas se recogen en el Plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la Administración General del Estado, de 24 de mayo de 2022 (BOE n° 125, de 26 de mayo).

ración de edificación con *consumo de energía casi nulo* conforme al Código Técnico de Edificación³⁶.

No obstante, estas previsiones no tienen carácter básico, por lo que resultan de exclusiva aplicación a la *Administración General del Estado y entidades de sector público estatal*³⁷, no afectando a las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales contaban ya con normativa propia en materia de lucha contra el cambio climático antes de la aprobación de la Ley estatal³⁸.

III. LAS MEDIDAS CONTRACTUALES EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE CAMBIO CLIMÁTICO

Cuando se publica la Ley estatal 7/2021, tres Comunidades Autónomas habían aprobado ya sus respectivas leyes climáticas. Nos referimos a las Comunidades de Cataluña (Ley 16/2017), Andalucía (Ley 8/2018) y Baleares (Ley 10/2019). Con posterioridad, lo hizo Navarra (Ley 4/2022). Otras dos Comunidades cuentan con un Proyecto de Ley en avanzado estado de tramitación (como son País Vasco y Canarias)³⁹. Todas estas leyes y proyectos de ley autonómicos intentan articular una respuesta transversal al cambio climático, incorporando la acción climática a todos los sectores económicos. Como alcanza a apreciar el Tribunal Constitucional (en relación con la Ley catalana)⁴⁰, la legislación autonómica sobre cambio climático no persigue solo la protección del medio ambiente, en la medida que representa también, al mismo tiempo, el diseño de un *modelo energético y económico alternativo* para todas las actividades productivas y la programación o planificación de la actividad administrativa necesaria para alcanzar ese objetivo. Es así, que en todas encontramos un apartado dedicado —con mayor o menor detalle— a la contratación pública.

Con carácter general, la normativa climática autonómica obliga a todas las entidades del sector público a incorporar *criterios de sostenibilidad ambiental* y

36. Estos son contratos patrimoniales que se rigen por la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y sólo supletoriamente por la LCSP.

37. Esta decisión contrasta, de una parte, con el carácter básico de la legislación ambiental (art. 149.1.23º CE) y, de otra, con el carácter global de las medidas de mitigación del cambio climático. Una crítica a lo que denomina ejercicio de *self restraint* del legislador estatal en LAZO VITORIA, X. (2020), «Cambio climático y contratación pública...», loc. cit., pp. 192-193.

38. Hay que tener en cuenta, asimismo, que algunas Comunidades Autónomas cuenta ya con legislación de desarrollo en materia de contratación pública que incorporan ciertas determinaciones ambientales. Estas son: Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón; Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra; y la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura.

39. El Proyecto de Ley de Canarias es prácticamente una recopilación de todas las medidas recogidas en las otras leyes autonómicas, en particular, de la Ley balear, sin añadir nada sustancial nuevo.

40. Nos referimos a la STC 87/2019, que declaró inconstitucional determinados preceptos de la Ley catalana 16/2017.

energética en todos los procedimientos de contratación pública, cualquiera que sea la naturaleza e importe del contrato, con la condición de que «resulte adecuado a su objeto» (art. 29.1 de la Ley catalana) o «el objeto del contrato lo permita» (art. 30,a de la Ley andaluza; y art. 68.2 de la Ley balear)⁴¹. Al margen de esta previsión genérica, a través de distintas formulaciones, se establece la obligación de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares *criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución* que contribuyan a alcanzar los objetivos previstos en la ley en materia de acción climática, como los relativos al «uso eficiente de los recursos», la «minimización o reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero» o el «impacto ambiental que genera cada producto o servicio durante todo el ciclo de vida»; convirtiendo en obligatoria la consideración de la huella de carbono en la contratación⁴².

A tal efecto, la *Ley de Cataluña* precisa que «la cuantificación del uso de recursos y de emisiones de gases debe incluirse en el cálculo del coste de inversión, de explotación y de mantenimiento del objeto del contrato» (art. 29.1,d; lo que viene complementar el art. 148.2 LCSP). Por su parte, la *Ley de Andalucía* establece la posibilidad de incluir en cualquier fase del procedimiento «la necesidad de disponer de la huella de carbono de los productos, servicios y suministros objeto de las licitaciones», lo que se podrá acreditar mediante su inscripción en el registro de la huella de carbono andaluz u otros medios de prueba equivalente; previsión que pasará a tener carácter obligatorio a los 6 meses desde la entrada en vigor del reglamento que regule dicho registro (art. 53)⁴³.

Más lejos llega la *Ley de Baleares*, que exige introducir como *criterios de valoración* —in genere— «la inscripción de los licitadores en los registros públicos de huella de carbono» (art. 68.3; también art. 24.3 del Proyecto de Ley de Canarias). Tratándose de un requisito controvertido⁴⁴, cabe entender que la fina-

41. El Proyecto de Ley vasco parece querer ir más lejos al hacer extensivo ese mandato a todos los contratos de obras, servicios y suministros, sin ningún tipo de matización (art. 43); lo que puede ser un problema más que una solución.

42. Como vimos más atrás, tanto el artículo 10 del Real Decreto 163/2014 como el artículo 148.2,b) LCSP atribuyen carácter potestativo a la consideración de la huella de carbono en la contratación pública.

43. Añadir nota a pié de página: En el caso de Navarra, será obligatorio a partir del 2 de abril de 2024 (art. 60).

44. En relación con una medida similar contenida en el *Plan de Contratación Pública Ecológica de la AGE* (2018-2025), la doctrina sostiene que no cumple con el requisito de la vinculación al objeto del contrato, siguiendo así el criterio tradicional de los tribunales administrativos (SERRANO PAREDES, O. (2020): «Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de Huella de Carbono?», en *Observatorio de Contratación Pública*, 03-02-2020, <https://obcp.es/opiniones/cambio-climatico-y-contratacion-publica-es-posible-establecer-como-criterio-de>; PERNÁS GARCÍA, J.J. (2020): «Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», en *Observatorio de Políticas Ambientales* 2020, CIEMAT, p. 883; y LAZO VITORIA, X. (2021): «Cambio climático y contratación pública...», loc. cit., p. 200-201).

lidad de este precepto es superar el obstáculo de la vinculación directa con el objeto del contrato, convirtiéndolo en una exigencia legal⁴⁵.

Asimismo, en línea con lo establecido por la Unión Europea, casi todas las leyes climáticas autonómicas prevén medidas específicas respecto de determinados contratos públicos, con la finalidad promover la eficiencia energética, la utilización de energías renovables, la optimización de los recursos hídricos, la reducción de la huella de carbono de los productos, la sostenibilidad de los materiales, así como la reutilización y el reciclaje de productos. Estas medidas afectan, principalmente, a sectores considerados de alto impacto ambiental por la Comisión Europea, como son la ejecución de obras, la compra o arrendamiento de edificios de oficinas, la adquisición de vehículos y otros productos que utilizan energía o los servicios de hostelería y alimentos. En general, se trata de mandatos de directa e inmediata aplicación, que no requieren de un posterior desarrollo reglamentario, y que no están sujetas a periodo transitorio alguno. No obstante, sólo la *Ley de Baleares* (art. 68.1) y, en parte también, el *Proyecto de Ley de Canarias* (art. 25) obligan a justificar motivadamente la no inclusión de dichos criterios en los pliegos.

En todo caso, la incorporación de estos criterios debe respetar los principios informadores de la contratación pública. En este sentido, la *Ley de Cataluña* (art. 35) y el *Proyecto de Ley de Canarias* (art. 24.1) precisan que la inclusión de criterios climáticos deberá respetar los principios de libertad de acceso (en clara referencia a la concurrencia), transparencia, igualdad, objetividad y eficiencia⁴⁶. Ahora bien, cabe afirmar que, junto a estos principios, que podemos denominar clásicos, la legislación sobre cambio climático convierte la *sostenibilidad ambiental y eficiencia energética* en auténticos principios de la contratación pública, por los que también se debe guiar la actuación de los poderes adjudicadores⁴⁷.

45. El TACRC entiende que no existe vinculación con el objeto del contrato cuando la concreta característica o aspecto ambiental a evaluar es predicable de la empresa en general, y no del contrato en particular. En su opinión, este es el caso de los *certificados de gestión ambiental*, que únicamente acreditan aspectos organizativos existentes en los licitadores, pero no permiten realizar una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca: «la consideración de que, con el mencionado certificado se constata que la empresa tiene medios a su disposición que van a redundar en una mejor prestación del servicio es una cuestión que, propiamente, se refiere a la solvencia técnica del empresario, pero que como tal no sirve como criterio que, por su vinculación al objeto del contrato, permita una comparación cualitativa de las cualidades intrínsecas de las distintas ofertas planteadas por los licitadores» (Resolución del TACRC nº 976/2020).

46. Según doctrina consolidada del TJUE, positivada en el Derecho derivado, los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia constituyen principios básicos de la contratación pública, que no pueden ser desconocidos por el legislador nacional.

47. Así lo hacía ya el artículo 85.1 («ahorro energético de las Administraciones Públicas») de la Ley 2/2011, de *Economía Sostenible*, al afirmar que «todas las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, 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». Y lo permite corroborar la STJUE de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18 (ECLI:EU:C:2020:58), al sostener que la Directiva 2014/24/UE eleva a categoría de principio de la contratación el cumplimiento de las obligaciones ambientales por los operadores

IV. MEDIDAS CONTRACTUALES ESPECÍFICAS EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

1. Medidas relativas a la licitación de contratos de obras y concesiones de obras

Según datos de la Comisión Europea, el sector de la construcción representa el 36% de la emisión de gases de efecto invernadero de la UE; mientras que el 75% de los edificios son ineficientes desde el punto de vista energético⁴⁸. Por su parte, la tasa de renovación energética anual ponderada se sitúa en torno al 1%. A la luz de estos bajos niveles de eficiencia energética, uno de los objetivos a largo plazo de la UE (recogido en el *Pacto Verde Europeo*) es la descarbonización del parque inmobiliario, tanto privado como público, lo que ha llevado a revisar el marco regulatorio vigente⁴⁹. A tal efecto, España ha desarrollado la *Estrategia a largo plazo para la Rehabilitación Energética en el Sector de la Edificación*, que cuenta con una actualización en 2020 (ERESEE 2020) y ha aprobado el Real Decreto 390/2021, por el que se aprueba el procedimiento básico para la *certificación de la eficiencia energética de los edificios* (tanto de proyectos como de obra terminada), que se aplica a los edificios o partes de edificios pertenecientes u ocupados por una Administración Pública con una superficie útil total superior a 250 m² (art. 3.1,c)⁵⁰. La D.A. 2ª dispone que «los edificios nuevos que vayan a estar ocupados y sean de titularidad pública deben ser edificios de *consumo de energía casi nulo*» (lo que, de acuerdo con la normativa europea, era exigible desde el 1 de enero de 2019)⁵¹.

económicos en la ejecución del contrato, con el mismo valor que el resto de principios contemplados en el artículo 18.1, como son: igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, así como prohibición de excluir la contratación del ámbito de aplicación de la Directiva o restringir artificialmente la competencia (cdo. 38).

48. Si consideramos su ciclo de vida, los edificios son responsables del 40% de todo el consumo energético, el 36 % de todas las emisiones de gases de efecto invernadero, la mitad de todas las materias primas extraídas y un tercio del uso total de agua. Vid. Comunicación de la Comisión de 14 de octubre de 2020, *oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas*.

49. Principalmente, *Directiva 2010/31/UE*, relativa a la *eficiencia energética de los edificios*; y *Directiva 2012/27/UE*, relativa a la *eficiencia energética*. Ambas Directivas destacan el papel ejemplarizante que desempeña el sector público.

50. El *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030* anima a que las comunidades autónomas y las entidades locales hagan suyo, al menos, el objetivo obligatorio para la Administración General del Estado de renovación del 3% de la superficie edificada y climatizada del parque edificatorio público (pp. 14-15).

51. Artículo 9 de la *Directiva 2010/31/UE*. Por «edificio de consumo de energía casi nulo» (ECCN) se entiende el edificio con un nivel de eficiencia energética muy alto, que se determinará de conformidad con lo previsto en el anexo I de la propia Directiva. La cantidad casi nula o muy baja de energía requerida debe estar cubierta, en muy amplia medida, por energía procedente de fuentes renovables, incluida la producida *in situ* o en el entorno (art. 2 de la Directiva). Los requisitos mínimos que deben satisfacer los edificios de consumo de energía casi nulo serán los que en cada momento se

Es por ello que no es de extrañar que, de todas las medidas de naturaleza contractual previstas en la legislación autonómica sobre el clima, las que tienen una regulación más detallada son las relativas a la *ejecución de obras*, ya se trate de contratos de obras o de concesiones de obras (y también de los proyectos), referidas principalmente, pero no exclusivamente, a «edificaciones e instalaciones»; lo que trasciende los considerados «sectores de impactos» por la Comisión Europea, que se refiere exclusivamente a edificios de oficinas y a carreteras⁵².

En este sentido, la *Ley de cambio climático de Andalucía* es la primera que introduce criterios de sostenibilidad ambiental específicos en la ejecución de obras públicas, que se refieren tanto a criterios de adjudicación como a condiciones de ejecución (art. 30,f). Así, dispone que en los *contratos de obras* (y también en los de *suministros*⁵³) se promoverán, al menos:

- La mejor relación coste—eficacia, usándose el cálculo del coste del ciclo de vida para la determinación de los costes⁵⁴.
- El consumo energético casi nulo en los nuevos proyectos de construcción de instalaciones y edificaciones.
- La incorporación de fuentes de energía renovable en las instalaciones y edificaciones o terrenos colindantes o adyacentes.
- La sostenibilidad de los materiales de construcción⁵⁵.
- Y la optimización del consumo de recursos hídricos en todas las fases de construcción y funcionamiento.

Por su parte, la *Ley de Baleares* aplica idénticos criterios también a *concesiones de obras públicas* (art. 21.1), así como a los *proyectos* redactados o ejecutados por personal al servicio de las administraciones públicas o por los medios

determinen en el Código Técnico de la Edificación. Vid. GONZÁLEZ RÍOS, I. (2019): «Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 103, pp. 17-53.

52. «Criterios de compra pública ecológica de la UE para el diseño, la construcción y la gestión de edificios de oficinas», de 20 de mayo de 2016; y «Criterios de contratación pública ecológica para el diseño, la construcción y el mantenimiento de carreteras», de 10 de junio de 2016 (los criterios de todos los sectores prioritarios se pueden consultar en https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm).

53. Aunque el legislador andaluz no lo precisa, la referencia a los contratos de suministros en este precepto se debe entender circunscrita a los suministros relacionados con la ejecución de obras públicas.

54. Con el fin de crear una terminología común europea que permita medir el rendimiento de los edificios a lo largo de su ciclo de vida, en 2018 la Comisión Europea puso en marcha un sistema de indicadores denominado *Level(s)*, que tiene en cuenta las diferentes fases del proyecto de construcción (diseño, ejecución, puesta en servicio y fase posterior a la ocupación), siendo de aplicación tanto a edificios de oficinas como a edificios residenciales.

55. La Ley de Navarra exige que los proyectos de obras públicas deberán adjuntar justificación documental del origen de los materiales a utilizar y siempre que sea posible basada en el cálculo de la huella de carbono y en el análisis de ciclo de vida (DF 2ª, que modifica el art. 19 de la Ley Foral 14/2018, de residuos y su fiscalidad).

propios de las mismas (art. 21.2)⁵⁶. Además, se añade un nuevo requisito como es la inclusión en los «proyectos de construcción o reforma de edificaciones» de una *certificación de construcción sostenible* que garantice, para su construcción, uso y desmantelamiento, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la eficiencia energética, el ahorro de agua y la reducción de los residuos; sin añadir ninguna otra precisión sobre el tipo de certificado y la entidad que lo pueda emitir⁵⁷.

Una regulación más ambiciosa es la que incorpora el *Proyecto de Ley de Canarias*, que incluye todas las obras públicas (sin circunscribirse a edificaciones e instalaciones), diferenciando entre las prescripciones correspondientes a los pliegos de los contratos de redacción de proyectos de obras, de una parte, y de los contratos de ejecución de obras, de otra (art. 25.1)⁵⁸:

- a) Por lo que se refiere a los *contratos de redacción de proyectos de obra* se introducen cuatro previsiones:

- 1º. En los proyectos de reforma y de ejecución de obra se incluirán condiciones o requisitos que garanticen niveles máximos de autosuficien-

56. La Ley encomienda al Instituto Balear de la Energía, con la colaboración de los sectores afectados, la elaboración de guías técnicas que permitan el adecuado cumplimiento de este mandato. Por su parte, la D.A. 5ª autoriza al Consejero competente en materia de cambio climático a constituir una *Comisión de Construcción Sostenible* como grupo de trabajo técnico de debate y propuesta de medidas, criterios y actuaciones en materia de eficiencia energética y sostenibilidad en el diseño y la construcción de edificaciones, con funciones consultivas internas o de asesoramiento y consulta no preceptiva (su constitución fue aprobada por Resolución de 16 de octubre de 2020).

57. Las *certificaciones de construcción sostenible* con mayor implantación en España, que acreditan que un edificio ha sido diseñado, construido o rehabilitado siguiendo determinados criterios y categorías relacionados con la sostenibilidad, son las emitidas por las siguientes entidades: a) *Green Building Council España* (GBCe), asociación sin ánimo de lucro que expide uno de los certificados más prestigiosos, la Certificación VERDE®, que verifica el cumplimiento de cinco Ps, como son las relativas a personas (calidad de vida y bienestar), prosperidad (desarrollo económico local y justo), planeta (protección a nuestro entorno), paz (concordia y armonía) y pacto (implicación y compromiso de todos para todos), a través de la evaluación de la ubicación del edificio, la calidad ambiental interior (aire, luz, ruido, confort), la gestión de los recursos (energía, agua, materiales), la integración social (accesibilidad, formación, comunicación) o la calidad técnica del edificio (monitorización, documentación, mantenimiento) a lo largo de todo el ciclo de vida de un edificio; b) *BREEAM® España* (Building Research Establishment Environmental Assessment Methodology), que forma parte del Instituto Tecnológico de Galicia (ITG), fundación privada sin ánimo de lucro, cuya certificación comprende las distintas fases de diseño, construcción y uso de los edificios, evaluando los impactos relacionados con diez indicadores (gestión, salud y bienestar, energía, transporte, agua, materiales, residuos, uso ecológico del suelo, contaminación e innovación), disponiendo de diferentes esquemas de evaluación y certificación en función de la tipología y uso del edificio; y c) la *Plataforma de edificación Passivhaus* (PEP), asociación sin ánimo de lucro que otorga un certificado que acredita que una construcción es energéticamente eficiente, basándose en cuatro requisitos básicos, como son baja demanda de calefacción, baja demanda de refrigeración, baja demanda de energía primaria y alta hermeticidad con menos de 0,6 renovaciones de aire por hora.

58. La imprecisión del precepto obliga a incluir todo contrato que conlleve “ejecución de obra”, como puede ser una concesión de servicios que requiera la construcción de una obra.

cia energética de la obra, una vez entre en servicio. Para ello se atenderá de forma singular a los requisitos bioclimáticos, que deberán estar vinculados al objeto del contrato; en caso contrario, deberá justificarse motivadamente.

- 2º. Los proyectos maximizarán el potencial de producción energética de los espacios públicos utilizados en la construcción de obras, así como el almacenamiento de energía.
- 3º. Empleo de materiales y técnicas de construcción sostenibles para la ejecución de la obra o instalación objeto de proyecto.
- 4º. Se especifica la documentación a aportar en los proyectos técnicos (siempre y cuando la naturaleza del proyecto lo requiera): ficha de la aplicación informática facilitada por el ministerio competente en materia de vivienda y edificación, certificado de eficiencia energética y estudio de gestión de residuos.

- b) En cuanto a los *contratos de ejecución de obras*, se exige la utilización de residuos de construcción y demolición o de otros residuos que sean susceptibles de ser empleados en la ejecución de las obras; debiéndose justificar su no utilización, lo que podrá basarse en criterios económicos. Asimismo, se establece que los planes de gestión de residuos deberán maximizar de forma justificada la reutilización de los mismos⁵⁹.

Lo cierto es que, más allá de algunos aspectos formales (como es la necesidad de justificación y precisar la documentación a acompañar con los proyectos técnicos), la legislación autonómica sobre cambio climático no incorpora ninguna medida específica en materia de contratación pública que no se pudiera aplicar previamente⁶⁰.

En cambio, no hay ninguna medida relacionada con aquella otra dimensión de la lucha contra el cambio climático, como son las políticas de *adaptación y resiliencia*, como podrían ser todas aquellas actuaciones que tengan como finalidad: la integración de infraestructuras verdes en espacios urbanos; la adaptación de edificios públicos para prevenir el exceso de calor (sistemas de sombreado y cubiertas verdes) y la climatización en base a refrigerantes naturales; la creación de «refugios climáticos» abiertos al uso público en periodos de calor excesivo; combatir el efecto isla de calor urbana (sombreado natural o artificial

59. Los planes y programas de gestión de residuos se encuentran regulados en el artículo 15 de la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

60. Como hemos visto más atrás, la *Ley estatal de cambio climático* incorpora dos *prescripciones técnicas específicas* en las licitaciones de redacción de proyectos de contratos de obras o de concesión de obra, como son: a) la utilización de madera que proceda de bosques gestionados de forma sostenible y atendiendo a su huella ecológica; y b) actuaciones de repoblación forestal con especie autóctonas, como medida compensatoria (art. 31.3). Sólo la Ley de Navarra potencia la utilización en contratos de obra pública de la madera y de la biomasa forestal (DA 11ª.3 y DF 2ª, que modifica el art. 19 de la Ley foral de residuos).

de espacios públicos, reducción de la impermeabilidad del suelo, captación de aguas pluviales, etc.); o la aplicación de soluciones basadas en la naturaleza orientadas a la prevención de riesgos asociados al cambio climático en espacios urbanos y periurbanos; entre otras.

2. Contratos de suministro eléctrico

Otra de las medidas previstas en la legislación autonómica sobre cambio climático está referida a los *contratos de suministro eléctrico* que liciten las administraciones públicas⁶¹. Prácticamente en todas ellas se hace mención a que se lleven a cabo con energía certificada de origen renovable. La *Ley balear* exige, además, que debe ser de origen 100% renovable (introduciendo un porcentaje muy superior al previsto a nivel estatal⁶² y al resto de territorios autonómicos⁶³), lo que a su vez lo convierte en un criterio de solvencia técnica exigible a las empresas licitadoras que no resulta disponible para los operadores adjudicatarios⁶⁴.

Técnicamente es imposible determinar si la energía eléctrica que se consume es de origen 100% renovable. Por este motivo, para acreditar de modo fiable el origen de la energía eléctrica se han creado dos herramientas complementarias, como son el sistema de *Garantías de Origen* (GdOs) y el *Etiquetado de Electricidad*. La garantía de origen es una acreditación electrónica que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producido en una central, en un periodo temporal determinado, ha sido generado a partir de fuentes de energía renovables o de cogeneración de alta eficiencia. Por su parte, el

61. El artículo 16.3,d) LCSP precisa que la adquisición de energía primaria o energía transformada constituye un contrato de suministro. En 2012 la Comisión Europea publicó los «Criterios de contratación pública ecológica de la UE aplicables a la electricidad», que se pueden consultar en https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf. Sobre las distintas fórmulas contractuales para la prestación de servicios energéticos, GONZÁLEZ RÍOS, I. (2017): «Contratación pública y energía. El contrato de servicios energéticos y sus implicaciones jurídicas», en RAZQUIN, M., y ALENZA, J.F.,: *Nueva contratación pública...*, ob. cit., en particular, pp. 200-205.

62. El *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado* (2018-2025) establece que, al menos, un 50% de la electricidad suministrada proceda de fuentes renovables o de cogeneración de alto rendimiento, incrementando progresivamente esta exigencia en un 10% en cada año, a partir de 2020, con el objetivo de llegar en 2025 a un 100% de suministro de electricidad de fuentes renovables. Por su parte, la Ley de Cambio Climático fija el objetivo, para el año 2030, de alcanzar un sistema eléctrico con, al menos, un 74% de generación a partir de energías de origen renovables (art. 3.1,c). El cambio es significativo si tenemos en cuenta que el Acuerdo Marco 23/2017 para el suministro de energía eléctrica (Fase 2) licitado por la Administración del Estado (Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación-Junta de Contratación Centralizada) no exigía porcentaje alguno de energía renovable.

63. Únicamente el Proyecto de Ley de Canarias introduce una previsión similar (art. 29). Por su parte, la Ley de Navarra exige el 50% a partir de 2025 y el 100% a partir de 2030 (art. 78.5).

64. En este sentido, Resolución del TARC de la Comunidad de Madrid nº 110/2018, de 18 de abril. Cuando se trata de cumplir con una exigencia legal ya no puede ser un criterio de adjudicación ni tampoco una condición «especial» de ejecución (ello requiere que se pida a los licitadores algo más de lo exigido por la ley).

etiquetado de electricidad es el mecanismo diseñado con el fin de suministrar información fidedigna y homogénea al cliente final acerca de la procedencia e impacto ambiental de la electricidad. El etiquetado incluye una clasificación de la «A» a la «G» que indica el impacto ambiental medio, donde la «A» representa el mínimo impacto ambiental y la «G» el máximo. El número de garantías de origen recibidas por una determinada comercializadora es clave para que aparezca con un elevado porcentaje de suministro de origen renovable y por lo tanto con una etiqueta A. Por el contrario, si una comercializadora ha adquirido pocas garantías de origen tendrá una peor clasificación correspondiente al impacto ambiental.

De acuerdo con la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo (modificada en 2011 y 2015), por la que se regula la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) es el organismo único responsable, en todo el territorio español, de la expedición y gestión de las garantías de origen generadas (art. 5)⁶⁵. La CNMV ha aprobado la Circular 1/2018, de 18 de abril, por la que se regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia (BOE n° 102, de 27 de abril); y la Circular 2/2021, de 10 de febrero, por la que se establece la metodología y condiciones del etiquetado de la electricidad para informar sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente (BOE n° 43, de 19 de febrero)⁶⁶.

En los últimos años, la licitación de este tipo de contratos ha sido objeto de controversia jurídica, con pronunciamientos contradictorios, ligada principalmente con la exigencia de guardar relación directa con el objeto del contrato⁶⁷. El *legislador balear* introduce una medida que puede resultar conflictiva, al promover, especialmente, la contratación con productores de energía renovable

65. A título de ejemplo, cabe mencionar el Acuerdo Marco para el suministro de electricidad en alta y baja tensión de la central de contratación de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), de febrero de 2022, para las entidades locales y sus entes vinculados o dependientes. Según se recoge en el pliego de cláusulas administrativas, las adjudicatarias deberán certificar que el 100% de la energía a suministrar, en cada uno de los contratos basados que se suscriban bajo este Acuerdo Marco, se haya generado a partir de fuentes de energía renovable. Las acreditaciones de garantías de origen podrán ser expedidas por el sistema de garantía de origen en España (cuya competencia corresponde actualmente a la CNMC), o por el órgano expedidor designado por otro Estado miembro de la Unión Europea siempre que sean expedidas de acuerdo con los requisitos exigidos por las Directivas 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética, y 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

66. Toda la información relativa al Sistema de Garantías y Etiquetado puede consultarse en: <https://gdo.cnmc.es>

67. Dan cuenta de algunos de estos conflictos CORVINOS BASECA, P. (2018): «Las cláusulas ambientales en la contratación del suministro eléctrico por las Administraciones Públicas», en LAZO VITORIA, X. (Dir.), *Compra pública verde*, ob. cit., pp. 279-305; y BLANCO LÓPEZ, F. (2021): «Contrato público de suministro de energía eléctrica con origen de fuentes renovables», en *esPublico*, 16 de abril de 2021, disponible en <https://www.administracionpublica.com/contrato-publico-de-suministro-de-energia-electrica-con-origen-de-fuentes-renovables/>

del ámbito territorial de las Islas Baleares (art. 69.2); aplicando un criterio de proximidad que lleva a primar el *arraigo territorial* de los operadores en los criterios de adjudicación⁶⁸.

El TACRC se ha manifestado en reiteradas ocasiones en contra de que las condiciones de *arraigo territorial* sean tenidas en cuenta como condición de *aptitud para contratar* con el sector público o como de *criterios de adjudicación* de los contratos administrativos, dado que ello resulta contrario a los principios que rigen la contratación pública; en cambio, admite que puedan exigirse como compromiso de adscripción de medios a la *ejecución del contrato*, siempre y cuando su establecimiento no resulte desproporcionado ni contrario a los principios que rigen la contratación pública, por tener una relación directa con el objeto contractual y ser una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato (Resoluciones nº 60/2018 y 1148/2018). No obstante, admite que las cláusulas que establezcan una suerte de arraigo territorial ya sea como requisito de aptitud, solvencia o criterio de valoración pueden ser admisibles cuando resulten suficientemente justificadas a la vista del contenido del contrato y no sea contraria al principio de proporcionalidad (Resolución nº 301/2020).

Por su parte, la STS de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4631) admitió la aplicación de un *criterio de adjudicación* que valoraba la proximidad a raíz de la impugnación del pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios del Servicio Vasco de Salud. El TS estima que la adjudicación de un contrato que otorga mayor puntuación a las empresas que tienen instalaciones más próximas a las capitales donde se generan los residuos es conforme al derecho de la Unión Europea y a los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. No obstante, el pronunciamiento del TS se fundamenta en la regulación específica del sector, tanto europea (Directiva 2008/98/CE) como nacional (Ley estatal 22/2011), que consagra los principios de autosuficiencia y proximidad en la gestión de los residuos. Esta doctrina podría ser trasladable al contrato de suministro de energía, máxime en un territorio insular, como el balear.

3. Contratos de adquisición o arrendamiento de inmuebles y de vehículos.

Un tercer grupo de medidas tiene que ver con la eficiencia energética de los productos y servicios adquiridos por la Administración pública; obligación que la Directiva de eficiencia energética únicamente exige a los contratos armonizados de las Administraciones centrales de los Estados miembros, y solo en la

68. Al mismo tiempo, se prevé también la progresiva sustitución de los equipamientos en edificios del Gobierno que utilicen energías fósiles por otros que funcionen con energía de origen renovable (art. 70).

medida en que sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica y una competencia suficiente⁶⁹. En particular, la legislación autonómica sobre cambio climático se refiere a dos tipos de bienes, como son inmuebles y vehículos.

A. Adquisición o arrendamiento de inmuebles:

Por lo que se refiere a los *inmuebles*, las *leyes de Andalucía* (art. 30,g) y de *Baleares* (art. 72) y el *Proyecto de ley de Canarias* (art. 26) exigen que, para valorar la oferta económica más ventajosa en relación con el alquiler o la adquisición de inmuebles, se incluya la *cuantificación económica del consumo energético* correspondiente a la calificación energética del edificio o instalación. Ante la ausencia de unos criterios generales, corresponde a los pliegos determinar el método de cálculo, que deberá estar referido a la vida útil del inmueble o al periodo de alquiler.

Por su parte, Navarra prohíbe la prórroga de los contratos de arrendamiento en vigor de inmuebles que no tengan las consideraciones de edificios con consumo de energía casi nulo más allá de 2030, como hace la Ley estatal de cambio climático, si bien introduce algunas excepciones (art. 78.4).

El *proyecto de Ley de Canarias* es más flexible. Así precisa que de no alcanzarse los niveles óptimos de eficiencia deberá aportarse un *informe sobre la viabilidad técnica del inmueble* para la implementación de soluciones constructivas, empleo de materiales y recursos tecnológicos dirigidos a la optimización de las condiciones ambientales, mejor adaptación bioclimática y el ahorro energético (art. 26.2). El mismo informe se exige en el caso de que, por razón de localización estratégica para la potenciación de áreas de concentración administrativa, un inmueble no reúna los requisitos de alto rendimiento energético; en este caso, se deberá adjuntar, además, un segundo *informe sobre la necesidad y conveniencia de dicha localización* (art. 30.2).

El legislador canario también permite que, de forma excepcional, se puedan adquirir inmuebles que no tengan algo rendimiento energético cuando sean de interés para la comunidad autónoma por razones de *interés cultural, patrimonial, arquitectónico o singular*. En este supuesto, se podrán señalar criterios de moderación del precio de adquisición teniendo en cuenta los costes necesarios para dotar al inmueble de la eficiencia energética establecida en el Código Técnico de la Edificación o porque debido a la singularidad del inmueble sea inviable el cumplimiento total de los requisitos de eficiencia energética (art. 30.3).

69. Artículo 6 de la Directiva 2012/27/UE, relativa a la *eficiencia energética* (precepto que reproduce el art. 30.1 del Proyecto de Ley de Canarias). Esta Directiva habla —con carácter general— de «productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético». En cambio, como vimos más atrás, la Directiva 2010/31/UE, relativa a la *eficiencia energética de los edificios*, utiliza la expresión «edificios de consumo de energía casi nulo» para referirse a «edificio con un nivel de eficiencia energética muy alto».

B. Adquisición o arrendamiento de vehículos:

También habrá que tener en cuenta el rendimiento energético en la adquisición o alquiler de *vehículos*⁷⁰. En unos casos, se exige que sean de vehículos híbridos o eléctricos (Andalucía, art. 30,h) y, en otros, que sean totalmente «libres de emisiones» (Baleares, art. 73; Navarra, arts. 48.1 y 80.1; y Canarias, art. 27)⁷¹; si bien, en ambos se admiten excepciones por razones técnicas, que deberán justificarse en el expediente de contratación. A este respecto, la Ley de Navarra y el *Proyecto de Ley canario* obligan, asimismo, a que los edificios o instalaciones públicas de los que sea titular o arrendatario el sector público incorporen en los estacionamientos de su parque móvil puntos de carga de energía de naturaleza no fósil.

En todo caso, al margen de lo que de forma específica establece el legislador, la necesidad de adquirir *bienes y servicios con alto rendimiento energético* y ambientalmente sostenibles no sólo afecta a los edificios y vehículos del sector público, sino que alcanza también a otro tipo de productos como los relativos a los servicios de limpieza, reprografía, informática, alimentación y un largo etcétera. La reducción de sustancias contaminantes en este tipo de productos disminuye los costes de eliminación, lo que a medio y largo plazo traerá consigo un ahorro del gasto público y una reducción de la emisión de gases de efecto invernadero.

4. Contratos de organización de eventos públicos, de servicios de hostelería y de suministros de alimentos.

La incorporación de criterios de sostenibilidad y de reducción de emisiones afecta igualmente a los *contratos de organización de acontecimientos y actos públicos de carácter social, cultural, deportivo o de naturaleza similar* (Baleares, art. 74; Navarra, DF 2^a.3; y Canarias, art. 28.1). No obstante, no se prevé ninguna medida novedosa, más allá del control de emisiones y de residuos. En el caso

70. Se trata de una obligación que va más lejos que lo establecido en la Directiva 2009/33/CE, de 23 de abril de 2009 (modificada por Directiva 2019/1161/UE), relativa a la *promoción de vehículos de transporte por carretera limpios en favor de la movilidad de bajas emisiones*, que exige a los Estados miembros garantizar que, en la contratación pública relativa a determinados vehículos de transporte por carretera, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras tengan en cuenta los impactos energético y medioambiental de estos durante su vida útil, incluidos el consumo de energía y las emisiones de CO₂ y de determinados contaminantes. Esta Directiva establece una objetivos mínimo de contratación pública de vehículos limpios para el 2030 para España del 36,3 %, en el caso de vehículos ligeros, y del 65%, en el caso de autobuses; cuya transposición se lleva a cabo mediante el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (art. 90 y Anexo).

71. La Dirección General de Tráfico diferencia entre vehículos con *etiqueta cero (azul)*, que identifica a los vehículos más eficientes, como son los vehículos eléctricos, los híbridos enchufables con una autonomía de 40 km y vehículos de pila de combustible; y vehículos con *etiqueta eco*, que identifica a los vehículos híbridos enchufables con autonomía inferior a 40 km, híbridos no enchufables y vehículos propulsados por gas.

de la *Ley balear* la definición de los criterios mínimos aplicables se remite, además, a un posterior desarrollo reglamentario.

Mayor precisión se alcanza en relación con los *contratos de servicios de hostelería, catering y restauración*, así como con los *contratos de suministros de carácter alimentario* (en especial, en centros educativos y de salud), en los que deberán aplicarse criterios de adjudicación que incidan en el origen ecológico y de proximidad de los productos y procesos productivos⁷². Esta es una medida que reclamaba ya el Dictamen del Comité de las Regiones, «*sistemas de alimentos locales*», aprobado en su 88ª sesión plenaria celebrada los días 27 y 28 de enero de 2011, que propone incluir el requisito «producido localmente» como criterio de selección en las licitaciones públicas para el suministro de alimentos a escuelas, residencias y edificios públicos (apts. 55 y 56).

No obstante, el Proyecto de ley canario sustituye el criterio del número de distribuidores de la legislador estatal (que alude al *ciclo corto de distribución*⁷³) por «un indicador de distancia entre el lugar de producción y el lugar donde se consume, que coincide con el ámbito territorial de las islas Canarias, para reducir la contaminación en el transporte y reforzar la economía local» (art. 4.32). En cualquier caso, la falta de previsión legal de dicho indicador y la inexistencia de una etiqueta de proximidad introducen un elemento de inseguridad jurídica que dificultará, aún más, la labor de los órganos de contratación⁷⁴.

Hay que recordar que la *contratación ecológica de alimentos* constituye una de las prioridades de la Unión Europea, que, en septiembre de 2019, elaboró unos «criterios de contratación pública ecológica para las adquisición de alimentos, los servicios de restauración y las máquinas expendedoras»⁷⁵; y, en mayo de 2020 presentó la *Estrategia «de la granja a la mesa»*⁷⁶, que constituye una de las iniciativas del Pacto Verde Europeo, que busca reducir la huella ambiental y

72. Ley de Andalucía, arts. 30,e, y 36.3,e; Ley de Baleares, D.A. 6ª; Ley de Navarra, D.F. 2ª; y Proyecto de Ley de Canarias, art. 28.2. Este último reitera también la aplicación de criterios de adjudicación que incidan en eficiencia energética y de recursos, ya establecida como mandato general en el artículo 24.

73. MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (2012), *Canales cortos de comercialización en el sector agroalimentario*, Observatorio de Precios de los Alimentos; en este estudio se define «canal corto de comercialización» como aquel cuyo número de intermediarios es igual o inferior a uno (p. 6).

74. Sólo Cataluña certifica desde 2013 la venta de proximidad, siguiendo un criterio basado, no en la distancia, sino en el número de intermediarios que hay entre el productor y el consumidor (a su vez, la venta de proximidad incluye la venta directa y la venta en circuito corto). Vid. Decreto catalán 24/2013, de 8 de enero, sobre la *acreditación de la venta de proximidad de productos agroalimentarios* (modificado por Decreto 254/2019).

75. El 27 de septiembre de 2019, la Comisión Europea publicó un documento de trabajo sobre «*criterios de contratación pública ecológica de la UE para alimentos, servicios de restauración y máquinas expendedoras*», que se pueden consultar en [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/20032020_EU_GPP_criteria_for_data_centres_server_rooms_and%20cloud_services_SWD_\(2020\)_55_final.pdf](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/20032020_EU_GPP_criteria_for_data_centres_server_rooms_and%20cloud_services_SWD_(2020)_55_final.pdf)

76. Comunicación de la Comisión de 20 de mayo de 2020, *Estrategia «de la granja a la mesa»*, para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente.

climática del sistema alimentario y garantizar la seguridad alimentaria. Entre sus propuestas se encuentra, precisamente, promover dietas saludables y sostenibles en los servicios de restauración institucional, en especial, en escuelas y hospitales, lo que pasa por respetar la normativa europea sobre seguridad y calidad alimentaria y sobre producción y etiquetado ecológico⁷⁷. La Estrategia destaca la importancia de la contratación pública para impulsar la demanda de alimentos ecológicos (aptds. 2.1. y 2.4); sin embargo, nada dice sobre la aplicación en las licitaciones públicas del criterio de proximidad de los alimentos (como propone el Comité de las Regiones).

Por lo demás, en los pliegos se pueden incluir también otro tipo de medidas que pueden contribuir a combatir los efectos del cambio climático, como, por ejemplo, la reducción de desperdicios alimentarios, la utilización de aparatos de bajo consumo energético y de agua, el uso de utensilios reutilizables o el transporte de bajo impacto ambiental.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Según la bibliografía científica, el problema del cambio climático fue pronosticado en 1896 por el físico-químico sueco *Svante ARRHENIUS*. Sin embargo, es en los últimos años cuando la comunidad científica (al menos la mayoría) coincide en aceptar que el aumento de la temperatura está teniendo un impacto cada vez más grave en los ecosistemas y en la biodiversidad del planeta, que es necesario revertir. Entre sus consecuencias físicas más importantes cabe destacar el incremento del nivel del mar, la desaparición o retraimiento de los glaciares, la fusión del permafrost (suelo permanentemente helado de las zonas polares), la disminución del albedo de la tierra (que impide que la radiación solar penetre en la superficie terrestre) y el aumento de la frecuencia de eventos meteorológicos extremos (tormentas tropicales, temporales marinos, precipitaciones torrenciales, olas de calor, sequías, incendios forestales, invasión de aire sahariano, etc.)⁷⁸.

Según un último informe del *Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* (IPCC, por su acrónimo en inglés), dado a conocer en agosto de 2021, algunos de los cambios observados en el clima, como el continuo aumento del nivel del mar, no se podrán revertir hasta dentro de varios siglos o milenios. En el informe se ofrecen nuevas estimaciones sobre las probabilidades

77. Principalmente, Reglamento (CE), de 28 de enero, relativo a la *seguridad alimentaria*; Reglamento (UE) n° 1151/2012, de 21 de noviembre, sobre los *regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios*; y Reglamento (UE) 2018/848, de 30 de mayo, sobre *producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos* Vid. LAZO VITORIA, X. (2019): «Compra pública verde en el sector de la alimentación: una primera aproximación», en GUERRERO MANSO, C., y GIMENO FELIU, J.M. (Dirs.): *Observatorio de contratos públicos 2018*, Aranzadi, pp. 211-228.

78. La situación es tan preocupante que se debate la necesidad de un cambio de época, pasando del *Holoceno* o actual interglaciario dentro del periodo Cuaternario, al *Antropoceno*, en referencia a la época de la historia en que los humanos interferimos de una forma general en todos los procesos, ciclos y flujos del planeta.

de sobrepasar el nivel de calentamiento global de 1,5°C e incluso de 2°C en las próximas décadas, a menos que las emisiones de gases de efecto invernadero se reduzcan de manera rápida y a gran escala. Aun poniendo en práctica una política drástica, podrían pasar 30 años para que las temperaturas mundiales se puedan estabilizar. Según este Grupo, con un calentamiento del planeta superior a 2°C, los episodios de calor extremo alcanzarían umbrales de tolerancia críticos para la salud y la agricultura⁷⁹. Estamos ante un reto sin precedente al que tendremos que hacer frente durante años y, probablemente, siglos.

La lucha contra el cambio climático requiere poner en práctica tanto políticas de mitigación como de adaptación, que permitan anticiparse a los nocivos efectos que el calentamiento global va a producir en la población⁸⁰. Ambas se hacen necesarias, perentorias e imprescindibles, y afectan a todos los sectores de la sociedad, tanto público como privado. En este sentido, corresponde a las Administraciones Públicas liderar la acción por el clima, desempeñando una labor ejemplificadora, alejada de decisiones meramente oportunistas (lo que los anglosajones denominan el *greenwashing*). En esta nueva misión, la compra pública ecológica tiene reservada un papel protagonista. Es obvio que la contratación pública por sí sola no va a resolver los problemas derivados del cambio climático, pero constituye una «importante herramienta para el logro de las políticas medioambientales relacionadas con el cambio climático, la utilización de los recursos y la producción y el consumo sostenibles», como sostiene el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado (2018-2025); y se plasma en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima para el periodo 2021-2030.

Visto con esta óptica, la atención que la reciente legislación sobre cambio climático —tanto estatal como autonómica— presta a la contratación pública ecológica se encuentra plenamente justificada; si bien, desde el punto de vista de la técnica normativa, lo más correcto sería incorporar estas medidas en la legislación contractual, evitando así la superposición de leyes⁸¹. En cualquier caso, esto no significa que la regulación que lleva a cabo el legislador climático sea acertada. Sin duda alguna, lo más positivo es la obligación misma de incluir criterios ambientales relativos a la eficiencia energética y la reducción de gases de efectos invernaderos en todas las fases de la compra pública, poniendo fin al

79. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático es el órgano de las Naciones Unidas encargado de evaluar los conocimientos científicos relativos al cambio climático. Desde su creación en 1988 ha elaborado 5 informes de evaluación y varios informes especiales, destacando el Informe especial de 2018 sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales. Precisamente, este año toca presentar el 6º informe de evaluación.

80. A diferencia de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de covid-19, donde el legislador ha estado ausente, en la crisis climática el legislador ha actuado y lo ha hecho a todos los niveles, mundial, europeo, nacional y autonómico, fijando la meta de alcanzar, en el horizonte 2050, una economía climáticamente neutra, lo que implica el fin del uso de los combustibles fósiles y el desarrollo de las energías renovables.

81. Así lo sostiene el Dictamen nº 204/2020 del Consejo de Estado, emitido en relación con el Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética del Estado.

carácter voluntarista de la legislación contractual. Sin embargo, no hay ni una sola medida que los poderes adjudicadores no hubieran podido aplicar con anterioridad. Asimismo, se aprecia que todas las medidas previstas giran en torno a la mitigación, focalizándose en, gran parte, en reducir la huella de carbono (edificios de consumo de energía casi nulo, suministro de energía renovable, vehículos libres de emisiones, alimentos de proximidad, ...), con total olvido de las políticas de adaptación y resiliencia.

Esta crisis climática no se puede afrontar con meras declaraciones generales, recogidas en leyes, planes o estrategias. La consecución de los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero y de eficiencia energética exige la adopción de medidas concretas y continuadas; también en materia de contratación pública, donde es necesario pasar de las proclamaciones a los hechos. La gravedad de la situación lo exige. Para ello se requiere profesionales bien formados. La profusión y complejidad de las dos normativas de cabecera —la ambiental y la contractual— y el establecimiento de mandatos excesivamente genéricos e imprecisos dificultan el conocimiento por parte de los profesionales de la contratación pública de los criterios aplicables.

Por lo que se refiere a la aplicación práctica de las medidas recogidas en la legislación climática autonómica, las propuestas que se pueden formular son ya conocidas. Las podemos resumir en seis actuaciones diferentes relacionadas con las distintas fases del procedimiento de contratación:

- 1º. Es importante incluir la variante climática en la definición misma del *objeto del contrato* (art. 35.1, c LCSP). Se trata, en definitiva (como sostiene el CESE)⁸², de «orientar los contratos públicos de modo que satisfagan una necesidad determinada sin limitarse a adquirir un producto específico como parte de un proceso rutinario, de modo que permita afrontar los grandes retos mundiales, como el cambio climático y la escasez de recursos»; lo que nos exige llevar a cabo una adecuada planificación de la contratación.
- 2º. Aplicar *criterios de selección* basados en la capacidad técnica ambiental de los licitadores o en medidas de gestión medioambiental (art. 94 LCSP).
- 3º. Fomentar las *consultas previas de mercado* (art. 115 LCSP), que no sólo permitirán conocer posibles soluciones ambientales innovadoras disponibles en el mercado, sino también facilitar que los operadores conozcan con suficiente antelación aquellas licitaciones que incluyan criterios ambientales⁸³; y potenciar el uso de *etiquetas medioambientales* (art. 127.2

82. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, «*Hacia una contratación pública circular*», adoptado en el 56º Pleno, celebrado 9 y 10 de junio de 2021.

83. Es el caso, por ejemplo, de la consulta preliminar al mercado para el estudio y posterior licitación de la obra «rehabilitación energética de la sala de equipos del VOR de Sevilla» realizada por ENAIRE, de 11 de marzo de 2022. Según se recoge en el documento de consulta, se contempla la aplicación de los principios del estándar *Passivhaus*, pero no se descarta el uso de cualquier método cuyo objetivo sea la mejora en el comportamiento térmico de los edificios y la reducción de su consumo energético, en línea con la filosofía de los Edificios de Consumo Energético Casi Nulo.

LCSP) que permiten identificar productos o servicios sostenibles, como puede ser la etiqueta ecológica europea (Ecolabel)⁸⁴.

- 4º. Insertar *criterios de adjudicación* que promuevan la presentación de ofertas con valores ambientales superiores a los exigidos en los pliegos, que no se limiten al mero cumplimiento de las obligaciones ambientales legales (art. 145.2 LCSP), estableciendo un método de valoración claro y preciso que permitan tener en cuenta la huella de carbono en el cálculo del coste del ciclo de vida de los productos, obras o servicios (art. 148.2,b LCSP)⁸⁵. Y, en su caso, incluir en los pliegos *requisitos mínimos o umbrales* en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen la puntuación mínima predeterminada quedarán excluidas de la evaluación posterior⁸⁶.
- 5º. Establecer *condiciones especiales de ejecución* que persigan la sostenibilidad ambiental, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y la eficiencia energética (art. 202.2 LCSP), que estén vinculadas a la imposición de penalidades, en caso de incumplimiento, o a incentivos, cuando exista buen rendimiento ambiental (estos pueden consistir simplemente en una publicidad positiva del contratista).
- 6º. Por último, no podemos olvidar la necesidad de mejorar la *formación* de los técnicos de contratación pública, contando con la colaboración de los órganos competentes en materia ambiental (sobran guías y manuales y falta formación)⁸⁷. De igual modo, es necesario formar y prestar el adecuado asesoramiento a los responsables de contratación de las empresas, especialmente, de las pymes, para que no se vean excluidas de los procedimientos de contratación.

Sólo implementando este tipo de medidas se podrá lograr la auténtica metamorfosis que requiere la nueva contratación pública estratégica⁸⁸, para transfor-

84. Reglamento (CE) nº 66/2010, relativo a la *etiqueta ecológica de la UE*; y Real Decreto 234/2013, por el que se establecen normas para su aplicación.

85. En todo caso, hay que evitar incorporar especificaciones técnicas o criterios de adjudicación desproporcionados que puedan restringir la participación de las pymes en la licitación pública.

86. La STJUE de 20 de septiembre de 2018, *Montte y Musikene*, admitió su aplicación en los procedimientos abiertos; criterio que el informe de la JCCP del Estado nº 6/20 considera plenamente aplicable tras la entrada en vigor de la LCSP, a la vista de que los artículos 146.3, 169.3, 175.3 y 179.4.

87. En el actual contexto económico resulta indispensable contar con servicios de contratación bien dimensionados y con un adecuado nivel de formación en materia de compra pública verde. El 30% de los fondos de la UE, incluyendo el marco financiero plurianual (MFP) para el periodo 2021-2027 y los fondos *NextGenerationEU*, están destinados a la lucha contra el cambio climático (lo que suma un total de 420.000 millones de euros), representando el mayor porcentaje en la historia del presupuesto europeo (según un reciente informe, en el periodo 2014-2020, sólo el 10% de los Fondos de Cohesión y de Desarrollo Regional se había utilizado para financiar la transición energética). Estamos ante un verdadero reto de gestión para todas las Administraciones Públicas, para el que la mayoría no están preparadas.

88. Sobre esta nueva visión del contrato público, por todos, GIMENO FELIU, J.M. (2022): «El necesario big bang en la contratación pública hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 59.

marse realmente en una contratación más ecológica, circular y sostenible, con capacidad real de contribuir a alcanzar los objetivos de neutralidad climática y plena descarbonización de la economía antes del año 2050. Se lo debemos a las generaciones futuras.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, V. (2021): *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Thomson Reuters.
- BLANCO LÓPEZ, F. (2021): «Contrato público de suministro de energía eléctrica con origen de fuentes renovables», en *esPublico*, 16 de abril de 2021.
- COMISIÓN EUROPEA (2018): *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, Luxemburgo.
- COMISIÓN EUROPEA (2016): *¡Compras Ecológicas!, Manual sobre contratación pública ecológica*, 3º ed., Luxemburgo.
- CORVINOS BASECA, P. (2018): «Las cláusulas ambientales en la contratación del suministro eléctrico por las Administraciones Públicas», en LAZO VITORIA, X. (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier.
- GALÁN VIOQUE, R.. (Dir.) (2019): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Instituto García Oviedo, 2019;
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, nº 4.
- GIMENO FELIU, J.M. (2022): «El necesario big bang en la contratación pública hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 59.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2017): «Contratación pública y energía. El contrato de servicios energéticos y sus implicaciones jurídicas», en RAZQUIN, M., y ALENZA, J.F. (Coords.): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson Reuters;
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2019): «Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 103.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.) (2020): *El derecho ante el reto del cambio climático*, Thomson Reuters.
- LAZO VITORIA, X. (Dir.) (2018): *Compra pública verde*, Atelier.
- LAZO VITORIA, X. (2019): «Compra pública verde en el sector de la alimentación: una primera aproximación», en GUERRERO MANSO, C., y GIMENO FELIU, J.M. (Dirs.): *Observatorio de contratos públicos 2018*, Aranzadi
- LAZO VITORIA, X. (2021): «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.): *Observatorio de los contratos públicos*, 2020, Aranzadi.

- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (2012), *Canales cortos de comercialización en el sector agroalimentario*, Observatorio de Precios de los Alimentos.
- NOGUEIRA, A., y VENCE, X.: *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters.
- MEDINA ARNAIZ, T. (2022): «La incidencia de los objetivos climáticos y medioambientales de la Unión Europea en la contratación pública», comunicación presentada en el XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, celebrada del 3 al 5 de febrero en Oviedo.
- PERNÁS GARCÍA, J.J. (2020): «Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, CIEMAT.
- PERNÁS GARCÍA, J.J. (2021): «Compra pública circular: análisis de las barreras, posibilidades y límites del marco jurídico y organizativo actual y propuestas de mejora», en NOGUEIRA, A., y VENCE, X.: *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) (2020): *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M., y ALENZA GARCÍA, J.F. (Coords) (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson Reuters.
- SERRANO PAREDES, O. (2020): «Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de Huella de Carbono?», en *Observatorio de Contratación Pública*, 03-02-2020.

SOLVENCIA TÉCNICA AMBIENTAL

Begoña Fernández Ruiz

Vocal Asesora de la Dirección General de Contratación y Servicios
Ayuntamiento de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CRITERIOS DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL AMBIENTAL. 1. Conceptos básicos y contexto de la solvencia en contratación pública ambiental. 2. Delimitación normativa. 3. Requisitos formales de la solvencia técnica ambiental. 3.1. Solvencia técnica o profesional referida a obras, servicios o suministros ejecutados en el pasado referidas a prestaciones similares. Alternativa a la solvencia técnica o profesional exigible a empresas de nueva creación. 3.2. Umbral referido a la relación de prestaciones anteriores y periodo de acreditación. 3.3. Solvencia técnica ambiental exigible a través del personal que ejecutará el contrato. 3.4. Adscripción de medios personales o materiales. 3.5. Momento de acreditación de la solvencia técnica. 4. Relevancia de la acreditación de solvencia técnica con medios de terceros. 5. Medios de prueba disponibles para acreditar la solvencia técnica. III. ACTUALIZACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA AMBIENTAL A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL. 1. Solvencia técnica ambiental a través de las medidas de gestión ambiental. 2. Especificaciones sobre los medios de acreditación de la solvencia técnica ambiental basada en sistemas de gestión medioambiental. 3. Doctrina sobre los sistemas de gestión medioambiental. 3.1. Doctrina sobre requisitos de solvencia técnica ambiental. 3.2. Doctrina sobre criterios de adjudicación. 3.3. Doctrina sobre condiciones especiales de ejecución. IV. APLICACIÓN SIMULTÁNEA DE SOLVENCIA TÉCNICA AMBIENTAL, PRESCRIPCIÓN TÉCNICA AMBIENTAL Y CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN AMBIENTAL: CASO 927/19, SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2021 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA «CASO KLAIPÉDA». V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es una evidencia que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) abre la puerta a la introducción de criterios ambientales en la contratación pública y resulta también palmario que los fondos europeos del Mecanismo de recuperación, transformación y resiliencia obliga a los órganos de contratación a tener presentes criterios ambientales partien-

do del cumplimiento del principio de no causar daño significativo al medio ambiente «DNSH»¹.

De este modo, el vector ambiental en la contratación pública se ha visto superado conforme a lo previsto en la LCSP pues se está generado una pléyade de estrategias, planes, programas y leyes ambientales sectoriales tanto europeas como estatales —como la oleada regulatoria europea originada por los fondos europeos de recuperación, la Ley estatal de Cambio climático o la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular— que viene a corroborar esta tendencia ya cimentada, sobre un escenario de obligatoriedad de la contratación pública ecológica².

1. 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 y Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. Véanse los trabajos de PERNAS GARCIA, J. J. (2021): «La condicionalidad ambiental del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la UE: el principio de «no causar perjuicio significativo», 28 de marzo de 2021 en UDC y «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (conocido como «DNSH») y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation.» 21 de octubre de 2021 en Observatorio Contratacion Publica. Sobre el principio «DNSH» véase los Anexos II.B.4 y III. b de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

2. Véase la Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar daño significativo al medio ambiente, Ministerio para la transición ecológica y reto demográfico (2021) Madrid. La Ley 7/2022 de 8 de abril de residuos y suelos contaminados para una economía circular tiene por objeto sentar los principios de la economía circular a través de la legislación básica en materia de residuos, así como contribuir a la lucha contra el cambio climático y proteger el medio marino. Se contribuye así al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluidos en la Agenda 2030, a la lucha contra el cambio climático. Incluye un escenario en donde la contratación pública sostenible asume un papel coadyuvante para alcanzar los objetivos de la propia ley promocionando el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos y la compra de productos con la etiqueta ecológica. En concreto cabe detenerse en los artículos 8.2, 14, 16.2, 18.3, 37.1, 43.1 a), en las DA 2ª, DA 10ª DA 11ª, DA 19ª o en los anexos VI y V. Por su parte, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética ofrece actualmente el escenario institucional para el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París sobre cambio climático. De manera más específica, cabe destacar el artículo 22.3, el artículo 31 y la Disposición Final 14ª sobre contratación pública ya que se podrán establecer las consideraciones sobre cambio climático, neutralidad climática y huella de carbono tanto como especificaciones técnicas, como condiciones especiales de ejecución o como criterios de adjudicación de reducción de emisiones y de huella de carbono en los pliegos de contratación estatal. Por ello, cabe afirmar que esta ley se alinea con el ODS 17 de NNUU y se encuadra dentro de las acciones previstas para su desarrollo en el Pacto Verde Europeo y en la Estrategia Europea de descarbonización a 2050. Una tendencia que ya avizoraba 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*, núm. 1, 2011, pág. 16-24. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2020 C 395/18 Asunto Tim Spa- apartado 38 sobre

Ante este escenario conminatorio, la contratación pública se erige como una pieza clave para la consecución de objetivos medioambientales. Así, la demanda de una trazabilidad ambiental del ciclo contractual va a obligar a los órganos de contratación a incorporar consideraciones ambientales en la capacidad de los operadores económicos con un planteamiento más innovador para que sean ejecutados con el menor impacto ambiental posible³.

En coherencia con este escenario, la solvencia ambiental de los licitadores requerirá un esfuerzo de justificación adicional por parte de los órganos de contratación que explique el nexo entre las especificaciones ambientales del objeto contractual y la capacitación ambiental exigida a los operadores económicos.

II. LOS CRITERIOS DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL AMBIENTAL

1. Conceptos básicos y contexto de la solvencia en contratación pública ambiental⁴

Los criterios para seleccionar a los posibles operadores económicos en contratos públicos se concretan en la capacidad y la aptitud para contratar, la ausencia de prohibiciones de contratar, la habilitación profesional o empresarial y la solvencia económica o financiera y técnica o profesional o, en su caso, clasificación de estos operadores.

En 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/UE), estos requisitos de selección de los licitadores aparecen en la sección dedicada a *la selección de los participantes y adjudicación del contrato*. Al respecto, el artículo 58, 1 de la Directiva 2014/24/UE enumera los tres tipos de criterios de selección que los poderes adjudicadores pueden imponer a los operadores económicos como requisitos de participación. Así, además de la habilitación para ejercer la actividad profesional, se menciona la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica o profesional. La Directiva 2014/24/UE limita los requisitos de solvencia del licitador a los previstos en la propia Directiva (apartados 2,

principios de la contratación que erige el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral en principio de la contratación pública al igual que los demás principios contemplados en el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE y por cuyo respeto deben velar los estados miembros.

3. Si bien se está aún lejos de conseguir esta trazabilidad a la vista del informe especial de supervisión de la contratación estratégica de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación de marzo de 2022 en el que se menciona: «[] Como puede apreciarse, en la mayoría de los casos (90,36%), no se opta por el establecimiento de este tipo de criterios como condiciones de admisión, si bien en los casos en que se hace uso de los mismos, se centran en los criterios medioambientales (5,48%)[]»

4. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑA, B. (2018): «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificación ambiental» *Compra publica verde*, LAZO VITORIA, X (Dir.), Atelier, Barcelona [pág.79-101]

3 y 4 del artículo 58 Directiva 2014/24/UE) y exige que todos estos requisitos sean proporcionados y vinculados con el objeto de cada contrato.

De su contenido se deduce que el objetivo de la solvencia es garantizar la integridad del operador económico y despejar las dudas al órgano de contratación sobre la fiabilidad económica y técnica de éstos como posibles licitadores (Considerandos 40, 101 y 102 de la Directiva 2014/24/UE).

Por su parte, la LCSP se refiere a la capacidad y a la solvencia del empresario en su capítulo segundo del título II relativo a *las partes del contrato*. Para acceder a los contratos públicos, el artículo 65.1 de la LCSP establece cuales son las condiciones de aptitud, esto es, la personalidad jurídica, la plena capacidad de obrar, la inexistencia de prohibiciones de contratar, la solvencia económica, financiera y técnica o profesional y, en su caso, la clasificación cuando lo exija la ley.

Así pues, para poder participar en un proceso de licitación todo operador económico debe cumplir las condiciones de aptitud determinadas en el artículo 65.1 LCSP, siendo una de ellas, la acreditación de la solvencia técnica o profesional. Luego son dos los tipos de solvencia previstos en la normativa contractual, por un lado, la solvencia económica, financiera y por otro la solvencia técnica o profesional.

La solvencia económica o financiera pretende garantizar a los órganos de contratación la viabilidad financiera de los operadores económicos, al poseer la capacidad económica y financiera suficiente para ejecutar el contrato. Por su parte, la solvencia técnica o profesional se define como el conjunto de requisitos de capacidad que pretenden garantizar que el empresario está en condiciones de ejecutar el contrato con la calidad exigida por el órgano de contratación. Deberá referirse a los requisitos previstos y acreditarse con la aportación de los documentos y pruebas que el órgano de contratación determine de entre los establecidos en la LCSP.

Atendiendo a la técnica de definición negativa, hay que diferenciar la solvencia técnica o profesional de figuras afines como la habilitación empresarial pues responden a finalidades distintas. Respecto de esta habilitación empresarial o profesional para contratar con el sector público, el artículo 65.2 de la LCSP dispone que *«[...]Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato [...]»* Así, la habilitación empresarial o profesional. hace referencia a la aptitud legal para el ejercicio de una profesión o actividad concreta de que se trate, y no a la capacidad técnica o profesional⁵.

5. La diferencia entre la habilitación empresarial o profesional y la solvencia se aprecia en la Resolución 1448/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 21 de octubre de 2021, al esclarecer: *«En consecuencia, con lo anterior, mientras que las exigencias de solvencia (en este caso, técnica y profesional) tienen por objeto garantizar que el licitador dispone de los medios económicos, financieros y técnicos adecuados para cumplir satisfactoriamente el objeto del contrato, la habilitación empresarial constituye un requisito de*

Es por ello que, en el presente capítulo, los esfuerzos de análisis se concentran en la configuración de la solvencia técnica o profesional conforme a lo dispuesto en el artículo 56.1 b) de la Directiva 2014/24/UE, como medio para comprobar las competencias técnicas y profesionales precisas para ejecutar el contrato, pues es en este tipo de solvencia donde resulta más factible la exigencia de consideraciones ambientales a los licitadores que en la solvencia económica o financiera circunscrita básicamente a la viabilidad económica de cada licitador.

La configuración de la solvencia técnica o profesional ambiental por parte de los órganos de contratación garantiza la aptitud, el conocimiento y la experiencia ambiental de la propia organización empresarial, así como los medios y recursos humanos y técnicos ambientales disponibles de los operadores económicos que pretende concurrir a una licitación pública sostenible. Dicha configuración es actualmente cada vez más relevante si atendemos a la ejecución de los Fondos del MRTR y la consecuente aplicación del principio de «DNSH» pues una deficiente configuración de la solvencia técnica o profesional ambiental puede conllevar una inane selección de contratista que ejecuta contratos subvencionados.⁶

De esta manera, los órganos de contratación se han de asegurar que los objetivos estratégicos ambientales definidos expresamente en el objeto del contrato y en las especificaciones técnicas ambientales previstas en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) pueden llegar a ser ejecutados por aquellos operadores económicos que poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos ambientales pertinentes para llevar adelante el contrato, atendiendo a la calidad y rendimiento medioambiental y al cumplimiento del principio DNSH, en su caso, plasmado en los pliegos de contratación⁷.

Respecto de la manera de configurar esta solvencia técnica ambiental en los pliegos de contratación, el órgano de contratación dispone de cierta libertad para seleccionar —de entre los previstos en la ley— cuáles son los requisitos de solvencia técnica, fijar los umbrales mínimos exigidos a partir de los cuales se entiende cubierta dicha solvencia técnica ambiental y cuáles son los medios de comprobación exigidos para acreditar la misma.

Los órganos de contratación ejercen cierta discrecionalidad técnica a la hora de seleccionar estos requisitos de solvencia. Por ello, la motivación o justificación

legalidad relacionado con el objeto del contrato, dirigido a evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal». Resolución 67/2022 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Madrid (a continuación, TARCM) 10 de febrero de 2022.

6. Véase a este respecto MOREO MAROIG, T, ponencia «Fondos *Next Generation* UE y el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH)», **ECO-TALKS: Focus on sustainable public procurement**, Dir. VITORIA LAZO, X. Grupo de Investigación Compra Pública Verde. Universidad de Alcalá de Henares. 5 de mayo de 2022. VICENTE DAVILA, F «¿Cómo cumplir con la evaluación del principio DNSH?: un tema clave en la contratación pública *Next Generation* EU», Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado núm. 21, diciembre 2021, págs. 5-20.

7. Véase a modo de ejemplo la Resolución 98/2022 del TARCM de 10 de marzo de 2022 relativa a la conexión entre la solvencia y las especificaciones técnicas del PPTP.

suficiente de esta selección dota de mayor seguridad jurídica a los propios pliegos de contratación y de mayor certidumbre a los posibles interesados en la licitación (artículos 28 y 116.4 LCSP y artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)⁸.

En todo caso, dicho margen de discrecionalidad no supone una libertad absoluta del órgano de contratación a la hora de determinar la solvencia exigida a los operadores económicos, sino que se ha de ajustar a los principios básicos de contratación pública conforme prescribe el artículo 74.2 de la LCSP, esto es, los principios de libertad de acceso a las licitaciones y la concurrencia, la proporcionalidad, la publicidad de los pliegos y su transparencia, así como la no discriminación e igualdad de trato a todos los licitadores⁹. Estos principios constituyen, por tanto, límites que han de respetar los órganos de contratación a la hora de concretar la solvencia técnica ambiental.

El incumplimiento de estos principios lleva implícitas consecuencias jurídicas concretas en la licitación para el órgano de contratación y promotor del contrato, como es directamente la anulación de los pliegos de contratación, en caso de litigiosidad¹⁰.

Así, la salvaguarda de estos principios en la configuración de la solvencia técnica ambiental ha de partir desde los cimientos del propio contrato, esto es, qué necesidad ambiental se quiere satisfacer con el contrato y cuáles son los factores ambientales de todo orden a tener en cuenta. Para ello, los redactores de los pliegos de contratación habrán de definir el objeto contractual en términos de rendimiento o calidad ambiental y estratégica, de modo que la descripción del objeto de contrato especifique no solo el objeto principal del contrato

8. Resolución 91/2019 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 8 de abril: «Y, efectivamente, esta motivación resulta necesaria, en primer término, como lo es para cualquier acto administrativo, para articular con seguridad jurídica la discrecionalidad técnica de que pueden disponer los órganos de contratación en sus ámbitos de actuación y evitar así la arbitrariedad en sus decisiones, pero, además, en el caso de las decisiones expresadas en los pliegos —que, recordemos, son objeto de aprobación expresa por el órgano de contratación al aprobarse el expediente ex artículos 117, 122.4 de la LCSP— también resulta necesaria para hacer posible la tutela judicial efectiva y evitar la indefensión de los interesados a la hora de poder reaccionar contra aquellas mediante el sistema de recursos establecido». Asunto C-195/21 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 31 de marzo de 2022 «51. Por tanto, siempre que un requisito de cualificación esté justificado por el objeto del contrato, sea proporcionado a este y cumpla asimismo los demás requisitos recordados en los apartados 48 y 49 de la presente sentencia, el artículo 58 de la Directiva 2014/24 no puede impedir que un poder adjudicador imponga este requisito [de selección] en el anuncio de licitación solo porque exceda del nivel de exigencia mínimo impuesto por una normativa nacional».

9. Resolución 993/2018 del TACRC de 2 de noviembre. Resolución 1901/2021 del TACRC de 9 de septiembre. Los pliegos son lex contractus. La definición de los criterios de solvencia y su acreditación es una potestad del órgano de contratación y debe venir definido en los pliegos.

10. Sentencia del TJUE de 21 de abril de 2021 Asunto T-525/19: «El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene por objeto favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, exige, en particular, que todos los licitadores se hallen en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (véase la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio y otros, C-331/04, EU:C:2005:718, apartado 22 y jurisprudencia citada).».

sino también el objeto estratégico o ambiental que se quiere conseguir con éste, además de reforzar la justificación sobre la vinculación entre la solvencia técnica ambiental exigida y el objeto contractual¹¹.

Cabe puntualizar que, conforme dispone el artículo 122.2 de la LCSP, las consideraciones ambientales de solvencia técnica o profesional se incorporan, en concreto, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (a continuación, PCAP).

De este modo, se evidencia la imperiosa necesidad de comunicación entre los redactores de los PPT y de los PCAP pues resulta imprescindible la interconexión entre la solvencia técnica ambiental elegida y la vinculación con el objeto del contrato¹². Ello dependerá claro está de cómo se ha definido —incluso cómo se ha denominado— el contrato y que consideraciones ambientales lo adjetivan para, posteriormente, vincularlo con la solvencia técnica ambiental que se demande a los posibles licitadores.

Como consecuencia de lo anterior, estos requisitos de solvencia técnica ambiental afectan a la concurrencia en estas licitaciones públicas sostenibles. Dado que la solvencia técnica o profesional exigida en los pliegos de contratación es la puerta de acceso a la licitación pública, la configuración de la solvencia técnica o profesional ambiental incide en la mayor o menor concurrencia a la licitación pública. Su incorporación ha de estar correctamente analizada, motivada, publicitada y ser proporcional atendiendo a la casuística de cada objeto ambiental del contrato público¹³.

2. Delimitación normativa

Las cláusulas ambientales referidas a la solvencia técnica de los operadores económicos determinan una presunción de aptitud ambiental con respecto a

11. Véase como referencia el apartado Octavo.2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de enero de 2022 por el que se establecen directrices para la inclusión de cláusulas de carácter social, laboral y medioambiental en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su sector público instrumental.

12. Resolución 743/2021 del TACRC de 24 de junio de 2021: los certificados han de hacer referencias a características de la prestación y se ha de ofrecer la posibilidad de aportar otros certificados u otras medidas equivalentes de garantía de calidad.

13. Resolución 993/2018 de 2 de noviembre de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: «Además, para la determinación de tales criterios de solvencia técnica el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad, basado en la doctrina de la discrecionalidad técnica, lo que limita el alcance de la revisión que ha de efectuar este Tribunal, que solo puede versar sobre i) aspectos formales de la valoración (competencia o procedimiento) y ii) si se ha incurrido en discriminación. Ahora bien, ello no significa que el órgano de contratación pueda establecer requisitos de forma arbitraria o desproporcionada, sino que tales requisitos habrán de i) estar vinculados a lo que sea objeto de la contratación, ii) ser proporcionados a lo que es objeto de la contratación y iii) no ser discriminatorios, en el sentido de ser tan exigentes que de facto solo determinadas empresas puedan cumplir con los mismos, sin que exista justificación suficiente para ello. La justificación no requiere que sea exhaustiva y el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad». Véase asimismo el apartado 48 de la citada STJUE de 30 de enero de 2020 Asunto-c 395/18 Tim SpA ya mencionada.

los requisitos de selección cualitativa de estos operadores para acceder a una licitación.

Se regulan en los artículos 58, 60.4, 62.2 y 62.3 y la parte II del anexo XII titulado «*Medios de prueba de los criterios de selección*» de la Directiva 2014/24/UE. Por su parte, además del citado artículo 65, las referencias a la solvencia técnica o profesional en la LCSP se localizan en los artículos 74.2, 76, 77, 86 a 95, 116.4 c), 122.2 y 150.2 de la citada ley¹⁴.

Para seleccionar los requisitos de solvencia técnica o profesional es importante señalar que hay una diferencia entre los contratos SARA y no SARA puesto que el artículo 58 apartados 2, 3 y 4 de la Directiva 2014/24/UE limita los requisitos a seleccionar para los contratos sujetos a regulación armonizada, de modo que el órgano de contratación solo podrá optar entre algunos de los expresamente recogidos en dichos apartados. Del mismo modo, la LCSP se pronuncia en semejante sentido, ya que los requisitos y medios para acreditar la solvencia están limitados a los previstos en la ley, conforme a la expresión «*se acreditará*» citada en el artículo 86.1 de la LCSP para aquellos contratos sujetos a regulación armonizada.

En cambio, en aquellos contratos no sujetos a regulación armonizada, se podrán prever requisitos y medios de acreditación diferentes de los contenidos en el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 86 de la LCSP, condicionados, eso sí, a que estén justificados, vinculados con el objeto del contrato, indicados en los pliegos, publicados en el anuncio de licitación y sean proporcionados¹⁵.

Especial atención demanda el artículo 62.2 de la Directiva 2014/24/UE y su correlato, el artículo 94 de la LCSP al estar ambos referidos a la exigencia de medidas de gestión ambiental acreditable mediante sistemas de gestión medioambiental (en adelante, SGMA) de los operadores económicos en caso de optar por esta concreta solvencia técnica ambiental acreditable a través de estos sistemas.

Además, a la hora de redactar los pliegos de contratación, tanto la adscripción de medios para la ejecución del contrato como el recurso a medios de terceros se han de analizar expresamente (artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 75 de la LCSP) pues lleva implícita una incidencia apreciable de la capacidad ambiental del licitador mejorando y acrecentando la concurrencia competitiva cuando sea exigida determinada solvencia técnica ambiental.

No se analizaría en este capítulo la solvencia referida a la capacidad económica o financiera de los licitadores ni el contenido referido a la clasificación de los contratistas¹⁶.

14. Véase también el Considerando 88 de la citada Directiva.

15. Resolución 67/2019 del Tribunal de Contratos Públicos de Canarias, de 30 de marzo: «*A la luz de los citados artículos podemos afirmar que opera la discrecionalidad técnica en el momento de determinar los medios para acreditar la solvencia técnica y profesional del órgano de contratación, discrecionalidad técnica que se extiende a la elección del medio o medios para acreditarla entre los determinados por la citada norma, pudiendo en los contratos no sujetos a regulación armonizada, admitir otros medios de prueba distintos, siempre que se justifique adecuadamente en el expediente de contratación.*»

16. La solvencia referida a la capacidad económica o financiera de los licitadores —referidos a contratos previamente ejecutados para computar el volumen de negocio— cabe mencionarla con ma-

En otro orden, atendiendo al tipo de procedimiento de contratación, también cabe acotar la exigencia de solvencia técnica ambiental. Los procedimientos abiertos simplificados, en su versión abreviada, prevista en el artículo 159. 6. b) de la LCSP también quedaría excluidos del análisis de este capítulo. Salvo que los PCAP indique de modo expreso su exigencia, a tenor de lo previsto en el artículo 92 de la LCSP y el artículo 11 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 (a continuación, RGLCAP) en los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros en obras y a 60.000 euros en servicios y suministros, los licitadores estarán exentos de acreditar los requisitos de solvencia.

En suma, la solvencia técnica o profesional en los procedimientos abiertos «supersimplificados», conforme al aludido artículo 159 de la LCSP, es eximida a los licitadores, por lo que la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional es sustituida por la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores, teniendo como consecuencia directa la imposibilidad de adicionar cláusulas ambientales relativas a la solvencia técnica ambiental salvo lo relativo a la adscripción de medios¹⁷.

tices en aquellos supuestos en los que el poder adjudicador ha impuesto un requisito relativo al volumen de negocio anual mínimo, exigiendo que se haya realizado en el ámbito al que se refiere el contrato. Con carácter general, la solvencia económica no incluye directamente consideraciones ambientales y está referida principalmente a la capacidad económica-financiera del licitador más que a cualquier otro aspecto ambiental concreto que pudiese desarrollar. La clasificación prevista en el artículo 77.1 de la LCSP como un sistema de verificación de la solvencia de los licitadores para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros, esto es, como una presunción de capacidad y solvencia a favor de una empresa para ejecutar determinados tipos de contratos de obras por una cuantía determinada, tampoco va a ser objeto de análisis en el presente epígrafe (Resolución 26/2013, de 29 de mayo TACRC). En todo caso, cabe traer a colación la evolución de la Doctrina de los tribunales contractuales a este respecto que, desde la resolución 108/2016 del TACRC de 5 de febrero de 2016, entiende que los pliegos pueden imponer la necesidad complementaria de acreditar el cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental incluso cuando es preceptiva la oportuna clasificación aclarando que lo único que no es admisible es que a las empresas clasificadas se les pida adicionalmente otra forma de justificar su solvencia económica pero, en ningún caso, se pronuncia sobre el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental que son siempre relativo a la solvencia técnica, hasta las últimas resoluciones del mismo Tribunal como la Resolución 1386/2021 del TACRC de 15 de octubre de 2021 que también considera compatible la exigencia de certificación de gestión de la calidad como solvencia adicional junto con la clasificación requerida.

17. Se establecía un plazo de seis meses para dicha inscripción que concluyo el 9 de septiembre de 2018. Sin embargo, la demora en la inscripción en dicho registro de los empresarios obligó a admitir, como documento sustitutivo, la solicitud de presentación de la inscripción en dicho registro, aunque no se hubiese producido la inscripción como tal. Nota informativa sobre la Recomendación Junta Consultiva de Contratación del Estado de 24 de septiembre de 2018. Actualmente, véase a este respecto la modificación prevista en la Ley 22/2021 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado 2022 (LGPE) 22/2022 sobre el artículo 159.a) «A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha de presentación de las ofertas» y la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 18 de abril de 2022. Informe 115/2018 de la Junta Consultiva de Contratación

3. Requisitos formales de la solvencia técnica ambiental

La solvencia técnica permite el acceso de los operadores económicos aptos al proceso de licitación pública planteándose como un medio para garantizar a los órganos contratantes que todos y cada uno de los licitadores acreditan las mismas condiciones, a priori, para llevar a cabo la ejecución del contrato a satisfacción de la administración pública, debiéndose mantener la misma hasta la finalización de este¹⁸.

La Directiva 2014/24/UE, en su artículo 58. 3, posibilita a los órganos de contratación para que puedan exigir, como solvencia técnica, un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado, así como unos recursos humanos y técnicos apropiados para ejecutar el contrato con un nivel idóneo de calidad. En el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE se especifica la necesaria concreción de los requisitos de solvencia técnica, los umbrales mínimos y los medios de verificación exigibles a todos los operadores económicos en la licitación.

Sorprendentemente, solo para los contratos de suministro que requieran operaciones de colocación o instalación —a modo de ejemplo, la instalación de unos aparatos de aire acondicionado para el sistema de climatización de un edificio público— añaden, como posible solvencia técnica, la fiabilidad, la experiencia, la eficiencia y los conocimientos técnicos de los licitadores para prestar dicho servicio o ejecutar la instalación o la obra como requisitos de solvencia técnica.

Atendiendo al contenido del artículo 74.2 de la LCSP, los operadores económicos deberán acreditar que poseen las condiciones mínimas de solvencia técnica o profesional establecidas por el órgano de contratación, así como los medios admitidos para su acreditación y se habrán de concretar también en los pliegos, los umbrales o rango de valores que podrán determinar su admisión, o, en caso de incumplimiento, su exclusión.

Con mayor concisión, se pronuncia el artículo 11 del RGLCAP. El órgano de contratación habrá de concretar de la manera más indubitada posible en el PCAP, los criterios que serán tenidos en cuenta para determinar la solvencia técnica o profesional del contratista, los mínimos exigidos y los medios de acreditación de cumplimiento¹⁹.

de las Administraciones Públicas de 4 de marzo de 2019 relativo al *Procedimiento abierto simplificado, documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos y contenido de los sobres: incorporación de la declaración en el primer sobre*.

18. Véase el Informe 18/2020 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 29 de mayo de 2020. Acreditación del mantenimiento de la solvencia técnica o profesional ante las medidas anti-COVID.

19. Resolución 348/2021 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 17 de noviembre: «Por tanto, y dado que la redacción controvertida de la solvencia técnica o profesional admite diversas interpretaciones posibles, y vista la referencia expresa en la LCSP al «importe anual acumulado»; debe estimarse el recurso en el sentido de anular el acto recurrido y retrotraer las actuaciones al momento de la valoración de la documentación aportada por la empresa imputada para que la mesa

A la hora de sintetizar los aspectos generales aplicables a la solvencia técnica o profesional, la LCSP los estructura en tres contenidos diferenciados: el primero referido a las condiciones o requisitos de solvencia técnica o profesional propiamente dichos, el segundo relativo a los niveles o umbrales de exigencia mínima de solvencia técnica del licitador y, el tercero apunta a cuáles son los medios disponibles para verificar la existencia de dicha solvencia técnica.

De este modo, conforme a la inveterada jurisprudencia y contumaz doctrina sobre contratación pública al respecto, los requisitos mínimos que ha de cumplir la solvencia técnica se resumen en los siguientes seis condicionantes:

- Ha de estar incorporada en el pliego de contratación, en concreto, en el pliego de cláusulas administrativas particulares²⁰.
- Se ha de publicar en el anuncio de licitación²¹.
- Han de estar determinados de forma clara, concisa e inequívoca, y por ello deben estar justificados o motivados.
- Deben estar vinculados con el objeto y el importe del contrato²².
- Deben ser proporcionados al objeto e importe del contrato²³.
- Deben cumplir con los principios básicos de contratación pública no provocando efectos discriminatorios que impidan la concurrencia de unos licitadores sobre otros²⁴.

de contratación valore la documentación aportada por esta empresa de acuerdo con la redacción de los pliegos y teniendo en cuenta la dicción literal de la LCSP que hace referencia al carácter acumulado del importe de los servicios o trabajo.».

20. Apartado h) del artículo 67.2 RGLCAP. Véanse las Resoluciones 982/2021 y 1577/2021 del TACRC, de 17 de agosto y 12 de noviembre respectivamente.

21. Resolución 8/2016 del OARC / KEAO del 26 de enero de 2016: *«De ello se deduce que el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) 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.».*

22. Resolución 1479/2021 del TACRC de 29 de octubre de 2021.

23. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P y GÓMEZ FARIÑAS, B (2018) *«Criterio de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental»*, Capítulo 3, Compra Pública Verde, LAZO VITORIA, X (Dir.). Atelier, Barcelona. Resolución 226/2020 del TARCM de 3 de septiembre: *«La condición de que el criterio de solvencia sea proporcional al objeto del contrato es un concepto jurídico indeterminado, por lo que para conocer la admisibilidad, del criterio concreto, es preciso examinar en cada caso si los parámetros establecidos en el pliego son objetivamente admisibles por guardar la debida proporcionalidad con el objeto del contrato, sin que en abstracto pueda establecerse un porcentaje o cuantía que pueda concretar tal proporcionalidad.».*

24. Resolución 1001/2020 del TACRC de 18 de septiembre de 2020: El TACRC precisa dos aspectos: *«1. Una cosa son las condiciones mínimas, requisitos o medios mínimos de la solvencia exigida y otra muy distinta son los medios de acreditación de las condiciones mínimas de la concreta solvencia requerida. Unos integran la solvencia exigida y otros la acreditan (artículos 74, 76, 90 en contratos de servicios, y 92, de la LCSP). 2. Los medios o condiciones específicos de la concreta solvencia técnica exigida son limi-*

Estos condicionantes se aplican a cualquier tipo de solvencia técnica o profesional, aunque la propia ley hace distinciones atendiendo a cada tipo de contrato, esto es, respecto de los contratos de obras (artículo 88), de suministros (artículo 89), de servicios (artículo 90) y de otras prestaciones (artículo 91).

Cuando se requiera una concreta solvencia técnica ambiental, se introducirá en el propio expediente de contratación, exigiendo esta experiencia, conocimientos o medios para ejecutar la prestación con la calidad ambiental prevista en el objeto contractual. En estas situaciones, la variable ambiental debe considerarse como un elemento explícito en solvencia técnica o profesional y como tal, se ha de introducir en los requisitos y los mecanismos habituales de acreditación de la solvencia como son: la relación de obras pretéritas, la relación de servicios o suministros ejecutados con anterioridad con características ambientales similares, el personal destinado a la ejecución, su formación y conocimientos ambientales para el correcto desarrollo del contrato o a través de la maquinaria, material, instalaciones o equipos de la empresa con la mejor tecnología ambiental disponible para ejecutar la obra, prestar el servicio o entregar el suministro.

De singular relevancia resulta la justificación prevista en el artículo 116.4.c) de la LCSP en aquellos supuestos en los que los requisitos de solvencia técnica se refieran a criterios ambientales pues los órganos de contratación deberán adicionar tanto en la memoria justificativa como en los informes relativos a la motivación de la selección de la solvencia técnica ambiental, cuáles han sido los vectores, parámetros, planes, estrategias, programas, declaraciones institucionales, tratados internacionales o legislación medioambiental en los que se han basado para fijar dicha relación vinculante.

Por último, en caso de incumplimiento de los requisitos, umbrales o medios de verificación de la solvencia técnica o profesional exigidos válidamente en pliegos de contratación, lleva aparejada la exclusión del licitador propuesto como adjudicatario si concurre lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP en fase de licitación, o bien pueden conllevar, si se califica como obligación esencial, la imputación de una causa de resolución contractual al adjudicatario según lo previsto en el artículo 211 de la LCSP y artículo 112 del RGLCAP en fase de ejecución²⁵.

tativos y son los que establece, en el caso de contratos de servicios como el que nos ocupa, el artículo 90 de la LCSP. En este sentido, los parámetros de legalidad para la determinación de los niveles de solvencia y los medios para su acreditación, para los contratos de servicios, son los previstos en los artículos 90 y 92 de la LCSP.//... el Tribunal considera que la elevación del umbral en la regla de multiplicado por 3 no está debidamente justificada amén de incurrir en una desproporcionalidad restrictiva del principio de la máxima concurrencia competitiva y de la facilidad para acceder a la licitación por parte de las PYME, exigida en el artículo 1.3 de la LCSP; por lo que procede la estimación del recurso y la nulidad del pliego en la concreción de dicho criterio de solvencia técnica o profesional exigida para todos los lote.»

25. Sentencia del TJUE de fecha 30 de enero de 2020. Asunto C-395/18 Timp Spa: «La facultad —o incluso la obligación— del poder adjudicador de excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de licitación tiene esencialmente como razón de ser permitirle valorar la integridad y la fiabilidad de cada uno de los operadores económicos.» Resolución n.º 492/2021, del TACRC de 30 de abril en referencia a anterior Resolución de 79/2015 declara: «Estas

3.1. Solvencia técnica o profesional referida a obras, servicios o suministros ejecutados en el pasado referidas a prestaciones similares

Entre los requisitos o condiciones de solvencia técnica a seleccionar por el órgano de contratación, cabe comenzar con la relación de las principales obras, suministros, servicios o trabajos realizados a tenor de lo dispuesto en la letra a) de los apartados 1 de los artículos 88, 89 y 90 de la LCSP para cada tipo contractual respectivamente.

Si bien el contenido básico de dicho apartado a) se refiere a idéntico requisito, esto es, una relación pretérita de prestaciones, se constata alguna discrepancia digna de mención. Respecto de los contratos de obras, en el artículo 88 de la LCSP, no se incluye la expresión *«de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato»* que se alude expresamente en sus correlativos artículos 89 y 90 de la LCSP respecto a suministro y servicios respectivamente. Este requisito de solvencia técnica referidos a prestaciones pretéritas similares requiere un análisis particular.

Rescapitulando, entre los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional, la solvencia relativa a prestaciones similares está prevista en los apartados 1. a) de los artículos 89 y 90 de la LCSP. Se refiere a la relación de los principales suministros, prestaciones, servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia.

Así, es conforme a derecho establecer criterios de solvencia referidos a la experiencia en contratos similares, estableciendo cualidades propias del contrato para determinar esa similitud, siempre que estén vinculados a lo que sea el objeto del contrato, sean proporcionados y no sean discriminatorios²⁶.

Ahora bien, para determinar en el PCAP que un suministro o un servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se puede acudir además de a los CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato²⁷. En aquellos

exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición «sine qua non», cuyo no cumplimiento justifica la exclusión de la licitación.».

26. Resolución 993/2018 del TACRC de 2 de noviembre de 2018. *«En el PCAP exigen una solvencia técnica en base a la experiencia en la prestación de servicios similares al que es objeto del contrato, un servicio de teleasistencia, tomando como referencia el número de terminales operados en otros servicios, criterio que al Tribunal no le parece que sea arbitrario ni ajeno al objeto contractual.».*

27. Resolución 184/2020 del OARC/KEAO de 30 de diciembre: *«.../... esta regla [de acudir a los tres primeros dígitos del CPV] no opera de forma automática, sino que se deben contrastar los servicios*

supuestos en donde no se concrete que se entiende por prestaciones similares de la solvencia técnica, se han de computar los tres primeros dígitos del CPV a pesar de lo indicado en el artículo 67 del RGLCAP que lo limitaba a dos dígitos.

Se habilita establecer requisitos adicionales que permitan concretar la experiencia, los conocimientos y los medios cuando estamos ante concretas materias a que se refiera la contratación, siendo además lícito, tal y como señaló la doctrina del TACRC, que dichos requisitos adicionales permitan garantizar que la experiencia demostrada por el licitador se refiere a servicios verdaderamente similares por razón del tipo de prestación a realizar, por indicación de alguna o algunas de sus características, sin que pueda referirse a las cualidades de la entidad (Resolución n.º 438/2017 del TACRC).

De este modo, para apreciar esta similitud se toma como referencia de comparación la descripción técnica del objeto del contrato prevista en el PPT²⁸. Por tanto, esta semejanza entre prestaciones o suministros vendrá determinada por el contenido de las especificaciones técnicas previstas en el PPT en donde se reconoce cual es el contenido de la prestación con que comparar otras prestaciones similares incluidas en la relación de suministros o servicios para poder computarlas en el umbral de solvencia técnica exigido²⁹.

Si en el PPT se describe un suministro en términos de rendimiento o funcionalidad ambiental a través de certificación o etiquetado ecológico, la semejanza de suministros anteriores deberá lógicamente tener presentes estos etiquetados ambientales.

En el caso de solvencia técnica ambiental referida a prestaciones similares, se habrá de concretar en el PCAP los requisitos ambientales adicionales que son considerados como semejantes al objeto ambiental del contrato tal y como, de modo tácito, se declara para los contratos de servicios y los contratos de suministros³⁰.

certificados con las prestaciones definidas en las bases de la licitación al objeto de examinar la existencia o no de similitud material.» Resolución 21/2022 del TACPM de 13 de enero: «Independientemente de la desconfianza que la recurrente pueda generar en el técnico informante, lo cierto es que de la literalidad del pliego («trabajos del mismo tipo o naturaleza») y del artículo 90.1.a) de la LCSP, debe atenderse a los tres primeros dígitos del código CPV que consta en la cláusula 1 del PCAP para determinar la solvencia técnica.../...». Véase Resolución 11/2022 del TACRC de 14 de enero.

28. Informe 2/99, de 17 de marzo de 1999 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado «Contenidos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares respecto de la inclusión del término ‘equivalente’ para la descripción de productos».

29. En esta línea, se pronuncia además el TACRC en la resolución 452/2021 de 23 de abril: «La conclusión a cuanto acaba de exponerse, es la de que sólo habrá que acudir a la regla de supletoriedad en caso de que la determinación del objeto contractual sea lo bastante amplia o inespecífica como para amparar dicha supletoriedad en cuanto a objetos similares, no procediendo, por contra, cuando la especificidad del objeto contractual no deja lugar a dudas respecto a qué trabajos han de considerarse similares. Lo mismo ocurriría en la situación contraria, ya que puede llegar a existir coincidencia total en la codificación CPV y fallar sin embargo la similitud material, lo que llevaría en este caso, asimismo, a su necesario rechazo.».

30. En la resolución 1469/2021 del TACRC de 29 de octubre de 2021 sobre un contrato de suministros para el Ministerio de Defensa: «Se entiende por este tribunal que se ha cumplido en ambos

Inciso específico merece por la excepcionalidad y criticidad del objeto a suministrar, la Sentencia 1284/2022 de Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2022 referida a la solvencia técnica ambiental de un acuerdo marco municipal de suministro de energía de origen 100% renovable. La cuestión de interés casacional consistió en determinar si el sistema de certificados de garantías de origen regulado en la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, o el sistema de etiquetado de la electricidad establecido en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente, son medios adecuados de acreditación de solvencia técnica a los efectos de los artículos 89.1.a) y f) y 93 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. El Tribunal admite sendos sistemas como medios de acreditación de la solvencia técnica para contratos de suministro de energía de origen 100% renovable conforme al apartado a) 1 del artículo 89 de la LCSP, esto es, referido a pretéritos suministros de características similares, a pesar de que los certificados de garantías de origen incluyen en su producción energética además de energía de origen renovable, fuentes de cogeneración de alta eficiencia, que obviamente no tiene origen renovable y genera emisiones gases de efecto invernadero (GEI) No obstante, la sentencia da la razón a la compañía eléctrica actora y estima lo invocado por ésta, al considerar que es desproporcionado e injustificado para los licitadores, la acreditación de la solvencia técnica sobre el origen 100% renovable de la energía basada en pretéritos certificados de etiquetado A de la electricidad de la CNMC del año anterior.

Respecto de los contratos de obras a tenor de lo previsto en el artículo 88 de la LCSP, el requisito de solvencia técnica avalada través de una relación de obras ejecutadas que sean de igual o similar naturaleza no está prevista expresamente en la LCSP, donde si está descrito un umbral cuantitativo o umbral temporal pero no un umbral cualitativo referido a la calidad similar de la obra ejecutada como pudiera ser la edificación sostenible.

Este vacío lleva aparejado la inaplicación de esta similitud en contratos de obras no exigiendo un nivel adecuado de competencias ambientales acreditado mediante obras efectuadas con anterioridad³¹.

Veamos un supuesto concreto a modo de ejemplo, la Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética establecía la obligatoriedad de fijar unos requisitos mínimos de eficiencia energética en los edificios, al objeto de que antes del 31 de diciembre de 2020 todos los edificios nuevos tuvieran un consumo de energía casi nulo y que antes del fin de 2019

casos por las adjudicatarias del acuerdo marco con aportar pruebas de medidas equivalentes que acrediten que los suministros cumplirán los estándares de calidad exigidos.».

31. Véase a este respecto el informe 61/21 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado. Acreditación de la solvencia en un contrato de obras de renovación de alumbrado público.

todos los edificios ocupados y propiedad de una autoridad pública cumplieran este mismo objetivo.

Para cumplir con dicho objetivo de eficiencia energética del edificio, se ha de definir el objeto del contrato y sus especificaciones técnicas en términos de rendimiento energético y calidad ambiental previstos en la correspondiente normativa ambiental aplicable y se podría disponer, como medio de acreditación de esta especificación técnica, la obtención de algunos de los certificados de edificación sostenible más habituales disponibles en España tipo certificado VERDE, BREEAM, DGNB, LEAF, GBCe (Green Building Council España) o similares³². De este modo, se podría concretar, como requisito de solvencia técnica en contratos de obras sostenibles, la relación de obras ejecutadas con anterioridad que se ajusten a los parámetros de edificios de energía casi nula y se acreditaría mediante la relación de obras ya ejecutadas que cumplan con el estándar de similitud mencionado. Es una evidencia que la solvencia técnica del licitador atendiendo a la calidad ambiental de sus obras pretéritas no se garantiza de igual modo, cuando un operador económico dispone, entre su «palmarés», de obras por un determinado importe o en un periodo concreto; que el listado de obras anteriores ejecutadas por ese mismo operador económico conforme a los parámetros de arquitectura o ingeniería sostenible acreditables mediante certificaciones de edificación sostenible reconocidas.

Sin embargo, atendiendo a la literalidad del artículo 88 de la LCSP, cabe preguntarse si se podría, a sensu contrario, exigir, dentro del cómputo de la relación de contratos de obras anteriores, dicha semejanza con el objeto sostenible del contrato. En la suficiente justificación ambiental del objeto contractual y de las especificaciones técnicas sobre eficiencia energética y edificación sostenible, está la clave de bóveda para superar dicha inseguridad jurídica. De este modo, la relación de prestaciones ambientales similares exigibles como solvencia técnica ambiental en un contrato de obras cuyo objeto venga determinado por la obtención de una certificación de edificación sostenible, cabría reconfigurarse a través de aquellos requisitos medioambientales de experiencia, conocimientos y medios disponibles del licitador en edificación sostenible en base a aquellas certificaciones que asegurasen al órgano de contratación la capacidad técnica ambiental del licitador para ejecutar un contrato de obras de edificio de energía casi nulo.

En definitiva, la justificación de los requisitos, umbrales y medios de acreditación de la solvencia técnica medioambiental se reforzaría si se concreta la relación de suministros con etiquetado ecológico admitidos, el listado de servicios pretéritos ejecutados mediante la implantación de sistemas de gestión medioambiental o equivalentes, y, en el caso de contratos de obras, aquellas edificaciones previamente ejecutadas con sellos o certificados de edificación o arquitectura sostenible semejantes que estén referidos a similares contratos ambientales pretéritos para poder computarlos dentro de los umbrales mínimos exigidos.

32. Informe País GBCe 2021 *Sobre el estado de la edificación sostenible en España* Green Building Council España versión revisada diciembre 2021.

Alternativa a la solvencia técnica o profesional exigible a empresas de nueva creación referidas a prestaciones similares anteriores

La LCSP dispone una excepción subjetiva al régimen general de solvencia técnica o profesional exigible a todos los licitadores, exclusivamente aplicable a las empresas de nueva creación entendiendo por tales aquellas que tengan una antigüedad inferior a cinco años. A este tipo de empresas no se les aplicará, en ningún caso, el requisito y el umbral relativo a un número determinado de contratos ya sean de obras, servicios o suministros en contratos no sujetos a regulación armonizada conforme se prevé en los artículos 88.2 artículo 89.1. h) y 90.4 de la LCSP³³.

En estos supuestos, dado que resulta obvio que no se les puede exigir contratos ejecutados en periodos anteriores, los órganos de contratación habrán de establecer en el PACP una solvencia alternativa para estas empresas de nueva creación. En dicha solvencia alternativa, nada impide que se establezca mediante parámetros de sostenibilidad ambiental o medidas de gestión medioambiental, la experiencia ambiental del personal que ejecutará la prestación o los medios materiales sostenibles que estén disponible para ejecutar el contrato.

3.2. Umbral referido a prestaciones anteriores y periodo de acreditación

En atención a los requisitos de solvencia técnica exigidos, los órganos de contratación expresarán los valores o umbrales mínimos de capacidad que habrán de cumplir los licitadores. Respecto a la relación de prestaciones anteriores, se realizará a través de la concreción del número de contratos mínimos, el importe y la fecha de estos, así como el lugar de ejecución de la obra o el destinatario público y el destinatario privado de los suministros o servicios.

En ningún caso, estos umbrales pueden establecerse como una exigencia insalvable que limite la concurrencia de los licitadores y comporte una ventaja competitiva definitiva a unos licitadores sobre otros; debiendo ajustarse al principio de proporcionalidad y justificarse respecto al objeto, importe y especificaciones técnicas del pliego de contratación³⁴.

Respecto del periodo a tener en cuenta en los supuestos previstos en el apartado a) de los artículos 87, 88 y 90 de la LCSP relativo al transcurso de un

33. No obstante, ello no significa que no le sea exigible cumplir con la solvencia técnica prevista en los pliegos y en este sentido se pronuncia el OARC/KEAO en su resolución 127/2021 de 26 de julio: «...//... supone una «discriminación positiva» para los operadores económicos de nueva creación que les exime de presentar cierta documentación acreditativa, en concreto, la relativa a la relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, pero no exime a estos operadores económicos de satisfacer un umbral mínimo de capacidad técnica equivalente al marcado en los pliegos con carácter general...//...».

34. Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2020 (recurso 3/2018). Véase BATET JIMENEZ, P., blog la parte contratante, «Algunas notas sobre la proporcionalidad de la solvencia», 8 marzo 2022.

número concreto de años, se detalla los cinco últimos años en obras y los tres últimos años para suministros y servicios. Sin embargo, este periodo no coincide con el previsto en el artículo 27, apartado a) del RGCLAP³⁵.

3.3. Solvencia técnica ambiental exigible a través del personal que ejecutará el contrato

Dentro de los aspectos a considerar en relación con la selección de posibles licitadores, se puede seleccionar el relativo al personal con que la entidad adjudicataria va a ejecutar el contrato. Esta selección de recursos humanos en términos medioambientales no afecta tanto al personal directivo del propio contratista sino al responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente del mismo.

La experiencia previa en sostenibilidad en contratos de obras, servicios o suministros con instalación o los conocimientos medioambientales de este personal técnico asegurarán al órgano de contratación que dichos conocimientos y práctica medioambiental puede ser suficientes para garantizar la calidad ambiental demandada en la fase de ejecución del contrato.

A este respecto, el artículo 76.1 de la LCSP dispone que, en los contratos de obras, de servicios, de concesión de obras y de concesión de servicios, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, el órgano de contratación podrá exigir a las personas jurídicas interesadas en la licitación que especifiquen, en la oferta, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación³⁶.

Consecuentemente, resulta preciso detallar cual va a ser la cualificación o experiencia ambiental exigida de cada una de las personas que ejecutaran el contrato³⁷. En todo caso, no es ajustada a derecho admitir exclusivamente una

35. Informe 74/2018 de 20 de diciembre de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado relativo al periodo para acreditar la solvencia técnica. Resulta aplicable el principio de jerarquía normativa conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española y el artículo 1 del Código Civil, el periodo que ha de tenerse en cuenta en una relación de obras ejecutadas y de los servicios o suministros realizados en periodos anteriores será de cinco años en obras y tres años en suministros y servicios en virtud de los citados artículos de la LCSP.

36. Sentencia del TJUE de 31 de marzo de 2022 Asunto-C 195/21 Smetna Palata Na, Primera cuestión prejudicial relativa a los criterios de selección en solvencia profesional del personal cualificado seleccionado: «//... el artículo 58, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, un poder adjudicador pueda imponer, como criterios de selección en relación con la capacidad técnica y profesional de los operadores económicos, requisitos más estrictos que los requisitos mínimos establecidos por la normativa nacional, siempre que tales requisitos sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador posee las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se va a adjudicar, que estén vinculados al objeto del contrato y que sean proporcionados a este.»

37. Véase la Resolución 197/2022 del TACRC de 10 de febrero de 2022 en relación con la experiencia del personal que ejecutará el contrato como solvencia técnica y como criterio de adjudicación.

determinada profesión o título facultativo del personal asignado a una obra, servicio o suministro con instalación, por lo que debe evitarse incurrir en una infundada restricción de la concurrencia y competencia consistente en excluir del ejercicio de una actividad a profesionales con capacidad técnica suficiente, tal y como han coincidido los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia³⁸. Asimismo, se matiza, en fase de licitación, el momento concreto en que haya de estar disponible este personal con identificación personal pues, en caso de resultar adjudicatario, puede sustituirse por personal con semejante cualificación profesional, ampliándose la concurrencia de posibles licitadores.

En aquellos contratos cuya ejecución está determinada por su impacto medioambiental, se ha de admitir la entrada a todo título facultativo oficial que ampare los conocimientos técnicos sobre sostenibilidad suficientes que aseguren la correcta ejecución del contrato, esto es, su determinación en base a la capacitación ambiental idónea y en términos de funcionalidad de dicho personal técnico.

3.4. Adscripción de medios personales o materiales

La adscripción de medios personales o materiales aparece recogida en el artículo 58.4 de la Directiva y el artículo 76 apartados 2 y 3 de la LCSP como un medio de solvencia técnica adicional a la solvencia técnica o profesional general prevista en los artículos 88, 89, 90 y 91 de la LCSP.

Nada impide que los criterios de capacidad técnica de carácter ambiental puedan ser exigidos específicamente a través de la disponibilidad de los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato.

De conformidad con la LCSP, los órganos de contratación podrán exigir adicionalmente a los licitadores para acreditar su solvencia o, en su caso clasificación, que se comprometan a dedicar o adscribir para la ejecución del contrato, determinados medios personales o materiales suficientes para ello. Si bien como norma general son los contratistas quienes deciden qué medios dedican a ejecutar el contrato, los órganos de contratación pueden concretar y exigir adicionalmente a los licitadores que se comprometan a dedicar determinados medios personales o materiales para ejecutar el contrato, sobre todo en aquellos contratos cuya ejecución requiera de una elevada complejidad técnica ambiental.

38. Informe UM/037/21, de 9 de junio de 2021. CNMC. La exclusión de un licitador se motivó en que el proyecto de obras de acondicionamiento debía haber sido firmado por profesional de la arquitectura y no por un ingeniero técnico industrial. La Comisión concluyó: *«La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta la exigencia de la titulación de arquitectura para la redacción de un proyecto de obras de acondicionamiento constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado al no haber sido fundada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, recomendando no exigir una titulación determinada.»* Véase la Resolución 24/2021 del OARC/KEAO de 12 de febrero de 2021 al respecto.

En fase de licitación, esta solvencia técnica adicional se exige a todos los licitadores, a través de un compromiso de adscripción de cada licitador sin necesidad de un soporte documental agregado en el sobre «A».

La disponibilidad de adscripción de medios conforme al compromiso aportado únicamente se habrá de acreditar por aquel licitador propuesto como adjudicatario a tenor del artículo 150.2 de la LCSP. a través de las fichas técnicas de materiales, maquinaria, identificación y titulaciones del personal o cualquier otro medio de comprobación previsto en el PCAP. Por ello, es recomendable hacer un anexo en el PCAP relativo al contenido exacto de dicho compromiso de adscripción de medios. Habrá de ser lo más concreto y específico posible para evitar incertidumbre al licitador de modo que, en fase previa a la adjudicación, la mesa de contratación pueda comprobar que la adscripción de recursos y medios comprometidos dedicados a la ejecución del contrato del licitador que ha presentado la mejor oferta cumple con lo exigido en pliegos, pudiendo ser subsanable en caso contrario. En caso de no acreditar dicha adscripción de medios tras el preceptivo trámite de subsanación, la mesa de contratación procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas³⁹ y por otro lado, entenderá que el primer adjudicatario ha retirado su oferta, estando ante incumplimiento de gravedad suficiente para aplicar en concepto de penalidad, el importe del 3% del presupuesto base de licitación IVA excluido.

La diferencia entre la solvencia técnica general y la solvencia técnica adicional (adscripción de medios) radica en los destinatarios, en el momento y en los medios para su cumplimiento, esto es, los requisitos de la solvencia técnica general han de ser cumplidos por todos los licitadores a fecha de presentación de ofertas mientras que la solvencia técnica adicional solo obligará al licitador designado como adjudicatario y deberá cumplirse, previa comprobación, en el momento de inicio de ejecución del contrato y mantenerse durante toda la ejecución del mismo.

39. Resolución 256/2019, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 23 de julio de 2019: «La declaración de adscripción de medios materiales a la ejecución del contrato es, pues, una presunción de que la licitadora dispone de los medios materiales y que éstos se adecuan a los requerimientos técnicos previstos en los pliegos. Y, será en el momento previo a la adjudicación del contrato, cuando la licitadora llamada a ser adjudicataria debe acreditar la efectiva disposición de los medios técnicos y que éstos cumplen las condiciones técnicas requeridas...//... A las anteriores circunstancias hay que añadir que la doctrina constante de este Tribunal respecto las condiciones para la exclusión de una proposición en este momento procedimental, fundamentarse en un claro, indubitado y explícito incumplimiento de los pliegos de prescripciones técnicas. En efecto, sólo «corresponde rechazar una oferta cuando el incumplimiento es expreso y no existe ninguna duda sobre su incongruencia o sobre el hecho de que se oponga abiertamente a las prescripciones técnicas del pliego» (por todas, resoluciones 298/2018, 277/2018, 64/2018, 157/2017 y 43/2017).» Resolución 181/2022 del TACRC de 10 de febrero de 2022 Aclaración sobre adscripción de medios. Resolución 266/2022 del TACRC de 24 de febrero de 2022: «Hemos declarado reiteradamente que el trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP es susceptible de subsanación, así como los medios que se comprometen para la ejecución del contrato (Resolución nº 747/2018).» Resolución 295/2020 del TACRC de 27 de febrero de 2022. Doctrina sobre adscripción de medios. Resolución 311/2022 TACRC 10 de marzo de 2022. Informe 6/2021 de la JCCE. Interpretación del artículo 150.2 de la LCSP. Resolución 949/2019 del TACRC de 14 de agosto.

Esta adscripción de medios personales o materiales está considerada pues como requisito de solvencia adicional y por ello, pueden ser definidos en términos de sostenibilidad, a través de la disponibilidad de aquellos recursos o medios materiales, maquinaria o instalaciones con menor impacto ambiental y las mejores técnicas ambientales disponibles en el mercado (Asunto «*Klaipeda*» C-927/19 Sentencia de 7 de septiembre de 2021 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

En definitiva, se confirma que esta adscripción de medios ajustada a las especificaciones ambientales previstas en el PPT, como requisito adicional de solvencia técnica, ha de cumplir con el resto de los principios y requisitos formales predicable de cualquier otra condición de solvencia técnica pero solo ha de ser acreditada, como se ha mencionado, por el licitador que resulte adjudicatario del contrato en cuestión, permitiendo su sustitución por cualquier otro medio o recurso siempre que cumplan con los mismos requisitos exigidos y se mantenga durante toda la ejecución del contrato.

3.5. Momento de acreditación de la solvencia técnica

Las circunstancias relativas a la solvencia deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y mantenerse en el momento de perfección del contrato según dispone el artículo 140.4 de la LCSP (Resolución 1301/2019, de 18 de noviembre, del TACRC)⁴⁰.

4. Relevancia de la acreditación de solvencia técnica con medios de terceros

La integración de la solvencia técnica con medios de terceros es un derecho subjetivo reconocido al licitador. Permite acudir a la solvencia de otras entidades para acreditar la suya propia en aplicación del principio de complementariedad de las capacidades de los operadores económicos y la consideración funcional del licitador⁴¹. Esta disponibilidad de medios ajenos tiene una singular relevancia cuando se refiere a solvencia técnica ambiental como se aprecia a continuación.

40. Resolución 1561/2021 del TACRC de 11 de noviembre: «En consecuencia, no sólo es que la declaración responsable vincula y compromete al licitador con lo declarado por él en la misma, y so pena de incurrir en prohibición de contratar ex art. 71.1 e) LCSP, sino que los requisitos de solvencia (además de los de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar) deben cumplirse en el momento de la fecha final de presentación de las ofertas, y además el órgano de contratación puede solicitar la documentación justificativa al objeto de comprobar que se cumplen los requisitos de solvencia, de conformidad con el art. 140.3 LCSP.» Resolución 465/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 11 de noviembre.

41. Informe 35/2021 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 17 de diciembre de 2021. Integración de la solvencia por medios externos en las UTES. Estos mecanismos de complementariedad de la capacidad técnica se reafirma por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de junio de 2021 (886/2021): «A modo de recapitulación, bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos,

Consiste en la posibilidad de que el licitador integre o complemente, que no sustituya, su solvencia a través de los medios y capacidades de otras entidades ajenas al propio licitador⁴². Mediante dicha integración, el licitador podrá completar su solvencia con los medios externos de otras entidades aptas para demostrar que cumple con todos y cada uno de los requisitos y umbrales mínimos exigidos por el órgano de contratación⁴³.

El objetivo de este derecho subjetivo del licitador es abrir la competencia y facilitar igualmente el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos. El operador económico podrá basar su solvencia en medios de otras entidades con independencia de cuál sea el vínculo jurídico que los ampare; de forma que dichos medios externos se entenderán que forman parte de la solvencia presentada por el propio licitador y deberán estar disponibles efectivamente durante toda la ejecución del contrato. Se pueden integrar mediante medios externos tanto la solvencia económica como la técnica o profesional.

Cabe puntualizar que, en el caso de la solvencia técnica acreditada a través de capacidades de entidades que pertenecen a un mismo grupo empresarial o a una misma UTE, solo se reconoce como solvencia propia del operador económico; no estando, por tanto, ante un supuesto de acreditación mediante capacidades externas⁴⁴.

contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad.».

42. Resolución 528/2021 del TARCA de Andalucía, de 10 de diciembre de 2021. «...//...siendo la solvencia un requisito de aptitud para la misma puede ser integrada o completada con los medios de un tercero, pero no sustituida, debiendo acreditar un mínimo de solvencia en relación al contrato al que se va a licitar, ya que lo contrario supondría una vulneración de la exigencia de solvencia del artículo 62.1 del TRLCS.

43. Resolución 376/2022, del TACRC de 24 de marzo relativa a medios de terceros a través de una comunidad de bienes: «En este punto, argumenta acertadamente el órgano de contratación que el documento europeo único de contratación aludido tiene por objeto que las empresas manifiesten que cuentan, entre otros extremos, con la debida capacidad de obrar. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 140.1.a) LCSP y es coherente con la regulación de la Directiva 2014/24/UE, que en su artículo 63 señala que un operador económico podrá, cuando proceda y con relación a un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades. «En este supuesto, el poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60, 61 si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57.» De lo cual parece deducirse que quien integra la solvencia goza de capacidad jurídica, económica y/o técnica para ejecutar el contrato, al igual que se exige al licitador. De acuerdo con ello, puede afirmarse que los artículos citados requieren que los medios externos cuenten con la debida capacidad de obrar en los términos definidos en el artículo 65 del referido texto legal, por lo que debe desestimarse el recurso y confirmar la exclusión.».

44. Véase en todo caso, el citado informe 35/2021 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado sobre Integración de la solvencia por medios externos en las UTEs, en donde se concluye que: «La aportación del documento correspondiente a la clasificación de la entidad cuyos medios externos contribuyen a integrar la solvencia de un licitador, sea éste un empresario individual o una UTE, es admisible, pero siempre que esté clasificado como contratista de obras y que vaya acompañado de un

El acceso a medios de terceros se constituye como una regla general que los poderes adjudicadores han de tener en cuenta cuando reconozcan la solvencia de los licitadores⁴⁵. Son dignas de mención algunas limitaciones al ejercicio de este derecho del licitador de conformidad con lo previsto en el artículo 58.4 y artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE y los artículos 75.2 y 140.1.c) y 3 párrafo primero de la LCSP. Se concretan en las tres siguientes:

- No podrán incurrir en prohibición de contratar.
- No pueden afectar a aquellas tareas críticas previstas en pliegos⁴⁶.
- No pueden basarse en títulos profesionales.

Ello implica que el operador económico podrá basar su solvencia en medios de otras entidades siempre que dichas entidades no estén incurso en una prohibición de contratar. El órgano de contratación —tras su comprobación— podrá exigir al licitador la sustitución de aquella entidad si se le aplica dicho motivo de exclusión obligatoria (artículo 60.1 Directiva 2014/24/UE)⁴⁷.

compromiso de poner los medios necesarios para la ejecución del contrato a disposición del posible adjudicatario del mismo.».

45. Véase a este respecto la STS 2757/2021 de 21 de junio: «Dicho de otro modo, esta Sala considera que negar la posibilidad de que se acumulen o sumen las capacidades técnicas de las empresas que concurren juntas a la licitación resulta carente de justificación y vulnera los principios de funcionalidad, de complementariedad de las capacidades y de proporcionalidad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que ya nos hemos referido, deben imperar en la interpretación de esos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico precisamente para favorecer el acceso de las empresas a la contratación pública.».

46. Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022 Asunto C-642/20 Caso Caruter Srl y S.R.R. Messina Provincia SCpA, relativo a un contrato de servicios de recogida de residuos en relación con la delimitación de las tareas críticas asignadas a un participante de la agrupación de empresas: «El artículo 63 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual la empresa representante de una agrupación de operadores económicos que participa en un procedimiento de celebración de un contrato público debe cumplir los criterios establecidos en el anuncio de licitación y ejecutar las prestaciones de dicho contrato en una proporción mayoritaria.».

47. Aunque la tercera entidad con la que se pretende ampliar la solvencia técnica del licitador incurra en algún tipo de exclusión de contratar, pervive el derecho del licitador a valerse de las capacidades de otras entidades, y se sustituye dicha entidad y su solvencia por otra. Ejemplo de ello es el Asunto C-210/20 del TJUE de 3 de junio de 2021 que dispone: «[...]A tenor del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro del que forme parte podrá exigir a este que requiera al operador económico afectado que sustituya a la entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir cuando esta última haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria. Así pues, del tenor de esta última frase se desprende claramente que, si bien los Estados miembros pueden establecer que, en tal supuesto, el poder adjudicador esté obligado a imponer tal sustitución a dicho operador económico, no pueden, en cambio, privar a ese poder adjudicador de su facultad de exigir, por iniciativa propia, tal sustitución. En efecto, los Estados miembros solo disponen de la posibilidad de sustituir la referida facultad por una obligación, para el poder adjudicador, de proceder a tal sustitución. [...]».

Tampoco podrá acreditarse con medios externos aquellas tareas críticas únicamente ejecutables por el contratista, en atención a su especial naturaleza, determinadas en pliegos por el órgano de contratación, a los efectos de ser consideradas una condición directa, intrínseca y personal que debe concurrir únicamente en el propio licitador y, por tanto, han de ser ejecutadas directamente por éste (artículo 75.4 y artículo 215.2.e) LCSP).

También están limitados los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales o a la experiencia profesional pertinente (Resolución 17/2020, del TACRC de 9 de enero), pues únicamente podrán basarse en estas capacidades si van a ejecutar obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Respecto a los requisitos relativos a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos tampoco podrán recurrir a las capacidades ajenas salvo si éstas van a ejecutar las obras o servicios para las cuales son necesarias dichas capacidades, siendo especialmente singular en el caso de capacidades técnicas medioambientales, en donde se exige una adicional experiencia o capacitación técnica ambiental para asegurar la calidad ambiental de la entidad.

Con respecto a los medios de la acreditación de esta disponibilidad de medios de terceros, el operador económico deberá demostrar al órgano de contratación que dispone de las capacidades de terceras entidades mediante un compromiso por escrito de dichas entidades (artículo 148.2 LCSP), siempre que efectivamente los medios de estas últimas sean necesarias para la ejecución del contrato.

Con ello, a través de estos mecanismos de complementariedad, se posibilita, por un lado, asegurar calidad ambiental de la selección de licitadores efectuada y por otro, no restringir la competencia al ampliar la concurrencia a la licitación de aquellos licitadores que, no disponiendo de medios y recursos ambientales propios, puedan emplear recursos y medios ambientales de terceros para cubrir dicho déficit de solvencia técnica ambiental especializada.

5. Medios de prueba disponibles para acreditar la solvencia técnica

Tras la definición de los requisitos de solvencia técnica y el umbral o mínimo admitido se ha de concretar los medios de prueba para acreditar dicha solvencia técnica en el PCAP.

Con carácter general, los medios para acreditar la solvencia, tanto económica financiera como técnica o profesional, vienen tasados, mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación, de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la LCSP.

No obstante, existen excepciones para los contratos no sujetos a regulación armonizada, pues se permite ampliar el abanico de posibles medios de acreditación de dicha solvencia por el órgano de contratación. Ahora bien, el órgano de contratación debe justificar específicamente cual es el medio elegido distinto

de los medios ya incluidos en los artículos 89 a 91 de la LCSP y puntualizar sus posibles semejanzas.

En tales supuestos, la determinación de los medios de acreditación de la solvenia técnica corresponde al órgano de contratación y está facultado para seleccionar uno o varios de los medios de prueba en cada contrato debiendo admitir, en todo caso, cualquier otro semejante.

Si bien el modo generalizado de acreditación documental de la solvenia técnica es la petición de declaración responsable firmada, conforme al modelo habitual sobre Declaración responsable previsto en el PCAP de cada licitación, lo cierto es que la constatación documental de los certificados exigidos o sus semejantes puede demandar comprobaciones adicionales que han de puntualizarse en dicho apartado del pliego⁴⁸.

Respecto a las etiquetas ecológicas o normas técnicas de carácter ambiental —como marcas de conformidad—, el clausulado de la LCSP ha centrado específicamente su incorporación en especificaciones técnicas ambientales en el PPT (artículo 127 de la LCSP), en criterios de adjudicación, en condiciones de ejecución o en solvenia técnica a través de medidas de gestión ambiental (artículo 94 de la LCSP) en el PCAP, pudiendo exigir una etiqueta o certificado ecológico específico y su equivalente, como medio de prueba de cumplimiento de las características ambientales exigidas para la ejecución de las obras, servicios o suministros⁴⁹.

De este modo, si nos atenemos a la estrecha relación entre las especificaciones técnicas ambientales del PPT y la asignación de medios y recursos ambientales exigibles como requisito adicional de solvenia técnica ambiental, la posibilidad del órgano de contratación para conectar ambos conceptos está servida en «bandeja de plata» debiendo cumplir, en todo caso, los principios de publicidad, proporcionalidad y libre concurrencia⁵⁰.

48. Respecto a la aplicación de la semejanza documental en la solvenia técnica ambiental, la Resolución 1496/2021 del TACRC de 20 de septiembre de 2021 recuerda que es doctrina de este Tribunal: «[...] la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados [...]». En semejantes términos, se pronuncia la Resolución 980/2019 del TACRC de 6 de septiembre de 2019. Véase también respecto a los certificados de calidad ambiental del distribuidor la resolución 443/2021 del TARC de la Junta de Andalucía, de 5 de noviembre.

49. Resolución 10/2019 del Tribunal de Catalán de Contratos del Sector Público, de 30 de enero de 2019 relativa a distintas posibilidades de exigir certificados en la configuración del expediente de contratación como criterios de solvenia (ISO 14006: aptitud de la empresa) vs criterio de adjudicación (ISO 14024 y 14025 y certificados sobre productos forestales FSC y PEF).

50. Resolución 1235/2020 del TACRC de 13 de noviembre de 2020: «En cuanto a esto, no podemos sino mantener la libertad con la que ha de contar el órgano de contratación para poder establecer en sus pliegos, las especificaciones técnicas que considere convenientes, pudiendo exigir las etiquetas y certificaciones medioambientales que considere pertinentes, siempre y cuando mediante su exigencia no se vulnere normativa alguna y se permita la libre concurrencia.».

III. ACTUALIZACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA AMBIENTAL A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL

1. Solvencia técnica ambiental a través de las medidas de gestión ambiental

El artículo 62.2 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 94 de la LCSP prevé como medio para acreditar el requisito de solvencia técnica ambiental relativo a la aplicación de medidas de gestión ambiental de la prestación a ejecutar, la presentación de certificados de sistemas de gestión medioambiental (en adelante SGMA).

El SGMA se entiende como aquel sistema o mecanismo medioambiental de carácter voluntario destinado a las organizaciones de los operadores económicos. El objetivo de estos sistemas es, además de cumplir con la legislación ambiental, evaluar, gestionar y mejorar el comportamiento medioambiental corporativo. Estos SGMA pueden estar integrados en los sistemas de gestión de calidad o responsabilidad social corporativa de la propia organización empresarial. Además, pueden ser implantados en toda la organización o bien estar limitado a un edificio, a una actividad, producto o servicio de la empresa, delimitando el ámbito y el alcance concreto del SGMA de la entidad empresarial⁵¹.

Respecto de las medidas de gestión ambiental en solvencia técnica, la LCSP menciona expresamente como medio de prueba de SGMA, el certificado EMAS (acrónimo de Eco- Management and Audit Scheme) y admite otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o bien otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados⁵².

51. El ámbito y el alcance del sistema exigible como solvencia técnica basada en SGMA ha de estar, en todo caso, relacionado con el objeto del contrato. A este respecto, se refiere la Resolución 1362/2021 de 7 de octubre del TACRC al admitir que: *«La certificación expedida por el órgano certificador incluye una descripción sintética del alcance de aquella. El conocimiento pleno del alcance del sistema de gestión de la calidad únicamente puede obtenerse de la declaración final del alcance de la certificación verificado por el auditor. En este sentido, la especificación sintética del alcance incluido en la certificación puede suponer un indicio de la efectiva certificación del sistema de gestión de la empresa certificada, aunque no excluye la posibilidad de que el órgano de contratación requiera al licitador documentación adicional sobre tal alcance que le permita alcanzar la razonable certidumbre del cumplimiento del requisito de solvencia contenido en el PCAP.»* También cabe acudir a solvencia técnica ambiental de terceros respecto a los SGMA tal y como confirma la Resolución 628/2019 del TACRC de 6 de junio.

52. Véase a este respecto por su singularidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 1284/2022 de 25 de marzo de 2022 en cuanto a la calificación de la CNMC como un «instituto o servicio oficial encargado de la calidad»: *«Pues bien, siendo cierto que la CNMC no es un órgano encargado de la verificación de la calidad técnica de productos, no lo es menos que puede calificarse sin duda alguna como un órgano competente adecuado para valorar el requisito estipulado en el pliego [como solvencia técnica, aclaración no incluida] consistente en que el 100% de la energía eléctrica comercializada el año anterior sea de fuente renovable.»*

A la hora de incorporar la solvencia técnica basada en mejores prácticas de gestión ambiental a través de los SGMA, resulta recomendable conocer las apreciables diferencias entre los más habituales sistemas de gestión ambiental, esto es, la certificación internacional ISO 14.001 y el certificado europeo EMAS. La más destacable diferencia es la que atañe a la comprobación de las obligaciones ambientales de la empresa. Con el certificado EMAS, la empresa no solo ha de cumplir con todos los requisitos relevantes relacionados con el medio ambiente sino también debe validarlo a través de una tercera entidad acreditadora. Frente a este certificado europeo, la ISO 14.001 se limita a reconocer que la empresa debe disponer el compromiso de cumplir con la legislación medioambiental vigente.

La presentación de certificados de SGMA, a través del certificado EMAS, del certificado ISO 14.001 o de certificados expedidos por organismos independientes acredita que el licitador cumple con determinadas normas o estándares de gestión ambiental basadas en normas europeas aceptando otras pruebas equivalentes en referencia a los medios previstos en la LCSP debiendo cumplir, en todo caso, con los principios y acerca comunitario al respecto⁵³.

Consecuentemente, en los pliegos de contratación es relevante puntualizar no solo el método de verificación de las medidas de gestión medioambiental del licitador a través de un SGMA seleccionado sino también determinar cuáles son sus semejantes (artículo 94 LCASP)⁵⁴.

Respecto a los avatares doctrinales sobre este asunto, la incorporación de la solvencia técnica ambiental sobre aplicación de medidas de gestión ambiental basada en la exigencia de SGMA de los licitadores ha evidenciado una vis expansiva.

El derogado Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público 3/2011, de 14 de noviembre (a continuación, TRLCSP), en su artículo 81, establecía la posibilidad de exigir a los licitadores un sistema de gestión ambiental para aquellos contratos sujetos a regulación armonizada, dejando al margen al resto de contratos. Expresamente se excluía también a los contratos de suministros, circunscribiéndose únicamente a los contratos de obras, de concesión de obra y en los contratos de servicio y de concesión de servicio.

El informe de 5 de abril de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado relativo a criterios de solvencia y sistemas de gestión medioambientales en los contratos no sujetos a regulación armonizada vino a superar estos límites confirmando su aplicación al resto de contratos por debajo del umbral comunitario⁵⁵.

53. Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2022 Asunto C-160/20 en relación con la aplicación de una norma internacional ISO: «*De ese modo, los actos que emanan de las instituciones de la Unión no son oponibles a las personas físicas y jurídicas en un Estado miembro antes de que estas tengan la posibilidad de conocerlos mediante su debida publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.*»

54. GÓMEZ FARINAS, B (2018) «La dimensión ambiental en la selección del contratista: especial referencia a las medidas de gestión ambiental.» Observatorio de Contratación Pública.

55. Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 5 de abril de 2018 a propuesta de la petición de consulta de la Federación Española de Asociaciones de Empresas Forestales y del Medio

Sentado lo anterior, la aportación de certificados y/o etiquetas ISO relativos al cumplimiento de normas de gestión ambiental está siendo objeto de reconsideración al albur de las recientes resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, aparentemente contradictorias. La iterada doctrina de estos Tribunales y de la Junta Consultiva de Contratación del Estado concluyeron que estos certificados de SGMA solo eran medios para acreditar la solvencia técnica de las empresas o su aptitud para ejecutar el contrato y, en consecuencia, no podrían utilizarse como criterios de valoración de las ofertas de los licitadores o como condiciones especiales de ejecución.

2. Especificaciones sobre los medios de acreditación de la solvencia técnica ambiental basada en sistemas de gestión medioambiental

La mención al SGMA como solvencia técnica no es un requisito de solvencia técnica ambiental en sí mismo, sino que se considera como un medio para acreditar la misma⁵⁶.

De este modo, en aquellos supuestos en donde el órgano de contratación establezca que la acreditación de la solvencia técnica se base en un SGMA u otras acreditaciones o etiquetas de carácter ambiental, cada licitador, para cumplir con dicha exigencia, deberán optar por algunas de las siguientes posibilidades: podrá acreditarlo con el SGMA específicamente mencionado en el pliego o

Natural a la Junta Consultiva de Contratación del Estado sobre la posibilidad de ampliación de los sistemas de gestión ambiental como solvencia técnica a contratos no sujetos a regulación armonizada zanja esta restrictiva polémica: *«En el momento de la emisión de este dictamen la cuestión ha sido superada por la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la cual considera como uno de sus ejes fundamentales la denominada contratación estratégica, que tiene como uno de sus elementos esenciales favorecer la satisfacción de lo que la propia Directiva llama objetivos secundarios de la contratación pública, entre los que sin duda se encuentran los de carácter medioambiental. Y atendiendo, al contenido del artículo 94 que supone la transposición del artículo 62.2 de la Directiva concluye que: «De este modo, incluso en los contratos no sujetos a regulación armonizada podrá el órgano de contratación, conforme a la potestad antes descrita, exigir estos certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinados sistemas o normas de gestión medioambiental para acreditar la solvencia técnica. Esta posibilidad está recogida expresamente en la ley para los sujetos a regulación armonizada, siendo claro que ni la redacción de la Directiva ni la de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público representa una restricción de su uso en los contratos de cuantía inferior al umbral .../».*

56. Resolución 85/2021, del TACRC de 29 de enero de 2021: *«En efecto, este Tribunal viene señalando sobre el particular que los requisitos de solvencia técnica serían la «descripción [...] de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad» (art. 90.1.c) LCSP) o la «indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato» (art. 90.1.f) LCSP); y los certificados serían únicamente un medio de acreditar estos extremos (arts. 93 y 94). En consecuencia, no cabe exigir el certificado como requisito en sí, sino como prueba del requisito, y deben admitirse otras posibles pruebas —como ordenan expresamente los arts. 93 y 94 LCSP».*

bien optar por cualquier otro medio de acreditación alternativo a dicho sistema siempre que éste sea semejante.

Partiendo de la premisa jurídica de que la carga de la prueba la debe soportar cada licitador, en el caso de optar por esta segunda vía de acreditación (artículo 128 LCSP), el operador económico podrá presentar un SGMA semejante, certificados o elaboración de un informe probatorio al respecto y probar su semejanza. Es evidente que esta segunda opción ralentiza el proceso de verificación de la solvencia por parte de los miembros de cualquier mesa de contratación.

Y existen algunas consideraciones a tener en cuenta respecto a la semejanza de estos medios de acreditación⁵⁷. Los SGMA han de cubrir la totalidad de actividades objeto del contrato a adjudicar, de modo que solo se otorgará la semejanza cuando el presentado cubra dicho objeto contractual. Deberá estar oficialmente acreditado, esto es, deberá incorporar el nombre y el número de la acreditación y el alcalde de la acreditación, así como la denominación de la entidad acreditadora y debe estar vigente en fase de selección y presentación de la oferta.

Además, existe la obligación legal de justificar por parte del órgano de contratación los requisitos de solvencia y sus semejanzas para proporcionar certidumbre al licitador. Al respecto, la Resolución 200/2021, del TACP de Canarias de 14 de julio, ventila el recurso presentado por el IVAC— Instituto de certificación S.L. contra el pliego de un contrato de servicios relativo al mantenimiento de las certificaciones ISO 9001, ISO 14001, ISO 50001 e ISO 4500 en una entidad pública del Cabildo insular de Tenerife. La resolución reprende al órgano de contratación: *«[...]En el presente caso se admite que las licitadoras se encuentren acreditadas por la ENAC o por otras entidades acreditadoras habilitadas equivalentes, pero no especifica cuáles son esas entidades, deduciéndose de las alegaciones de la recurrente que la determinación de las mismas es motivo seguro de controversia, por lo que el poder adjudicador debió hacer el esfuerzo de concretar y motivar el requisito de solvencia [...]»*. Y continua, en relación con la acreditación de la solvencia técnica y, en particular, a la exigencia de acreditación de ENAC: *«[...]por el órgano de contratación debió haberse hecho un mayor esfuerzo a la hora de determinar en el pliego qué tipo de entidades acreditadoras se consideraban «equivalentes» a la ENAC, justificando adecuada y suficientemente su decisión al respecto dentro del expediente contractual, en cumplimiento de lo previsto por el ya transcrito artículo 116.4 de la LCSP y en pos de los principios de seguridad jurídica y transparencia que han de inspirar toda contratación pública, siendo así que no puede este Tribunal aplicar aquí discrecio-*

57. Resolución 1235/2020 del TACRC de 13 de noviembre: *«Se aplica la LCSP para determinar el sentido de lo exigido en los pliegos, y dado que la norma impone al órgano de contratación que aceptará etiquetas o medios adecuados de prueba, ha de entenderse que la sola mención de disponer de los equipos ofertados de determinadas etiquetas, no implica prohibición de acreditar las especificaciones técnicas exigidas mediante otras etiquetas equivalentes o medidas de prueba equivalentes, pues se impone que el órgano de contratación las tiene que aceptar.»*

*nalidad técnica alguna que avale la presunción de certeza y acierto del parecer del poder adjudicador[...]*⁵⁸.

La resolución n.º1098/2020 y la resolución n.º34/2021 ambas del TACRC aportan mayor lucidez sobre la semejanza entre acreditaciones cuando aluden a dichos organismos de certificación en el siguiente tenor: «[...]Los organismos de evaluación de la conformidad OEC son organizaciones que evalúan la conformidad con la norma técnica exigida y proporcionan certeza a la administración pública con la información sobre los servicios en términos de calidad, sostenibilidad, eficiencia energética, o seguridad y pueden venir a través de sistemas voluntarios establecidos en leyes o contenidos u otros documentos de carácter voluntario. Todos estos OEC han de estar acreditados de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo [...]»⁵⁹.

Es por ello por lo que el órgano de contratación deberá admitir los certificados originales presentados que estén avalados por un certificador ambiental, previamente acreditado por el organismo competente ya sea estatal como la ENAC (entidad nacional de acreditación), o por organismos oficiales de acreditación del país de origen conforme admite el mercado único europeo, u organismos internacionales de acreditación avalados por las anteriores entidades europeas acreditadas⁶⁰.

3. Doctrina sobre los sistemas de gestión medioambiental

3.1. Doctrina sobre criterios de solvencia técnica ambiental

La postura clásica de la Doctrina al respecto se sintetiza en que el siguiente planteamiento. Los sistemas de gestión medioambiental tipo ISO 14.001 o EMAS están referidos a las características ambientales de las empresas, esto es, afectan a la propia y exclusiva organización del operador económico como persona física o jurídica aplicando sistemas de calidad, en este caso, ambiental a su propia organización siendo una característica subjetiva del operador económico por lo que no cabe apreciarse como criterio de adjudicación ni como condición especial de ejecución dentro de los pliegos administrativos, ni mucho menos incor-

58. Resolución 753/2021 del TACRC de 24 de junio de 2021 asume, en este mismo sentido, que: «Y de esa forma los artículos 93 y 94 de la LCSP, referidos respectivamente a la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión, admiten la posibilidad de que el órgano de contratación pueda requerir certificados de normas de calidad o de gestión medioambiental, estableciendo, pero, en ambos casos, 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.».

59. Reglamento (CE) 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) no 339/93.

60. Véase a este respecto la Sentencia del TJUE de 6 de mayo de 2021. Asunto C 142/20 Caso Analisi G. Caracciolo Srl relativo a la entidad de certificación nacional ENAC.

porarse como una especificación técnica dentro de los PPT. Esta insistente doctrina se ha venido sosteniendo antaño durante la vigencia de las sucesivas leyes contractuales y recuerda la reconocida hermenéutica en torno a la imposibilidad de que los certificados ISO de gestión ambiental se pudiesen utilizar como criterio de adjudicación en tanto que se consideraban como modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas.

Y, en este mismo sentido, las más recientes resoluciones habían insistido en afirmar que los certificados de los sistemas de gestión medioambiental únicamente podían admitirse como medios de acreditación de la solvencia técnica de los contratistas al afectar a la propia organización corporativa. (Resolución 159/2018 del TACRC, de 16 de febrero, Resolución 505/2018 del TACRC, de 23 de abril o la Resolución 939/2018, del TACRC, de 11 de octubre). En idéntica línea argumental se pronunció, en su momento, el informe 50/2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 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 [...]».

En todo caso, estos debieran cumplir con los requisitos de proporcionalidad y admisión de medios de prueba alternativos o semejantes (Resolución 139/2020 del TACRC de 30 de enero). Además, en los supuestos de clasificación también consideran admisible la exigibilidad de cumplimiento de las normas de gestión medioambiental a través de los certificados ambientales correspondientes, como ya se ha comentado en apartado anterior.

3.2. Doctrina sobre criterios de adjudicación

De entrada, la determinación de los criterios de adjudicación del contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 145 y siguientes de la LCSP, ya sean sometidos a juicio de valor o no, impiden fundamentarse en consideraciones subjetivas o características generales de la propia organización de la empresa. Esta afirmación había quedado patente y preclara hasta las recientes resoluciones de los últimos años de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales⁶¹.

Por un lado, una caterva de resoluciones mantiene este tradicional impedimento como la Resolución 1557/2021 del TACRC de 11 de noviembre: «...//...La posesión de determinadas certificaciones de calidad, como criterio de adjudicación, no es conforme a Derecho, al referirse a aspectos de la estructura organizativa de la empresa, sin que su posesión afecte al rendimiento de la prestación, falta de vinculación con el objeto del contrato...//...»⁶².

61. SANMARTIN MORA, M. A.(2019): «Doctrina reciente sobre la exigibilidad de certificados de cumplimiento de normas de gestión de la calidad y gestión medioambiental» 22 de julio de 2019 Observatorio de Recursos Contractuales.

62. Resolución 1557/2021 del TACRC de 11 de noviembre de 2021 relativa a un contrato de servicio de mantenimiento de zonas verdes donde se exigía, como criterio de adjudicación, la tenencia de certificados que acreditasen sistemas de gestión de calidad y de gestión ambiental. Concluyó que ni la memoria, ni el informe del órgano de contratación justificaron su vinculación directa al objeto del contrato y, en

Frente a esta postura doctrinal asentada, la Resolución 185/2017 del TACPM de 21 de junio de 2017 admitió, basándose exclusivamente en el contenido de la Directiva 24/2014/UE, la incorporación de un certificado ISO 9001 en pliegos como criterio de adjudicación y no como condición de solvencia técnica: *«[...]Actualmente el artículo 67.2 a) de la Directiva 2014/24/UE establece que entre los criterios de adjudicación del contrato se podrán incluir, entre otros, la calidad, incluido el valor técnico de la prestación. En este caso, la calidad valorada se refiere a la prestación y no a la empresa por lo que debemos considerar que es admisible su inclusión como criterio de adjudicación y debe desestimarse el motivo de recurso [...]»*.

Y vigente ya la LCSP, sienta doctrina reciente sobre las circunstancias en que se considera admisible los sistemas de calidad y, en concreto, los sistemas de gestión medioambiental como criterios de adjudicación, la Resolución 976/2020 de 11 de septiembre de 2020 del TACRC⁶³.

Actualmente, la Resolución 456/2019, del TACRC de 30 de abril, viene a resumir la hermenéutica imperante al respecto: *«[...] Es cierto que la evolución del ordenamiento de la Unión Europea y, en especial, la de la nueva Ley 9/2017 en materia de contratación pública, ha determinado la necesidad de matizar la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión controvertida, en concreto sobre la posibilidad de configurar la disponibilidad de un certificado ISO no solamente como criterio de solvencia empresarial sino también como criterio de adjudica-*

ese caso, su posesión no afectaba al rendimiento de la prestación contratada, por lo que proscribió su uso como criterio de adjudicación medioambiental. O las Resoluciones 1245/2021 de 23 de septiembre de 2021 y 1003/2021 de 2 de septiembre de 2021 del TACRC: *«La posesión de determinadas certificaciones de calidad, como criterio de adjudicación, no es conforme a Derecho, al referirse a aspectos de la estructura organizativa de la empresa, sin que su posesión afecte al rendimiento de la prestación, falta de vinculación con el objeto del contrato.»* La Resolución 474/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 18 de noviembre sobre un contrato de servicios continua esta tradicional postura: *«.../... este Tribunal viene reiterando la imposibilidad de utilizar certificados de calidad como criterios de adjudicación, debiendo ser empleados los mismos como criterios de solvencia, tal y como se regulan en la LCSP...»*, y la Resolución 228/2021 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 14 de julio relativa a un contrato de servicio de transporte escolar en donde afirma: *«Así las cosas, el criterio controvertido que puntúa que las empresas licitadoras dispongan, entre otros, de certificados ISO referidos a los sistemas de gestión de la calidad (9001 y 14.001), no constituye un criterio válido para la valoración de las ofertas y la adjudicación del contrato porque se refiere a la empresa en su conjunto, y no tienen relación directa con la prestación objeto del contrato (por todas la Resolución núm. 456/2019). Sobre el tema de los certificados ambientales, hay que añadir que, en todo caso, se debe posibilitar la aportación de la equivalencia de los mismos (Resolución núm. 290/2020, por todas).»*.

63. Resolución 976/2020 de 11 de septiembre de 2020 del TACRC: *«Abora bien, para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que claramente vinculados con el objeto del contrato, en el sentido en que la resolución citada —y otras muchas— interpretan la concurrencia de esta vinculación: cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Y sobre este particular el órgano de contratación no expone en su informe una justificación de la vinculación que cada uno de los certificados exigidos tiene con el objeto del contrato sino que considera que, al tratarse de un suministro y no de un servicio, esta vinculación se da de forma necesaria en la medida en que los certificados exigidos evalúan la buena praxis medioambiental en el proceso de fabricación, producción y transporte del producto que se va a adquirir; lo que está inscrito en el ciclo de la vida del mismo.»*

ción. Ahora bien, para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que claramente vinculados con el objeto del contrato, en el sentido [...] de que se interpreta [...] la concurrencia de esta vinculación: cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. [...]».

A modo de resumen, tras las postreras resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales nos encontramos en un dilema doctrinal dicotómico en el que, atendiendo a la casuística, ya no está definitivamente proscritos, como criterio de adjudicación, la valoración de los sistemas de gestión medioambiental en las ofertas de los licitadores. Por ello, es admisible la posibilidad de utilizar los mismos cuando estén manifiestamente vinculados al objeto del contrato y siempre que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta, lo cual implica que los aspectos ambientales deben integrarse en la propia prestación contratada admitiendo una evaluación cotejada del nivel de calidad ambiental entre las ofertas presentadas.

3.3. Doctrina sobre condiciones especiales de ejecución

Tras estos años de vigencia de la LCSP, nos enfrentamos ante el reto de continuar analizando las novedades interpretativas que han acaecido en el marco de la licitación pública en relación con los SGMA de los operadores económicos en los contratos públicos.

Habíamos iniciado el análisis desde el origen de los medios de acreditación de la solvenia técnica o profesional tal y como se recoge en el artículo 60.4, relacionado con el apartado g) de la parte II del Anexo XII de la Directiva 2014/24/UE sobre: *«indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato»*. Y reténgase su literalidad, pues no menciona el sistema de gestión medioambiental como el aseguramiento de la capacidad ambiental del operador económico en fase de selección o licitación, sino como medidas a aplicar durante la fase de ejecución del contrato.

Esto supone el inicio de una buena amistad entre los sistemas de gestión medioambiental y las condiciones especiales de ejecución en tanto que, al albur del contenido del artículo 202 de la LCSP, la utilización de herramientas que minoren el impacto ambiental durante la ejecución del contrato podría basarse en la implantación de sistemas de gestión ambiental por parte del contratista⁶⁴.

A modo de ejemplo, el típico supuesto de contrato de servicios de limpieza y mantenimiento de un edificio público con certificado EMAS (Véase el caso del

64. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M. (2021): Condiciones de ejecución de carácter ambiental «versus» habilitación para ejercer una actividad (STJUE 8 julio 2021, Sanresa, C-295/2020)10/09/2021 Observatorio Contratación Pública, 9 de septiembre de 2021. Resolución 44/2018 del OARC / KEAO de 26 de marzo: *«A juicio de este OARC / KEAO, la contradicción debe salvarse en el sentido de entender que el citado requisito es [de contar con la certificación ISO 14001], en realidad, una condición técnica de la ejecución del contrato, exigible al contratista, y no un criterio de solvenia que se pide al licitador para ser admitido al procedimiento.»*.

Palacio de Cibeles del Ayuntamiento de Madrid) en cuyos pliegos ya se contemplan la ejecución del servicio adaptada a los protocolos e indicadores ambientales del certificado EMAS implantado en ese equipamiento público. La exigencia como una condición especial de ejecución relativa a las tareas de limpieza y mantenimiento del edificio conforme a estándares ambientales que coadyuven a mantener la acreditación anual de la certificación EMAS del edificio puede considerarse vinculada al objeto del contrato y de todo punto razonable su exigencia, sobre todo para el responsable del contrato y para el gestor ambiental del edificio, al compartir objetivos comunes de mejora ambiental del edificio público certificado.

Y por ello, es necesario reforzar su vinculación con el objeto del contrato pues, en caso contrario, la confusión en su configuración como posible condición especial de ejecución puede resultar evidente, como se refleja en diferentes resoluciones de Tribunales administrativos de contratación pública.

IV. APLICACIÓN SIMULTÁNEA DE SOLVENCIA TÉCNICA AMBIENTAL, PRESCRIPCIÓN TÉCNICA AMBIENTAL Y CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN AMBIENTAL: CASO 927/19, SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2021 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA «CASO KLAIPÉDA»

En este epígrafe se analiza una de las opciones más complejas y a la vez más entretenidas de la contratación pública ambiental en la actualidad. Parece la trama de la comedia cinematográfica de los años 70 *«La vida de Brian»* de los Monthly Python en donde el protagonista aparece simultáneamente en los entornos más insospechados del metraje.

La trama se desarrolla en el proceso litigioso ante el TJUE relativo a un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de servicios de recogida y transporte de residuos urbanos del municipio de Neringa (Lituania) a las instalaciones de tratamiento del vertedero de la región de Klaipéda en Lituania, cuya profusa sentencia del Tribunal Europeo de 7 de septiembre de 2021, contiene once cuestiones prejudiciales, siendo las que aquí nos interesan, las cuestiones prejudiciales primera, segunda y tercera⁶⁵.

En este supuesto, el poder adjudicador incorporó una serie de especificaciones técnicas entre las que destaca la cláusula ambiental relativa a las emisiones contaminantes de los vehículos asignados a la recogida de residuos municipales. Se incorporó dentro del PPT como especificación técnica ambiental formulada

65. Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2021 relativo al litigio entre Klaipédos regiono atlieku tvarkymo centras UAB (Centro Regional de Gestión de Residuos de la Región de Klaipéda, Lituania) y Ecoservice Klaipéda UAB, relativo a la adjudicación de un contrato público de recogida y transporte de residuos urbanos a una agrupación de operadores económico Asunto c-972/19, «Caso KLAIPÉDA».

en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, referidas a la norma Euro 5⁶⁶. En el anuncio de licitación de este contrato, conforme figuraba en el PCAP, también se insertó y publicitó una descripción de la solvencia técnica y profesional ambiental.

El órgano judicial letón que eleva al TJUE las cuestiones prejudiciales señaló que algunos de los requisitos de calificación de los licitadores que figuran en el anuncio de licitación podrían entenderse también como requisitos relativos a la solvencia económica y financiera del operador económico y como requisitos de capacidad técnica y profesional de éste, pero también como especificación técnica y como condición especial de ejecución.

En la cuestión prejudicial segunda si bien afecta a la solvencia económica o financiera de los licitadores tiene una trama secundaria al entender que, cuando se solicita un volumen de negocios mínimo, de modo expreso y concreto, dentro del ámbito al que se refiere el contrato, se persigue una doble finalidad, asegurar la viabilidad financiera del operador económico y demostrar la capacidad técnica y profesional. El operador que pretenda invocar ingresos percibidos por una UTE habrá de demostrar que ha contribuido efectivamente en la realización de una actividad análoga a la que es objeto del contrato respecto del cual dicho operador económico pretende demostrar su solvencia económica y financiera. Por consiguiente, si ha obtenido ingresos en una UTE y ha contribuido efectivamente en la ejecución de contratos de recogida de residuos urbanos, podrá demostrar la capacidad suficiente al presentar las certificaciones con el importe de aquellos contratos análogos.

La cuestión prejudicial tercera relativa a la simultánea utilización de una prescripción técnica ambiental como solvencia técnica ambiental, visualiza claramente la interrelación entre especificación, solvencia técnica y condición especial de ejecución en los considerandos 84 y 85: *«[...] procede considerar que la Directiva 2014/24 no excluye que las prescripciones técnicas puedan entenderse a la vez como criterios de selección relativos a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato, en el sentido, respectivamente, del artículo 58, apartado 4, del artículo 42 y del artículo 70 de dicha Directiva[...].»*

Y argumenta *«[...]Por lo que atañe a los criterios de selección relativos a la «capacidad técnica y profesional» de los operadores económicos en el sentido del artículo 58, apartado 4, de la Directiva 2014/24, procede señalar que entre los medios de prueba de dicha capacidad, enumerados en el anexo XII, parte II, de*

66. La normativa europea sobre emisiones de vehículos mide los niveles de contaminación, entre otros, procedentes de emisiones de monóxido de carbono (CO), óxidos de nitrógeno (NOx), emisiones combinadas de hidrocarburos y óxidos de nitrógeno y partículas procedentes de los vehículos diésel, gasolina, gas natural o GLP (como por ejemplo el Reglamento (UE) 2017/1154 de la Comisión Europea de 7 de junio de 2017 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6)). La norma Euro 5 supone una disminución de la cantidad de emisiones de estos contaminantes emitidos por los vehículos de motor respecto de la norma Euro 4.

esa Directiva, figuran en las letras g) e i), respectivamente, la «indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato» y una «declaración sobre la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá el prestador de servicios o el contratista para ejecutar el contrato[...].»

La especificación técnica relativa a la asignación de los vehículos de recogida de residuos cumpliendo la norma Euro 5 se refiere a los recursos técnicos del que dispondrán los operadores económicos y, consecuentemente está relacionada con los criterios de selección relativos a la capacidad técnica y profesional conforme a lo que prevé el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24, en la medida en que los pliegos imponen, concretamente, como capacidades técnicas de los licitadores disponer en el momento de ejecutar el contrato de los medios técnicos ambientales previstos en dicha cláusula ambiental aplicada a los vehículos.

Por su parte, respecto a la especificación técnica en el sentido del artículo 42.3 de la Directiva 2014/24/UE está formulada en términos de rendimiento ambiental en cuanto que concreta el tipo de vehículo que exige, cual es el comportamiento ambiental de los vehículos que debe asegurar los mínimos niveles de emisiones contaminantes, y como remate, determina cual es el método de verificación de los niveles de comportamiento ambiental y climático de los vehículos, esto es, la exigencia de la norma Euro 5.

En resumen, el poder adjudicador explica que quiere (vehículos de recogida de residuos urbanos), cual es el vector ambiental protegido (calidad del aire: emisiones de CO₂), cómo (a través del sistema de certificación de vehículos normas Euro), cuanto lo quiere (norma Euro 5 o semejante) y cuál es el método de verificación de dicha exigencia ambiental (Ficha técnica del vehículo con norma Euro 5).

Dado que establecen prescripciones técnicas ambientales relativas a la innovación y al medio ambiente también pueden estar comprendidas en el concepto de condiciones de ejecución del contrato en el sentido del artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE, siempre que se desprenda de la documentación relativa a la licitación como condición que ha de cumplir el adjudicatario en fase de ejecución del contrato. Parece obvio que si se exige un determinado tipo de vehículo ambientalmente mejorado (norma Euro 5), sea este tipo de vehículos y no otro, el que se conduzca para la recogida de los residuos urbanos en la fase de ejecución.

Como conclusión, cabe confirmar que un requisito contenido como prescripción técnica ambiental en el PPT, puede calificarse de criterio de solvencia ambiental relativo a la capacidad técnica y profesional, de especificación técnica o, incluso, de condición especial de ejecución, y en principio no se opone al derecho de la Unión Europea, que las prescripciones que concreten el rendimiento ambiental de los vehículos que se vayan a utilizar para prestar el servicio objeto de contrato, se impongan en el marco de la licitación siempre que respeten los principios fundamentales de la contratación pública previstos en el artículo 18 de esta Directiva 2014/24. Como colofón, la cuestión prejudicial tercera dispone: *«[...]Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los*

artículos 58, apartado 4, 42 y 70 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse simultáneamente a una prescripción técnica contenida en una licitación. [...]»

V. CONCLUSIONES

La solvencia técnica ambiental de los operadores económicos ha de cumplir con idénticos principios y condicionantes del resto de solvencias prevista en la LCSP.

En fase de diseño y preparación del expediente de contratación, se ha incorporar, en la correspondiente cláusula del PCAP relativa a la solvencia técnica o profesional, tres tipos de información diferenciada: el requisito o condición de solvencia técnica, el umbral o mínimo exigido a los licitadores y cuáles serán los medios de acreditación de dicha solvencia.

Se ha de tener siempre presente que la configuración de la solvencia técnica o profesional podría limitar la concurrencia a cualquier licitación al adicionar la capacidad ambiental y por ello, los órganos de contratación habrán de atender a un mayor nivel de precisión y motivación que justifique, de modo indubitado y proporcional, su incorporación en el expediente de contratación.

La interrelación entre la definición del objeto del contrato y las prescripciones técnicas ambientales incluidas en el PPT con la solvencia técnica o profesional ambiental permiten a los órganos de contratación exigir unos requisitos adicionales ambientales basados en las capacidades, experiencia, medios o recursos con las mejores técnicas, etiquetas, certificados o sistemas de gestión medioambientales disponibles en el mercado.

La tendencia doctrinal y jurisprudencial actual admite ampliar aquellos mecanismos que permiten a las empresas integrar o sumar sus capacidades ambientales o acudir a medios externos a la propia entidad licitadora a través de los principios de complementariedad de las capacidades y de funcionalidad, ampliando la concurrencia en las licitaciones públicas.

El futuro inmediato en la contratación pública ecológica demanda un cambio de ciclo en los intereses corporativos de los operadores económicos. Ello impulsará la inevitable cooperación con agentes y entidades especializadas en protección medioambiental pues éstas últimas agregarán experiencia, conocimientos y medios ambientales óptimos para cubrir los umbrales de solvencia técnica ambiental exigidos en aquellos contratos públicos que asuman el menor impacto ambiental posible.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, Compra Pública Verde, LAZO VITORIA, X (Dir.), Atelier, Barcelona, 2018.
BERNAL BREY, M.A. y NAVARRO MOLINES. (2021) «El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública», «Fondos

Europeos para la Recuperación y Resiliencia: ejecución, control y auditoría», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, pág. 217-245

COMISION EUROPEA:

- (2021) Green public procurement and European label.
- (2021) Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas— 2ª edición, Diario Oficial de la Unión Europea, 18.06.2021.

FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2021): «Unión Europea: la propuesta de Octavo Programa Ambiental y el desarrollo del Pacto Verde Europeo, en tiempos del coronavirus», *Observatorio de políticas públicas ambientales*, CIEDA-CIEMAT pág. 48-71.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2021): «Acumulación de solvencia técnica de las UTEs», *Contratación Administrativa Práctica*, núm.176, noviembre-diciembre 2021 Wolters Kluwer.

GIMENO FELIU, J.M. (2021): «La calidad en la contratación pública como nuevo paradigma. El contexto de los fondos europeos como elemento para el bing bang», *Observatorio Contratación Pública*, 2 noviembre 2021.

- (2021): «El Tribunal Supremo fija jurisprudencia en relación a la exigencia de acumulación de solvencia en la contratación pública», *Observatorio Contratación Pública* 7 septiembre 2021.
- (2019): La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

GREEN BUILDING COUNCIL España (2021): Informe País GBCe 2021 «Sobre el estado de la edificación sostenible en España», versión revisada, diciembre.

LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra Pública Verde* (Dir.), Atelier, Barcelona.

- (2021): «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», *Observatorio de los contratos públicos 2020*, C. de Guerreiro (Coord.) y J. Mª Gimeno Feliú (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, págs. 177-204.

LESMES ZABALEGUI, S. (2018): *Guía de compra pública responsable y del fomento de la contratación pública de entidades y empresas de la economía social: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Ed. *Confederación Empresarial Española de la Economía Social* (CEPES).

MINISTERIO PARA LA TRANSICION ECOLÓGICA Y RETO DEMOGRÁFICO: (2021): *Guía para el cálculo de la huella de carbono y para la elaboración de un plan de mejora de una organización*, NIPO: 280-14-241-8.

- (2021): *Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente*, Madrid.

MORENO MOLINA, J.J. (2021): «Condiciones de aptitud. Exigencia discriminatoria de autorización nacional. Principio de Confianza legítima. Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala Cuarta) Sentencia 20 de mayo de 2021 Riigi Tugiteenuste Keskus, asunto C-6/20», *Contratación administrativa práctica*, núm. 176, noviembre-diciembre, Wolters Kluwer, La Ley.

- 2020: «Acreditación de la solvencia y posibilidad de subsanar los defectos formales en la documentación aportada por los licitadores», El Consultor Contratación Administrativa, WoltersKluwer, La Ley, 3 febrero 2020.
- MOREO MAROIG, T (2022) ponencia «Fondos Next Generation UEy el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH)», ECO-TALKS: Focus on sustainable public procurement, Dir. VITORIA LAZO, X., Grupo de Investigación Compra Pública Verde, Universidad de Alcalá de Henares, 5 mayo 2022.
- PEREZ DELGADO, M., RODRIGUEZ PEREZ, R. (2021): «Doctrina sobre la solvencia técnica y sobre el error en la oferta», *Contratación Administrativa Práctica*, núm.172, marzo-abril, Wolters Kluwer, La Ley.
- (2022): «La experiencia como solvencia, exigencia de 20 años en el ejercicio de una profesión» *Contratación Administrativa Práctica*, núm.177, enero-febrero, Wolters Kluwer, La Ley.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (2021): «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (conocido como «DNSH») y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation», *Observatorio Contratacion publica*, 21 octubre 2021.
- (2011): Contratación pública verde, Ed. La Ley, Madrid.
- (2021): «Comprar «rápido» y «estratégicamente» en la ejecución de los fondos Next Generation. Análisis, propuestas y valoración de las medidas estatales y autonómicas para la agilización de procedimientos de contratación pública y para la utilización estratégica de las compras. La gestión contractual de los fondos del mecanismo de recuperación y resiliencia», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, pág. 155-216.
- (2021): «La condicionalidad ambiental del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la UE: el principio de «no causar perjuicio significativo», UDC, 28 de marzo 2021.
- (2022): «Medidas de contratación pública verde en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Observatorio Contratacion Publica*, 19 abril 2022.
- (2022) «La incorporación de «criterios transversales» ambientales en los procedimientos de preparación contractual para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 123, Sección «Artículos doctrinales» 3 mayo 2022.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2021): «Condiciones de ejecución de carácter ambiental «versus» habilitación para ejercer una actividad (STJUE 8 julio 2021, Sanresa, C-295/2020)», *Observatorio Contratacion Publica*, 10 septiembre 2021.
- SANMARTIN MORA, M. A. (2019): «Doctrina reciente sobre la exigibilidad de certificados de cumplimiento de normas de gestión de la calidad y gestión medioambiental», *Observatorio de contratación Pública*, 22 julio 2019.
- (2021): «Excepciones a la posibilidad de integrar la solvencia: el caso de la contratación de servicios sanitarios y recuperadores por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», *Observatorio de contratación Pública*, 28 septiembre 2021.

- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2011): «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable: Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.1, pág. 16-24.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑA, B. (2018): «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificación ambiental», *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, pág. 79-101.
- VAZQUEZ MATILLA, F.J. (2022): «Pautas prácticas para evitar la ineficiencia y la falta de concurrencia por la inadecuación de la solvencia». *Contratación administrativa práctica*, Revista de la contratación administrativa y de los ayuntamientos, núm. 177, págs. 92-109.
- (2022): «Acreditación de la solvencia por medios externos: exclusión de licitador y principio de proporcionalidad», *Contratación administrativa práctica*, Revista de la contratación administrativa y de los ayuntamientos núm. 177, págs. 209-213.
- VICENTE DAVILA, F. (2022) «¿Cómo cumplir con la evaluación del principio DNSH?: un tema clave en la contratación pública Next Generation EU», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 21, págs. 5-20. diciembre 2021.

LAS ETIQUETAS AMBIENTALES EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA HERRAMIENTA PARA SIMPLIFICAR Y DOTAR DE SEGURIDAD JURÍDICA A LA INTEGRACIÓN DE CONSIDERACIONES AMBIENTALES EN LA PREPARACIÓN CONTRACTUAL

J. José Pernas García.

Profesor titular de Derecho administrativo

Universidade da Coruña

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. 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 en la LCSP. 2. La exigencia o el fomento del uso de etiquetas ambientales en la normativa sectorial comunitaria. 3. La definición de «etiqueta» y las condiciones para su utilización como referencia en la fase de preparación contractual. 3.1. *Definición de etiqueta.* 3.2. *Requisitos que deben cumplir las etiquetas utilizadas como referencia.* 4. Las etiquetas ambientales como medio de prueba de cumplimiento de las cláusulas o criterios ambientales. 4.1. *Consideraciones generales.* 4.2. *Las ecoetiquetas como un medio de prueba de cumplimiento del principio de «no causar daño significativo» (DNSH) en la gestión contractual de los fondos Next Generation.* 5. Sobre la posibilidad de utilizar las etiquetas ambientales en la determinación de prescripciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución del contrato. III. LÍMITES 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. 2. Cómo pueden determinarse criterios o cláusulas contractuales por referencia a un concreto sistema de etiquetado. 2.1. *La doctrina de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012: la exigencia de indicación expresa en los pliegos de las características ambientales detalladas derivadas de un sistema de etiquetado determinado.* 2.2. *Las previsiones de la Directiva 2014/24: simplificación de la definición de cláusulas y criterios técnicos contractuales por referencia a etiquetas*

sociales o ambientales. 2.3. La obligación de la LCSP de detallar en los pliegos las características y requisitos técnico-ambientales que se desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

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 debe 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, 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 demanda 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).

La necesidad de acoger, de modo definitivo, esta aproximación estratégica se ha puesto en evidencia en el contexto de la pandemia, que ha puesto en evidencia algunos factores que debilitan nuestros niveles de resiliencia social frente a los riesgos. Como ha indicado el profesor GIMENO, nos encontramos en una contexto, en que «[f]rente a inercias o dogmatismos, la situación «global» obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importante las nuevas tecnologías, como los modelos blockchain), que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial»¹.

1. GIMENO FELIU, J.M., «El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro», *Ius et veritas*, núm. 62, junio 2021, p. 62. Sobre los retos actuales de la contratación

Con todo, 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, en buena medida, de los conocimientos y de la experiencia para llevar a cabo la integración de criterios ambientales en la fase de preparación contractual.

Además, a estos se suma, la existencia de un marco jurídico que no articula y desarrolla adecuadamente la genérica obligación de integración de consideraciones ambientales en la contratación pública (art. 1.3, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP); que, más allá de algunas normas específicas, no concreta dicha exigencia genérica en criterios y cláusulas específicas obligatorias, vía reglamentaria. Tampoco se opta igualmente por una alternativa más flexible, pero con un elevado potencial de impacto transformador, como es el desarrollo de documentos técnicos de referencia de compra verde de obligada consideración en la fase de preparación contractual.

Los riesgos mencionados, las carencias de marco jurídico y técnico, la falta de conocimientos en los órganos de contratación sobre cómo llevar a cabo la integración de consideraciones estratégicas y las urgencias del día a día que se suplen recurriendo al refugio de las inercias administrativas inhiben el desarrollo de la contratación pública verde y socialmente responsable. 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 2014/24² y la LCSP otorgan mayor claridad en el uso de instrumentos de mercado, como las etiquetas ambientales o sociales o los sistemas de gestión³, como medios objetivos, seguros y transparentes para integrar consideraciones ambientales o sociales en diferentes fases del procedimiento.

pública, véase igualmente MEDINA ARNAIZ, Teresa, «Los retos de futuro en la contratación pública en clave europea», en GIMENO FELIU, J.M. (dir.), DE GUERRERO MANSO, Carmen (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, 2021.

2. Sobre la Directiva 2014/24, véase GIMENO FELIÚ, J. M., *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)*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2014.

3. Sobre el recurso a los sistemas de gestión ambiental, como herramienta para la acreditación de la solvencia técnica ambiental, véase el completo trabajo de VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., GÓMEZ FARIÑAS, B., «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde* (ed. 1ª), Atelier, 2018, y su revisión en esta misma obra.

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 en la LCSP

La Directiva 2014/24⁴ 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 Directiva 2014/24 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 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. Simplemente capacita a los poderes adjudicadores para que puedan utilizarlas como una herramienta segura para la integración de consideraciones sociales y ambientales en la fase de preparación contractual y para la articulación de criterios objetivos de adjudicación estratégicos y para la definición de medios de prueba de cumplimiento de las condiciones estratégicas de 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

4. Sobre un análisis general de la integración de las consideraciones ambientales en la Directiva 2014/24, véase FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta» en RAZQUIN LIZARRAGA, M., Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente, Aranzadi, 2017.

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 comunitario⁵.

2. La exigencia o el fomento del uso de etiquetas ambientales en la normativa sectorial comunitaria

Más allá de este enfoque general de carácter voluntario, debemos destacar que 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 unos requisitos de eficiencia energética no menos exigentes que las especificaciones comunes para contratos públicos de suministro sometidos a regulación armonizada. También se establece que los Estados miembros alentarán a los poderes adjudicadores a escala regional y local a que apliquen tales requisitos. (art. 6)⁶.

Tras las previsiones iniciales de la Directiva 2010/30/UE⁷, la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética dispo-

5. Véase ec.europa.eu/environment/gpp, visto a 25 de febrero de 2022.

6. Dicha previsión fue introducida por el Reglamento (UE) n° 174/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de febrero de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 106/2008 relativo a un programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos.

7. 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 disponía 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 dejaba 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 fue desarrollada por Reglamento delegados específicos que regulan los pormenores relativos al etiquetado y la ficha para cada tipo de producto, y transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto 1390/2011, de 14 de octubre, que sigue en vigor. Nos interesa destacar que esta disposición establecía 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

ne que los Estados miembros garantizarán que las Administraciones centrales adquieran solamente productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida en que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente, según lo indicado en el anexo III (art. 6.1)⁸. Así, de acuerdo con las premisas indicada y lo indicado anexo III, las Administraciones centrales «deberán» «adquirir productos de equipo ofimático cubiertos por la Decisión 2006/1005/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa a la celebración del 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, que cumplan requisitos de eficiencia energética no menos exigentes que los indicados en el anexo C del Acuerdo adjunto a dicha Decisión» (anexo III, ap. c); y «adquirir solo neumáticos que cumplan el criterio de tener, en términos de consumo de carburante, la clase de eficiencia energética más alta definida en el Reglamento (CE) n° 1222/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el etiquetado de los neumáticos en relación con la eficiencia en términos de consumo de carburante y otros parámetros esenciales» (anexo III, ap. d)⁹.

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)¹⁰. No parece haber que esta previsión haya tenido un amplio desarrollo. Solo nos consta la reciente aprobación un manual dirigido a poderes adjudicadores y basado en criterios de la ecoetiqueta comunitaria¹¹.

Además, la norma comunitaria establece que «los Estados miembros fomentarán el uso del «Manual para las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos», y «considerarán, por ejemplo, la posibilidad de fijar objetivos

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). Esta Directiva fue finalmente derogada por el El 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.

8. Dicha previsión, en su redacción actual, fue introducida por la Directiva 2018/2002, de 22 de diciembre de 2018, por la que se modifica la citada Directiva 2012/27.

9. El anexo III añade que este requisito no impedirá que los organismos públicos adquieran neumáticos de las clases más altas de adherencia en superficie mojada o de ruido de rodadura externa, cuando ello esté justificado por razones de seguridad o salud pública.

10. 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).

11. *Manual for authorities awarding public contracts, based on the EU ecolabel criteria. For the procurement of printed paper, stationery paper and paper carrier bag products*, Joint Research Centre, octubre de 2021.

para la adquisición de productos que cumplan con los criterios especificados en dicho Manual» (artículo 12.3, Reglamento 66/2010). El Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (CE) n°. 66/2010 del Parlamento Europeo, no hace referencia a los citados manuales, ni establece objetivos para la adquisición de productos que respondan a los criterios fijados en ellos. Solo dispone que «las Administraciones públicas, en sus respectivos ámbitos de competencia, dispondrán lo necesario para que la etiqueta ecológica de la Unión Europea sea tenida en cuenta en la legislación y las políticas medioambientales y en particular, en los procedimientos de contratación pública.».

Esta norma reglamentaria introduce una exigencia de toma en consideración de la etiqueta ecológica en los procedimientos de contratación. Con todo, la estrategia normativa para la consecución de dicho objetivo no parece la más idónea, por lo que no podemos esperar un impacto reseñable en la actividad de los órganos de contratación. Si aspiramos a que este tipo de «pildoras» jurídicas de impulso de la compra verde en la legislación sectorial, impulsadas desde las administraciones ambientales, tengan algún efecto en los procesos de preparación contractual de los órganos de contratación, deberíamos introducir este tipo de previsiones, con mayor precisión técnica, en la Ley de contratos del sector público. De lo contrario serían meras previsiones normativas genéricas de una débil voluntad política, con escasa relevancia práctica.

3. La definición de «etiqueta» y las condiciones para su utilización como referencia en la fase de preparación contractual

3.1. Definición de etiqueta

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» (art. 127.1). 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 prestación¹².

12. Los sistemas de ecoetiquetado se componen de tres elementos: el estándar; el certificado; y la etiqueta o logotipo. El estándar ambiental hace referencia a la lista de criterios técnicos que deben de cumplir los productos o servicios para obtener la etiqueta. La certificación es «la evaluación y acreditación de que los productos realmente cumplen con los requisitos establecidos en el estándar». «Por último, los productos que han obtenido la certificación pueden marcarse con la etiqueta o logotipo del sistema de certificación para visualizar el cumplimiento con el estándar». Así, para definir las características ambientales de una prestación en los pliegos podremos acudir al estándar del sistema de etiquetado, mientras que para verificar o acreditar el cumplimiento de este estándar por los licitadores o contratistas podremos recurrir a los certificado o logotipos. Véase una explicación

Ni la Directiva 2004/18 ni el TRLCSP aludían a las etiquetas sociales o de comercio justo¹³, como elemento de apoyo para hacer efectiva la «contratación pública socialmente responsable»¹⁴. 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 a las etiquetas sociales¹⁵, 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 derivada ahora de su aplicación práctica, ya que los criterios de concesión de las etiquetas sociales pueden estar más vinculados al comportamiento de la empresa, que a las características intrínsecas o al proceso o método de producción del producto o servicio.

Son admisibles todo tipo de etiquetas ecológicas¹⁶. Es posible acudir a cualquier clase de etiqueta, sin limitaciones territoriales ni referidas al origen público o privado, así como utilizar etiquetas multicriterio¹⁷ —el tipo más habitual—,

más pormenorizada en IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020, p. 5 y ss.

13. 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).

14. 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).

15. 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).

16. Véase una explicación general sobre las etiquetas ambientales en LOZANO CUTANDA, B., ALLÍ TURRILLAS, Juan-Cruz, Administración y legislación ambiental, Dykinson, 2020, p. 352; SANTAMARÍA ARINAS, René, Curso básico de Derecho Ambiental General, 2ª ed., IVAP, 2019.

17. 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).

de criterio único¹⁸, sectoriales específicas¹⁹ o de productos clasificados²⁰. También es posible recurrir a sistemas tanto de etiquetado obligatorio²¹, como voluntario —como es el caso de las etiquetas Tipo I (ISO 14024)²² u otras similares (denominadas semitipo I)²³—.

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.

18. 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 (COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre contratación pública ecológica*, 3ª edición, 2016, p. 19).

19. 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*).

20. 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 ejemplos cabe citar a la etiqueta energética de la UE, que clasifica productos relacionados con el consumo energía según su eficiencia energética (COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre contratación pública ecológica*, 3ª edición, 2016).

21. Son etiquetas normativas, reguladas por normas europeas o estatales, que deben de poseer todos los productos que se encuentran en su ámbito de aplicación, como ocurre, por ejemplo, con el etiquetado de eficiencia energética de electrodomésticos, los pictogramas de peligro sobre concentración de sustancias peligrosas en determinados productos, las etiquetas de consumos y emisiones de CO₂ de vehículos y furgonetas y el etiquetado de neumáticos. Estas etiquetas son «fáciles de usar ya sea como especificaciones técnicas o criterios de adjudicación», y son «fáciles de presentar por las licitadoras como medio de prueba de conformidad» (IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020, p. 14).

22. 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). Véase, ejemplos de etiquetas tipo I, como la ECOLABEL comunitaria y de su aplicación práctica en la contratación práctica, en IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020, p. 14.

23. Entre las etiquetas semitipo I podemos citar etiquetas privadas, como los programas de certificación en materia de silvicultura (*Forest Stewardship Council*, FSC) o el programa para la Aprobación de la Certificación Forestal (*Programme for the Endorsement of Forest Certification*, PEFC), o etiquetas públicas, como las etiquetas de agricultura biológica. Véase, ejemplos de etiquetas semitipo I, como la ECOLABEL comunitaria y de su aplicación práctica en la contratación práctica, en IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020.

3.2. Requisitos que deben cumplir las etiquetas utilizadas como referencia

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, 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). 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 podrán utilizar aquellas especificaciones que estén vinculadas con el objeto del contrato. No se podrán usar las que estén ligadas al comportamiento del productor²⁴, que forman parte de algunas ecoetiquetas. En este sentido, mencionamos, entre otras, la Resolución 1185/2017 del TARC que anula «un criterio de valoración consistente en el suministro de energía de origen renovable, valorable según acreditación expedida por la CNMC para garantías de origen de energía renovable, que atiende no a la energía que la empresa vaya a suministrar en ejecución del contrato, sino al mix de comercialización de ejercicios anteriores»²⁵.

24. 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). Con carácter general la Resolución 256/20187 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, apunta sobre la vinculación con el objeto del contrato lo siguiente: «El requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido 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 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». Véase también la Resolución 998/2019, de 6 de septiembre de 2019, del TARC.

25. Véanse igualmente las Resoluciones 1148/2017, de 1 de diciembre, 684/2020, de 19 de junio de 2020. Véase igualmente la Resolución 256/2017, de 19 de septiembre, del Tribunal Administrativo

- 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. 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. No podrá recurrirse a los sistemas nacionales de etiquetado que puedan 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. Ni Directiva ni la LCSP dicen cómo puede acreditar el órgano de contratación el cumplimiento de dicho requisito; labor que no parece fácil de llevar a la práctica²⁶, especialmente cuando hablemos de criterios de base científico-técnica, cuya incidencia distorsionadora del mercado no siempre es evidente.

de Contratación de la Comunidad de Madrid, y la Resolución 35/2018, de 9 de mayo, del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León. La Resolución 684/2020, de 19 de junio de 2020, del TARC, considera inválida la utilización de criterios de valoración por referencia a los certificados de garantía de origen, de acuerdo con los criterios indicados, pero estima posible la inclusión de una condición especial de ejecución, referida a la «reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero», certificado mediante «garantías de origen correspondientes al 100% procedentes de energía renovables de la energía suministrada en este contrato, certificado por la CNMC». Véase igualmente la interesante resolución 33/2019, de 11 de febrero, del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la que se analiza la validez de establecer cláusulas que aluden al etiquetado de electricidad, regulado en la Circular 1/2008 de la CNE, cuyo objetivo es informar a los clientes finales sobre la empresa comercializadora con la que contratan y no sobre la energía que le suministran bajo el contrato: «además de que, como ya se ha dicho, la etiqueta A [otorgada por la CNMC] no acredita que toda la energía comercializada por una empresa sea de origen íntegramente renovable, la cláusula no es aceptable por incumplir este precepto, que establece que la condición especial debe estar vinculada con el objeto del contrato, en el sentido expresado por el artículo 145.6 de la LCSP. Esta vinculación requiere, en síntesis, que la condición se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Dado que la etiqueta A se obtiene en razón de las características de la energía comercializada en un periodo necesariamente anterior al inicio de la vigencia del contrato, no puede referirse a la energía suministrada en virtud del contrato; incluso en el caso de que la intención de la cláusula fuera que el contratista asumiera la obligación de volver a conseguir la etiqueta para periodos sucesivos seguiría sin cumplirse el requisito de vinculación con el objeto, pues para cumplirla la empresa tendría que seguir una determinada política comercial global, y no solo en el ámbito del contrato. En este sentido, si lo que se quiere es verificar que la energía suministrada en el marco del contrato es íntegramente de origen renovable, el cauce adecuado es el sistema de garantías de origen, que es precisamente lo que recoge el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato en su apartado 1 (ver, por ejemplo, el apartado c) del Fundamento Jurídico Octavo de la Resolución 160/2018 del OARC/ KEAO)». En este mismo sentido, véase la Resolución 256/2017, de 19 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación de la Comunidad de Madrid

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

- 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 nacional²⁷. No es fácil valorar, en algunos casos, en qué medida ha habido una participación activa y real en el procedimiento de determinación de los criterios de otorgamiento de la etiquetas ambientales, que permita tomar en consideración todos los intereses en presencia y que evite dar preferencia a los sectores productivos locales²⁸.
- En cuarto término, que sean «accesibles a todas las partes interesadas» (art. 127.2, letra d). Los procedimientos de obtención de los citados certificados no deben contener requisitos de naturaleza discriminatoria, que impidan el acceso de determinadas empresas interesadas por razón de la nacionalidad o por criterios restrictivos no justificados sobre la base de consideraciones sociales o ambientales. Además, en este sentido es esencial que las normas para la concesión de la ecoetiqueta estén publicadas en medios de acceso fácil y directo para los operadores. Las reglas deberían ser fáciles de interpretar y aplicar, así como emplear conceptos científico-técnicos comprensibles por los operadores económicos en la Unión Europea²⁹. Con relación al requisito de la accesibilidad, cabe llamar la atención sobre el hecho de que determinados sistemas de etiquetado pueden dejar de estar operativos en el mercado. Esto puede provocar que haya empresas que disponen del certificado, mientras que otras ya no podrán obtenerla al no estar accesible el sistema. Esta cuestión se plantea en la resolución 1235/2020 del TARC. El recurrente indica que la etiqueta utilizada como referencia (*Energy Stars SU-US*) expiró en 2018, y que, con posterioridad a dicha fecha, los fabricantes europeos no pueden adherirse a dicho sistema. Por ello, entiende que se produce la vulneración de los principios rectores de la contratación pública, concretamente la libertad de concurrencia y la igualdad de trato³⁰. También alega que las tres

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

28. Ídem, pp. 428 y 429.

29. Ídem, p. 429.

30. Esta misma cuestión se analiza en la Resolución 786/2019, de 11 de julio, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el Acuerdo 117/2019, de seis de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón. La Resolución 786/2019 del TARC, previa a la indicada en el texto principal, llega a una conclusión diferente: «hay que partir de un dato cierto e indiscutible: las prescripciones técnicas del pliego han sido formuladas con una patente infracción del artículo 126.6 LCSP al no incorporar la mención «o equivalente» en ninguna de las

etiquetas ambientales utilizadas como referencia solo pueden ser cumplidas por un único operador. El Tribunal destaca, para justificar la validez de dicha previsión, que el pliego acepta otros medidos equivalentes de prueba, haciendo referencia al artículo 127.3, LCSP. Además, recurre a la doctrina sobre la discrecionalidad técnica:

«Es decir, hemos de partir del principio de discrecionalidad técnica de la administración y de que este Tribunal no puede corregir o enjuiciar de forma jurídica aspectos meramente técnicos, debiendo limitarse nuestro análisis a los aspectos formales de la inclusión. De este modo, no entraremos en el contenido de las certificaciones en sí o en la equivalencia entre las mismas, si existe un solo fabricante que reúna todas ellas o si no pueden desde 2018 otorgársele a fabricantes europeos, por tratarse de circunstancias que se encuentran fuera de la esfera de conocimiento de quien resuelve.»

- 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 (o etiquetas tipo II, que define la ISO 14021) de empresas como etiquetas de referencia en la determinación de criterios o cláusulas ambientales³¹.
- 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

prescripciones cuestionadas. Tampoco se puede admitir la exigencia de una certificación que no se puede obtener por haber expirado el programa que las expedía, al desconocerse una recomendación de la Comisión Europea y vulnerarse los principios de igualdad de trato entre licitadores y libre competencia (artículo 1 LCSP). A partir de esta constatación es evidente que el pliego de prescripciones técnicas está incurso en un vicio de ilegalidad y que traslada a todos los posibles empresarios interesados en licitar la impresión de que no pueden concurrir al procedimiento de contratación si no están en condiciones de suministrar los productos de las marcas y fabricaciones exigidas por el pliego de prescripciones técnicas (...). En definitiva, por las razones expuestas, se estima el motivo en el sentido de (i) anular las prescripciones del pliego de prescripciones técnicas recurridas en cuanto incorporan referencias a marcas concretas sin incorporar la necesaria mención «o equivalente», así como la exigencia de la certificación ENERGY STAR (...).

31. En sentido contrario, sobre las autodeclaraciones ambientales, la *Guía práctica de IHPBE sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública* (2020) acoge una perspectiva distinta. Aunque no compartimos este criterio, a la luz de las previsiones del artículo 127, LCSP, la Guía indica que «su utilidad en contratación pública se reduce simplemente a medio de acreditación del cumplimiento de ciertas prescripciones contractuales siempre que recojan claramente la información específica solicitada en esas prescripciones». No ofrecen, desde nuestro punto de vista, ni garantía de que los requisitos hayan sido fijado por un tercero, ni de calidad y precisión técnica que dé solidez a la información que pretenden acreditar. Es el caso de los porcentajes de reciclabilidad de los productos, con relación a lo cual no se han fijado aún metodologías y estándares técnicos precisos.

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.

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 estos criterios³². Dentro de este tipo de etiquetas se entienden incluidas las ecoetiquetas públicas, como el ángel azul o la ecoetiqueta comunitaria, que 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 criterios³³.

Así, siendo realistas, el órgano de contratación, más que realizar una compleja verificación del cumplimiento de los requisitos del artículo 127.2, LCSP, para la cual no tendrá, en la mayoría de los casos, ni tiempo ni conocimientos ni recursos, debería limitarse a verificar si la ecoetiqueta en cuestión, que se pretende utilizar como referencia, es una etiqueta Tipo I³⁴ (o semitipo I³⁵) de acuerdo con la ISO 14024.

En todo caso, para facilitar esta labor, 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 públicos³⁶. Con todo, la ecoetiqueta comunitaria (Ecolabel) es una referencia segura de inicio³⁷, que cumple los requisitos indicados,

32. 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).

33. 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.

34. Véase, ejemplos de etiquetas tipo I, como la ECOLABEL comunitaria y de su aplicación práctica en la contratación práctica, en IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020, p. 14.

35. Véase, ejemplos de etiquetas semitipo I y de su aplicación práctica en la contratación práctica, en IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020.

36. 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.

37. El Plan de contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado indica expresamente que «se promoverá la contratación de bienes y servicios adheridos a un sistema de

para que un órgano de contratación, sin experiencia previa, pueda empezar a utilizar ecoetiquetas en la fase de preparación de los contratos públicos³⁸. Otra fórmula incluso más sencilla es la aplicación de los criterios comunes de contratación pública verde, aprobados por la Comisión Europea, ya que, en buena medida, están basados en las previsiones de los sistemas públicos de ecoetiquetado (Tipo I) existentes a nivel comunitario³⁹.

Sobre las etiquetas consideradas admisibles, es de interés la resolución 1235/2020 del TARCA. Esta analiza un recurso planteado contra unos pliegos técnicos que utilizan como referencia tres etiquetas ambientales (*Energy Star*, *EPEAT*, *Tco*), para la definición de las especificaciones técnicas que deben cumplir un determinado producto ofimático. El recurrente entiende que la exigencia acumulada de varias certificaciones o etiquetas restringe injustificadamente la competencia, al entender que solo cumplen este estándar una determinada marca de productos⁴⁰. El órgano de contratación alega que los requisitos técnicos no impiden la concurrencia, alegando que el número de ofertas presentadas, antes de la suspensión, era elevado.

El Tribunal entiende que los motivos alegados quedan desvirtuados, de acuerdo con las previsiones de la Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social:

«Esta Orden, si bien es aplicable en el ámbito subjetivo de la Administración del Estado, sí sirve como referencia para justificar la exigencia de las etiquetas o certificados requeridos en el PCAP y PPT del procedimiento impugnado, en cuanto justifica su admisibilidad, lo que excluye cualquier sospecha de arbitrariedad por su aplicación por otras entidades del sector público no estatal y por la exigencia de que los productos ofertados comprendidos en el Plan aprobado por el Consejo de Ministros citado cumplan las especificaciones técnicas exigidas en él o dispongan de las concretas etiquetas o certificaciones exigibles según ese Plan, y que son las exigidas a los equipos ofertados en el PPT de la licitación convocada y en el PPT impugnado, que prevé la alternativa de presentación de certificados o etiquetas equivalentes».

certificación ambiental, dado preferencia a Ecolabel y, en caso de no disponer de dicho distintivo para este bien o servicio en particular, optando primero por una certificación ISO y, en último término, por una declaración ambiental de producto».

38. Véase en este sentido el sitio Web de la ecoetiqueta comunitaria: <https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/products-groups-and-criteria.html>, visto a 25 de febrero de 2022.

39. Véase ec.europa.eu/environment/gpp, visto a 25 de febrero de 2022.

40. Interesa destacar que la Resolución 225/2011 del TARCA indica «que exista discriminación y se afecte a la concurrencia (...) no pueden identificarse los principios citados con la circunstancia de que algunas empresas no puedan licitar por no disponer de los productos solicitados».

El Plan de contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado⁴¹ (y entendemos que los planes o programas de contratación pública verde de las administraciones territoriales, que otros documentos técnicos de referencia, como las fichas de cláusulas ambientales para determinados contratos aprobadas por diferentes instituciones) es un parámetro para la identificación de etiquetas ambientales Tipo I, que cumplen con las exigencias de la LCSP; incluso más allá de su ámbito subjetivo de aplicación. Esta resolución pone en evidencia, como indicábamos en el epígrafe anterior, la relevancia de disponer de planes o programa de calidad y documentos técnicos de referencia por tipos de prestación, con información ambiental exhaustiva y precisa de referencia para una preparación contractual adecuada y segura.

Sobre la posibilidad de que el órgano de contratación utiliza varias etiquetas como referencia para la determinación de especificaciones técnicas de un determinado producto, la resolución 1235/2020 del TARC resuelve lo siguiente:

«En cuanto a esto, no podemos sino mantener la libertad con la que ha de contar el órgano de contratación para poder establecer en sus pliegos las especificaciones técnicas que considere convenientes, pudiendo exigir las etiquetas o certificaciones medioambientales que considere pertinentes, siempre y cuando mediante su exigencia no se vulnere normativa alguna y se permita la libre concurrencia.

Es por ello, que este Tribunal en ningún caso considera improcedente la inclusión de tres certificaciones o etiquetas medioambientales en el pliego de condiciones técnicas particulares, si el órgano de contratación lo considera pertinente».

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

4.1. Consideraciones generales

La prueba de cumplimiento de las especificaciones técnico-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. Los certificados o los logotipos de las etiquetas ambientales puede ser una forma sencilla, rápida y segura de comprobar el cumplimiento por parte de la oferta de los requerimientos o criterios ambientales contenidos en los pliegos de condiciones, cuando estos coincidan con los cri-

41. Tuvimos oportunidad de comentar el citado Plan en nuestro trabajo «Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, coord. por Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda, Alba Nogueira López, Aranzadi, 2020, págs. 873-914.

terios de concesión de las etiquetas de referencia⁴². Asimismo, las certificaciones o logotipos pueden servir igualmente de referencia para verificar que la oferta cumple con las exigencias para la aplicación de un criterio de valoración ambiental (p.e. un criterio de valoración referido al porcentaje de productos ecológicos que ofrece un licitador), o servir de prueba para validar, en la fase de ejecución contractual, el cumplimiento de una condición ambiental de ejecución por parte del contratista.

Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica o social (utilizada como referencia) se consideren acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego⁴³. Este no puede ser, sin embargo, un medio exclusivo de prueba. Deberá aceptarse cualquier otro medio de prueba adecuado.

Estos medios complementarios pueden ser un certificado o etiqueta equivalente, no identificada en los pliegos de forma expresa como medio probatorio (artículos 127.3, LCSP; 43.1, Directiva 2014/24)⁴⁴. Los poderes adjudicatarios no podrán restringir la posibilidad de utilizar certificados o etiquetas equivalentes por los operadores económicos para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, de criterios de adjudicación o de 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, lo que puede dar lugar en el futuro a una verificación más sencilla de las equivalencias por parte de los órganos de contratación⁴⁵.

Además de certificados o etiquetas equivalentes, el órgano de contratación deberá aceptar otros medios adecuados de prueba que demuestren que las

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

43. La Comisión Europea indica, con relación a las etiquetas de carácter social, que «si todos los criterios de la etiqueta cumplen estos requisitos y decide referirse a la etiqueta completa en su contratación, debe incluir una referencia precisa e inequívoca a ella en el pliego de contratación (por ejemplo, indicando la ley relevante por la que se aprobó la etiqueta o la documentación conexas), a fin de garantizar una transparencia plena» (Comunicación «Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública» (C (2021) 3573, 26 de mayo de 2021).

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

45. Véase en este sentido el contenido del artículo 11 del 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:

«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.»

obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida (artículos 127.3, LCSP)⁴⁶.

La resolución 1235/2020 del TARC analiza un recurso planteado contra unos pliegos técnicos que utilizan como referencia tres etiquetas ambientales (*Energy Star*, *Epeat*, *Tco*), para la definición de las especificaciones técnicas que deben cumplir un determinado producto ofimático. El recurrente entiende que la exigencia acumulada de varias certificaciones o etiquetas restringe injustificadamente la competencia, al entender que solo cumplen este estándar una determinada marca de productos⁴⁷. El TARC resuelve lo siguiente en torno a la exigencia de aceptación de medios equivalentes de prueba:

«Por otra parte, y después de examinar los mencionados pliegos, entendemos que no ha de acogerse una de las pretensiones aducidas por la parte recurrente puesto que los pliegos no impiden que se aporten certificaciones o etiquetas equivalentes o medios de prueba adecuados, lo que excluye la infracción invocada. No se está vulnerando lo dispuesto en el artículo 93, 126 y 127 de la LCSP.

Como se afirma en la Memoria justificativa del contrato, se pretende que se disponga de algún tipo de etiquetado ecológico o certificado que garantice una baja incidencia medioambiental, tales como la etiqueta ecológica de la UE (ECOLABEL), de conformidad con el Real Decreto 234/2013 de 5 abril, por el que se establecen normas para la aplicación 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 Unión Europea, Ángel Azul (Blaue Engel), EPEAT, TCO, o etiquetado ecológico, en el marco de las normas UNE-EN ISO 14024 y UNE-EN ISO 14021 o equivalentes, y la etiqueta «Energy Star», valorándose si el producto es más eficiente desde el punto de vista energético. Pues bien, es indudable que no excluye, sino que admite, como no puede interpretarse de otra forma, los certificados o etiqueta equivalentes a las exigidas, lo que por otra parte se corresponde con el tenor del artículo 127 de la LCSP que impone a los órganos de contratación que exijan una etiqueta específica que deberán aceptar todas las etiquetas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención de aquella. E igualmente impone al órgano de contratación que aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128 de la LCSP, que demuestren

46. Véase, en este sentido, y entre otras, las Resolución 384/2021, de 16 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y 786/2019, de 11 de julio, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; la Resolución 314/2017, de 2 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; y la Resolución 97/2013, de 21 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

47. Interesa destacar que la Resolución 225/2011 del TARC indica «que exista discriminación y se afecte a la concurrencia (...) no pueden identificarse los principios citados con la circunstancia de que algunas empresas no puedan licitar por no disponer de los productos solicitados».

que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida.

A la vista de lo expuesto, hemos de interpretar que la LCSP no impone que deba necesariamente en todo caso indicarse expresamente en los pliegos que se admitirán etiquetas o certificados equivalentes u otros medios adecuados de prueba que acrediten las especificaciones técnicas exigidas, y menos aún, que la omisión de esa indicación implique afirmar que los pliegos prohíben las etiquetas y pruebas equivalentes. Se aplica la LCSP para determinar el sentido de lo exigido en los pliegos, y dado que la norma impone al órgano de contratación que aceptará etiquetas equivalentes o medios adecuados de prueba, ha de entenderse que la sola mención de disponer los equipos ofertados de determinadas etiquetas no implica prohibición de acreditar las especificaciones técnicas exigidas mediante otras etiquetas equivalentes o medidas de prueba equivalentes, pues se impone que el órgano de contratación las tiene que aceptar. Lo que, por otra parte, se prevé en la memoria justificativa, que ha de servir para interpretar el sentido estricto de lo determinado en los pliegos.»

El TACR entiende en consecuencia que la LCSP prohíbe la exclusión expresa en los pliegos de etiquetados o medios equivalente de prueba, pero no exige la referencia expresa a la posibilidad de presentación de estos medios equivalentes por parte del licitador, ya que dicha posibilidad está reconocida por la propia LCSP.

De acuerdo con las previsiones del artículo 127.3, LCSP, no será válido un pliego que establezca la exigencia de acreditar el cumplimiento de criterios o cláusulas de los pliegos, exclusivamente mediante la etiqueta utilizada como referencia o etiquetas equivalentes. Debe abrirse la posibilidad de presentar «medios», no solo etiquetas, equivalentes⁴⁸ de prueba. 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 conformidad⁴⁹ 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

48. La Comisión Europea indica, con relación a las etiquetas sociales, que la equivalencia debe evaluarse caso por caso, aunque «en general puede considerar que los requisitos son equivalentes si son, como mínimo, tan ambiciosos como los mencionados en el pliego de contratación» (Comunicación «Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública» (C (2021) 3573, 26 de mayo de 2021).

49. Se entenderá por 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).

medio equivalente una declaración ambiental de producto, aunque con reservas no menores⁵⁰, o un informe técnico del fabricante⁵¹.

La LCSP no sigue a la Directiva en este punto, manteniendo una aproximación similar a la 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 prueba⁵², al supuesto en el que el licitador pueda demostrar que no pudo obtener una determinada etiqueta en el plazo establecido, por motivos que no le sean imputables. 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 cumpli-

50. 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. Las declaraciones ambientales de producto se diferencian de las ecoetiquetas de tipo I por «no fijar unas características ambientales concretas ni unos umbrales de impacto máximos, sino solamente presentar los datos ambientales» (IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020). Como se apunta en la Guía del IHOBE «pese a cumplir con los requisitos definidos en la LCSP y aunque hay categorías de producto para las que se está utilizando cada vez más esta herramienta como modo de comunicación ambiental, todavía tienen un uso limitado en las licitaciones. No permiten definir características concretas de los productos ni umbrales a partir de los que poder decidir si un producto es más o menos respetuoso con el medio ambiente que la media del mercado. No se pueden comparar declaraciones de sistemas de certificación diferentes ya que pueden definir alcances y fuentes de información diferentes. En general todavía no hay suficiente masa crítica de un mismo sistema como para un uso práctico en contratación. Además, requieren tener conocimiento mínimamente especializado para interpretar los resultados y sopesar los diferentes impactos» (IHOBE, *Guía práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y en la contratación pública*, 2020).

51. Sobre la dificultad para acreditar el cumplimiento de los estándares de una determinada etiqueta ambiental de referencia mediante medios equivalentes, véase la Resolución 521/2021, de 7 de mayo de 2021, TARC. De hecho, curiosamente en este asunto, el TARC considera válido, realizando una aplicación discutible de la LCSP, la «no aceptación de Declaración del fabricante», fórmula excluida en el pliego, para justificar el cumplimiento de criterios de valoración ambiental, como medio alternativo a una etiqueta ambiental. El órgano de contratación exigía, de acuerdo con las previsiones del pliego, la presentación del certificado de una etiqueta ambiental. Véase, igualmente, sobre las dificultades para acreditar la equivalencia por parte del licitador, la Resolución 119/2014, de 13 de noviembre de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

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

miento de las cláusulas ambientales determinadas por referencia a etiquetas ambientales.

Debería realizarse, en consecuencia, la lectura 127.3, LCSP, a la luz de las previsiones de la Directiva 2014/24, ya que una interpretación restrictiva de los «medios equivalentes de prueba» otorga mayor seguridad jurídica al órgano de contratación en la fase de adjudicación, a la hora de verificar el cumplimiento de prescripciones técnicas o criterios de adjudicación. Asimismo, una interpretación del 127.3, LCSP, acorde con las previsiones de la Directiva, puede incentivar el recurso a los sistemas de ecoetiquetado como un medio objetivo y jurídicamente seguro de cumplimiento de las cláusulas o criterios de los pliegos contractuales.

Una interpretación 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, y la inseguridad jurídica, 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 etiquetados públicos como criterios de referencia seguros y objetivos para verificar el cumplimiento de especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución estratégicas. 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, acoge parcialmente 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)⁵³. El licitador deberá demostrar de forma «contundente y clara»⁵⁴, a través de una etiqueta o medio equivalente, 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.

53. Véase en este sentido la Resolución 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 841/2017. Teniendo en cuenta las dificultades que plantea a los operadores económicos la prueba de equivalencia, destacamos las oportunas afirmaciones de SANZ RUBIALES que considera que «las etiquetas ambientales o el certificado de gestión medioambiental (ambos, voluntarios) se convierten, en la práctica y por razones de eficiencia, en obligatorios, so pena de tener que demostrar, caso por caso en cada contrato, el cumplimiento de todas y cada una de las medidas que las citadas etiquetas o certificaciones acreditan» («La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador»», Revista de administración pública, núm. 205, 2018, p. 68).

54. Véase la Resolución de Resolución 1061/2020, de 5 de octubre de 2020, del TARC.

En coherencia con las previsiones de la Directiva y con el fin de maximizar las posibilidades de que los operadores económicos puedan obtener la etiqueta requerida, la Comisión Europea indica que la utilización de ecoetiquetas como referencia en la definición de especificaciones técnicas o criterios de adjudicación debería publicitarse lo antes posible. Una consulta preliminar o un anuncio previo de información (PIN), que aluda a las etiquetas que se utilizarán como referencia, puede ser una herramienta idónea en este sentido⁵⁵. Este tipo de actuaciones pueden servir para reducir la inseguridad jurídica y los riesgos derivados del recurso a medios equivalentes de prueba para justificar el cumplimiento de los criterios técnicos de una etiqueta de referencia.

4.2. Las ecoetiquetas como un medio de prueba de cumplimiento del principio de «no causar daño significativo» (DNSH)⁵⁶ en la gestión contractual de los fondos *Next Generation*

El Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante RMRR) dispone que «ninguna de las medidas de ejecución de las reformas y los proyectos de inversión incluidos en el plan de recuperación y resiliencia cause un perjuicio significativo a objetivos medioambientales⁵⁷ en el sentido del artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852». Esto implica que el Mecanismo «solo apoyará aquellas medidas que respeten el principio de «no causar un perjuicio significativo» a concretos objetivos ambientales (art. 5, RMRR). No se financiarán, en consecuencia, proyectos de inversión con cargo al MRR, que no superen la evaluación

55. *Adquisiciones ecológicas*, 3ª edición, 2016, p. 35. Además, el Tribunal indica que esa valoración de equivalencia que realiza el órgano de contratación, sobre la base de las pruebas aportadas por el licitador, es «una cuestión de estricto carácter técnico», a la que le resulta aplicable la doctrina de este Tribunal, citada entre otras en la Resolución 155/2019: «... Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor, este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores».

56. Véase sobre la gestión contractual de fondos *Next Generation*, PERNAS GARCÍA, J. J., «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (conocido como «DNSH») y su impacto en la gestión contractual de los fondos Next Generation», en www.obcp.es, 21 de octubre de 2021.

57. Dichos objetivos ambientales son la mitigación del cambio climático; la adaptación al cambio climático; el uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; la transición hacia una economía circular; la prevención y control de la contaminación; y la protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

de perjuicios significativos para concretos objetivos ambientales. Así, el incumplimiento del principio de DNSH puede implicar el riesgo de no desembolsos o de descertificaciones futuras, si en la fase de ejecución contractual de los fondos, se financian «actividades no elegibles», que están excluidas de financiación, o «actividades elegibles», pero para las que no se puede demostrar el cumplimiento del principio DNSH.

Por tanto, el cumplimiento del principio DNSH se convierte en un elemento de trascendental importante en la gestión contractual de los fondos *Next Generation*. Debe acreditarse su cumplimiento en distintas fases del proceso de contratación, tanto en la fase de preparación, como en las fases de adjudicación y ejecución contractual. Esto es especialmente importante ya que como indica la «Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar daño significativo al medio ambiente», elaborada por el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico (septiembre, 2021, en adelante Guía del MITERD), el incumplimiento del principio de DNSH debe ser causa de exclusión de las ofertas, al incumplirse un requisito indispensable para la financiación de cualquier proyecto con cargo al Plan. La Guía MITERD recomienda igualmente la utilización de criterios ambientales de valoración, para ofrecer puntos adicionales a las ofertas que realizan una «contribución sustancial» a uno o varios de los seis objetivos medioambientales del principio DNSH. Asimismo, en la fase de ejecución, habrá que garantizar que el contratista presenta las pruebas pertinentes de cumplimiento, que se definan para cada una de las cláusulas DNSH, a los efectos de facilitar y simplificar la labor de seguimiento administrativo de la ejecución contractual.

Para atender a estas recomendaciones de cumplimiento del principio DNSH en la gestión contractual de los fondos *Next Generation*, la guía Técnica de la Comisión⁵⁸ y la Guía MITERD indica expresamente, como medio de «prueba transversal para todos los objetivos ambientales», «la utilización de bienes o servicios con etiqueta ecológica de la UE⁵⁹ u otras etiquetas de tipo I previstas en la norma ISO 14024:2018»⁶⁰.

58. COMISIÓN EUROPEA, «Anexos de la Comunicación Guía técnica sobre la aplicación del principio de «no causar un perjuicio significativo en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia», Bruselas, 12.2.2021 C(2021) 1054 final, p. 3.

59. El Reglamento (CE) n.º 66/2010 establece el sistema de la etiqueta ecológica de la UE. En el siguiente enlace está disponible la lista de grupos de productos para los que se han establecido criterios de etiquetado ecológico de la UE: <https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/products-groups-and-criteria.html>.

60. MITERD, «Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar daño significativo al medio ambiente», elaborada por el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico, septiembre, 2021, p. 19.

5. 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 mercado 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 2012⁶¹.

Siguiendo la línea marcada en sentencias previas⁶², el TJUE resuelve, en primer término, 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. 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.

En tercer lugar, se plantea la cuestión de si es posible determinar condiciones de ejecución por referencia a etiquetas de carácter social. El Tribunal valora la compatibilidad con el Derecho comunitario de la exigencia de que los productos suministrados estuvieran provistos de la etiqueta *Max Havelaar*, que certifica productos de comercio justo⁶³.

61. 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*.

62. 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*.

63. El Tribunal se pronuncia, en primer lugar, sobre el carácter de esta cláusula:

«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 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.

El Tribunal considera 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 interposición⁶⁴.

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.»

64. 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.

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 Noord-Holland 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.

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 ejecución⁶⁵. 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 ofertas. 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 contrato⁶⁶.

No es posible emitir una afirmación general sobre cuál es la estrategia adecuada, siempre, para la utilización de las etiquetas ambientales en la preparación de los pliegos contractuales⁶⁷. El personal de los órganos de contratación deberá valorar si utilizar las etiquetas como referencia para la determinación de especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución del contrato. La mejor decisión solo puede adoptarse caso por caso, ya que es preciso tomar en consideración tanto la naturaleza de la prestación, como la información disponible o las características del mercado. Si tenemos una información precisa, tanto técnica como sobre la sostenibilidad del impacto económico de las características ambientales o sociales referenciadas en la etiqueta, seguramente será una vía adecuada acudir a la determinación de especificaciones técnicas por referencia a dichas etiquetas. En cambio, si disponemos de información de baja calidad o sabemos, con precisión, cuál puede ser el impacto económico o técnico derivado del cumplimiento de la etiqueta, ni conocemos cuáles son los pro-

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 *Noord-Holland*, 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.»

65. Véase, sobre la utilización de etiquetas ambientales para la determinación de condiciones especiales de ejecución, la Resolución 1084/2016, de 22 de diciembre, del TARC.

66. Hay que tener en cuenta que cuando se fijen criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, por referencia a etiquetas ambientales, es preciso justificarlos adecuadamente en la memoria justificativa del expediente (art. 116.4, letra c, LCSP). Sobre la necesidad de justificación de una condición especial de ejecución, ligada a la disponibilidad de un certificado de eficiencia energética de una edificación, véase la Resolución 55/2019, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

67. WILSHER considera que, frente 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).

ductos o servicios que puede ofrecer el mercado⁶⁸, manteniendo la calidad de la prestación definida, es mejor que dejemos margen para que el mercado se exprese sobre su viabilidad mediante la configuración de criterios de valoración. Incluso en el caso de un escenario intermedio podemos acudir a la determinación de especificaciones técnicas básicas, con el complemento de criterios de adjudicación, que permita determinar si el mercado puede ir un poco más allá, garantizando el cumplimiento contractual.

En este último sentido, 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 características ambientales, no previstas como especificaciones técnicas, o rendimientos ambientales adicionales, al exigido por la etiqueta utilizada como referencia para fijar las especificaciones técnicas de base⁶⁹.

Las 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 o servicios. Con todo, será posible describir condiciones de ejecución por referencia a etiquetas ambientales o sociales, que hagan referencia a la necesidad de acreditar el cumplimiento de las características ambientales de la prestación, contenidas en los pliegos contractuales y en la propia oferta del contratista.

También es preciso destacar, finalmente, que las etiquetas ambientales puede servir para caracterizar un concreto compromiso de adscripción de medios de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.2, LCSP. Así, podrá exigirse en los

68. En este sentido interesa destacar, la Resolución 349/2020, de 29 de octubre, del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic. Se pronuncia sobre la validez de un criterio de adjudicación, que prevé el otorgamiento de diez puntos adicionales (hasta un máximo de 30) por cada vehículo con el certificado «ECO» o «0 emisiones». El recurrente indica que, para el objeto del contrato en licitación, no existen en el mercado vehículos que cumplan con la indicada etiqueta. También se señala el carácter desproporcionado de la cláusula. El Tribunal desestima la pretensión indicando que *«des d'un punt de vista jurídic, atès que aquest criteri compleix els criteris establerts en l'article 145 de la LCSP. Explica que el fet de puntuar millor els vehicles amb una etiqueta ambiental superior envers a altres, respon a la voluntat del Consell Comarcal d'incidir amb el caràcter mediambiental de la licitació, finalitat que persegueix la pròpia LCSP i que la disposició d'un vehicle o un altre, tant sols suposa un 3,52% de punts de la totalitat de puntuació del procés de licitació»* (FJ. 7º).

69. COMISIÓN EUROPEA, *Compras 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).

pliegos los candidatos o licitadores «que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales suficientes», que respondan a los estándares técnicos de una determinada etiqueta ambiental utilizada como referencia (aunque admitiendo medios equivalentes de prueba). El cumplimiento de este compromiso de adscripción de medios deberá acreditarse en el momento previo al acto de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.2 LCSP.⁷⁰

III. LÍMITES 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 o servicio

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 o social 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 contrato⁷¹.

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 2014/24 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 vinculados con el objeto del contrato, «(...) los poderes adjudicadores no exigirán la etiqueta como tal, pero podrán definir las especificaciones

70. Véanse en este sentido las resoluciones 949/2019 y 1297/2019 del TARC. De acuerdo con la resolución 949/2019 no será obligatorio «disponer de los medios comprometidos hasta el momento previo a la adjudicación del contrato, es decir para que una vez formalizado aquel pueda iniciarse la ejecución en los términos establecidos en los pliegos y en la oferta aceptada». «[N]o puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación». Véase igualmente la Resolución 1084/2016, de 22 de diciembre de 2016, del TARC.

71. COMISIÓN EUROPEA (2005), p. 21.

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 mismos términos por el 127.2, *in fine*, LCSP.

La sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 resuelve sobre la legalidad de un criterio de adjudicación consistente en valorar que los ingredientes a suministrar estuvieran provistos de las etiquetas *Eko*⁷² o *Max Havelaar*⁷³. *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 nº 2092/91 en la época pertinente en el presente asunto, los considerando 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.

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 necesi-

72. En ese momento, la etiqueta privada neerlandesa *Eko* se concedía a productos que contengan al menos un 95 % de ingredientes procedentes de la agricultura ecológica.

73. 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.

rios 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 éste⁷⁴. 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 respondan a los criterios de determinadas 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 (cuestión distinta es la que veremos más adelante, referida a la posibilidad de exigir una determinada etiqueta). Así, Los criterios de adjudicación no tienen que hacer necesariamente referencia a un «característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento

74. 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 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.» (Véase los apartados 88 a 90 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*).

incorporado materialmente 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.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido positivizada por la Directiva 2014/24 y la LCSP (aunque ha sido radicalmente ignorada por el TARC⁷⁵). La Directiva 2014/24 de contratos público recoge expresamente la posibilidad de fijar especificaciones técnicas (art. 42, cuyas previsiones tienen reflejo en el 125.1, LCSP) o criterios de adjudicación ambientales (art. 67, transpuesto en el artículo 145.6, LCSP) por referencia a factores directamente vinculados con el proceso de producción⁷⁶, 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. Cómo pueden determinarse criterios o cláusulas contractuales por referencia a un concreto sistema de etiquetado

2.1. La doctrina de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012: la exigencia de indicación expresa en los pliegos de las características ambientales detalladas derivadas de un sistema de etiquetado determinado

Existen unos límites 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 etiquetado⁷⁷. Esta es una exigencia propia del principio de igualdad de trato y no discriminación.

75. Hemos tratado esta cuestión en «El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: ¿fuente de seguridad jurídica o de confusión en la utilización de criterios o cláusulas ambientales? Análisis de la doctrina del TARC y su perjuicio injustificado al uso estratégico de la compra pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 168, 2020, págs. 23-35.

76. Véase, en este sentido, la Resolución 1358/2020, de 17 de diciembre de 2020, del TARC. En ese asunto, los pliegos exigen como condición especial de ejecución que «que la energía suministrada sea procedente al 100% de fuentes renovables». El Tribunal entiende que «(...) es evidente que la condición especial cumple el requisito objetivo de vinculación con el objeto del contrato, pues no se exige una determinada política de empresa en la totalidad de su actividad, sino que exclusivamente en la energía que es objeto de suministro en el contrato, se garantice la procedencia de energías renovables.»

77. 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*

Antes de la aprobación 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 clara⁷⁸, 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 eventual exigencia de todos los criterios de concesión de una etiqueta, siempre que respeten los principios de igualdad de trato y de transparencia y que todos estén vinculadas al objeto del contrato. Las cautelas de la Comisión surgen del temor de que las etiquetas nacionales sean utilizadas de modo proteccionista y discriminatorio, introduciendo criterios de naturaleza subjetiva.

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 de 10 de mayo de 2012⁷⁹. En este asunto los documentos contractuales exigían, como especificación técnica, que el café y el té a suministrar estuviera provistos de las etiquetas *Eko* y *Max Havelaar*. Además, se establecía un criterio de valoración por referencia exclusiva a las mentadas 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, 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

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.

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

79. 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*.

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 artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18. Por consiguiente, la primera parte del primer motivo es fundada.»⁸⁰

La sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 dispone, en consecuencia, 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 que cumplen los estándares contractuales de agricultura biológica o comercio justo, pero que no disponen del correspondiente sello utilizado como referencia. Los licitadores deben poder demostrar que sus productos son

80. 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.

- conformes con los criterios de la etiqueta de referencia, aunque dispongan de sellos distintos o incluso aunque carezcan de ellos⁸¹.
- 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 pliegos⁸². 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, ya que esta última considera que no existe una prohibición general de establecer las características medioambientales de un producto por referencia global y expresa a una concreta etiqueta ecológica⁸³.

81. Véase, en este sentido, las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*, aps. 122 y 123.

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

83. «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.

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° 1980/2000 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

De acuerdo con la doctrina expuesta del TJUE, el poder adjudicador debe indicar expresamente en los pliegos de condiciones las características ambientales detalladas derivadas de un sistema de ecoetiquetado determinado. 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 pliegos⁸⁴.

2.2. Las previsiones de la Directiva 2014/24: simplificación de la definición de cláusulas y criterios técnicos contractuales por referencia a etiquetas sociales o ambientales

La Directiva 2014/24 ha modulado este último criterio. Ofrece un planteamiento más abierto que el TJUE⁸⁵. Los poderes adjudicadores «podrán exigir» que

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 Noord-Holland 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.» (conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*).

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

85. 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.,

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. 43⁸⁶). 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 exigirla⁸⁷. 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, con buen criterio, 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»⁸⁸.

Teniendo en cuenta que los sistemas de etiquetado ambiental y social son dinámicos, es decir, que los criterios de concesión son objeto de renovación t actualización periódica, no es indiferente la inclusión de una mera referencia genérica a la etiqueta en cuestión, o, en atención a la recomendación de la Comisión, incluir siempre en los pliegos contractuales los criterios específicos de concesión de la indicada etiqueta. Si se incluye una referencia global al cumplimiento de los estándares de una determinada etiqueta, ello supondrá, en principio, la exigencia de que los productos o servicios prestados se adecúen perma-

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

86. Véase también el artículo 61 de la Directiva 2014/25/UE.

87. En el asunto C-368/10 se plantea también 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 posibilidad. 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 justo: «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.» (Conclusiones de la Abogada General Sra. *Juliane Kokott* presentadas el 15 de diciembre de 2011, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*).

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

nentemente a la evaluación del estándar de la etiqueta de referencia. Sin embargo, si se opta por integrar los criterios detallados específicos para la concesión de una determinada etiqueta, el contratista estará obligado a cumplir con el estándar técnico exigido por los pliegos, pero no a adecuarse a la mejora de los estándares ambientales o sociales del sistema de etiquetado del que se traen los criterios contractuales. La exigencia en los pliegos de cumplimiento de los estándares de una determinada etiqueta social o ambiental introduce una cláusula de progreso estratégico, que obliga al contratista a que los productos o suministrados se adecúen a la evolución y actualización periódica de los estándares de concesión de los citados sellos.

2.3. La obligación de la LCSP de detallar en los pliegos las características y requisitos técnico-ambientales que se desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar

La LCSP se separa de la Directiva 2014/24 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 indicada Directiva. 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, y de ofrecer mayores garantías de transparencia e igualdad de trato, especialmente pensando en aquellos operadores que no disponen 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 publicidad⁸⁹ —siempre, claro está, que no incluya criterios de concesión subjetivos referidos al comportamiento de la empresa⁹⁰—. 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 para facilitar a los poderes de adjudicación europeos la integración de consideraciones ambientales. Con todo, la LCSP ha optado por la prudencia ante la di-

89. 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.

90. Véase en este sentido la Resolución 51/2021, a 22 de enero de 2021, del TARC (FJ. 6º).

versidad 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.

Esta previsión de la LCSP se aleja, a mi juicio, 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 no siempre tienen el conocimiento (y el tiempo) para la identificación precisa de las especificaciones técnicas de concesión de concretas etiquetas.

Como hemos apuntado en el epígrafe anterior, hay que tener en cuenta que la integración expresa, y de forma detallada, de los criterios técnicos subyacentes a la concesión de una determinada etiqueta, «petrificar» los estándares ambientales que debe cumplir el contratista, de modo que en si el marco de la ejecución del contrato se produce una actualización de los criterios de concesión de la etiqueta utilizada como referencia —como decíamos estos instrumentos de marcado ambiental son dinámicos y están vinculados a procesos de mejora ambiental continua—, la características ambientales del producto o servicio ya no cumplirán los estándares de la etiqueta de referencia. Si se quiere evitar este efecto, y que el contrato incorpore una lógica de mejora ambiental o social continua, de acuerdo con los procesos propios de los sistemas de etiquetado, deberá incorporarse una cláusula de progreso estratégico, que obligue al contratista a cumplir con los estándares ambientales vigentes en cada momento para la etiqueta de referencia.

IV. 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, será más difícil atender a un avance firme y jurídicamente seguro en el uso de la contratación como apoyo a las políticas ambientales.

Con todo, a las carencias formativas del personal implicado en la preparación contractual, se unen las carencias estructurales y de recursos de buena parte del sector público y, muy especialmente, las reticencias culturales y la aversión al riesgo y a la innovación que caracteriza a nuestro sector público, centrado en una gestión contractual puramente formal, poco focalizada en el rendimiento social, y condicionada por un enfoque normativo «sobregarantista». Por ello, para vencer las inercias administrativas y barreras culturales indicadas, no es solo necesario incidir en la formación o el desarrollo de nuevos perfiles profesionales en el sector público⁹¹ o la generación de información de calidad (como ha venido haciendo la Comisión Europea, no así la Administración estatal, con la aprobación de criterios comunes), sino que es preciso articular un marco normativo obligatorio, que concrete las genéricas previsiones de la LCSP y se desarrolle adecuadamente a nivel reglamentario y técnico⁹². En este sentido, la articulación reglamentaria de obligaciones de compra verde y/o la aprobación de documentos técnicos de referencia, de obligada consideración en los procesos de preparación contractual, deben basarse en la información objetiva y de calidad técnica y en la seguridad jurídica que ofrecen los sistemas de ecoetiquetado accesibles, objetivos, transparentes y no discriminatorios. Ello permitirá clarificar y simplificar la integración de consideraciones ambientales en la fase de preparación contractual, a vencer las barreras culturales e inercias económicas de los actores de la contratación pública y a eliminar la incertidumbre y los riesgos jurídicos que inhiben a los órganos de contratación.

3. 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, no solo con escasa cultura del control en la ejecución contractual, sino también precarizada por años de limitaciones en la tasa de reposición y, por tanto, con menor capacidad para hacer un seguimiento adecuado de los contratos. En este contexto, la contratación de servicios de control de calidad, basados en criterios objetivos y de fácil aplicación, por

91. Sobre la cuestión clave de la profesionalización en la contratación pública, véase DE GUERRERO MANSO, Carmen, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J.M. (dir.), DE GUERRERO MANSO, Carmen (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, 2021.

92. Esta idea la desarrollamos más pormenorizadamente en PERNAS GARCÍA, «La transición ecológica de la contratación pública: Reflexiones y propuestas para la generalización de un enfoque estratégico ambiental», *Observatorio de los contratos públicos 2020* / coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.) Aranzadi, 2021, pp. 127-175. Véanse las reflexiones de interés de la profesora Ximena LAZO VITORIA sobre el avance en el enfoque obligatorio que supone la nueva Ley 7/2021, de 21 de mayo, de cambio climático y transición energética, en su trabajo «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en *Observatorio de los contratos públicos 2020* / coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.) Aranzadi, 2021, pp. 186 y ss.

parte de las Administraciones públicas se presenta como la alternativa, quizás no mejor (lo ideal sería el reforzamiento de la estructuras de inspección contractual, pobres o inexistentes en muchos casos), pero sí la más viable para contrarrestar estas carencias. En ausencia de control efectivo, la realidad nos indica que los contratistas tenderán a incrementar los beneficios de un contrato (o reequilibrar ofertas anormalmente ambiciosas en el plano ambiental para ganar el contrato), mediante la utilización de productos que permitan alcanzar el mismo rendimiento operativo, pero que no cumplan con los requerimientos de rendimiento ambiental o social garantizados por los sistemas de etiquetado.

En todo caso, los sistemas de ecoetiquetado son una vía de simplificación de los procesos de seguimiento y control, en la medida en que el responsable del contrato y el personal inspector, interno o externo, implicado en la verificación de cumplimiento normativa, no tiene que desarrollar procedimientos burocratizados o realizar análisis técnicos complejos para verificar el cumplimiento de los estándares ambientales, sino que debe limitarse a verificar que los productos o servicios suministrados disponen del certificado (o medios de prueba equivalentes) acreditativo de cumplimiento de los estándares técnicos de la etiqueta de referencia.

V. 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*, 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.

— *Manual sobre contratación pública ecológica*, 3ª edición, 2016.

— *Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública (2ª ed.)*, C (2021) 3573 final, 26 de mayo de 2021.

DE GUERRERO MANSO, Carmen, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J.M. (dir.), DE GUERRERO MANSO, Carmen (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, 2021.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta» en RAZQUIN LIZARRAGA, M., *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, 2017.

GIMENO FELIU, J. M.:

— *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)*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2014.

- «El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro», *Ius et veritas*, núm. 62, junio 2021.
- GIMENO FELIU, J.M. (dir.), DE GUERRERO MANSO, Carmen (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, 2021.
- GUALBRAND, Lars H., «Creating markets for eco-labelling: are consumers insignificant?», *International Journal of Consumer Studies*, vol. 30, issue 5.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «El futuro de la «Flor Europea»: la nueva etiqueta ecológica de la UE», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. I, núm. 1, 2010.
- LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde* (ed. 1ª), Atelier, 2018.
- LAZO VITORIA, Ximena, «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en *Observatorio de los contratos públicos 2020*, coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.) Aranzadi, 2021
- LOBO RODRIGO, A., «Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE», en *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia* / coord. por Francisco Lorenzo Hernández González, 2016.
- LOZANO CUTANDA, B., ALLÍ TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental*, Dykinson, 2020.
- 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.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa, «Los retos de futuro en la contratación pública en clave europea», en GIMENO FELIU, J.M. (dir.), DE GUERRERO MANSO, Carmen (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, 2021.
- MORA RUIZ, Manuela, *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Editorial Lex Nova, 2007.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, Universidad de La Rioja, 2020.
- PERNAS GARCÍA, J. J.,
— *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2011.
- «La transición ecológica de la contratación pública: Reflexiones y propuestas para la generalización de un enfoque estratégico ambiental», *Observatorio de los contratos públicos 2020*, coord. por Carmen de Guerrero Manso; José María Gimeno Feliú (dir.), Aranzadi, 2021.
- «Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, coord. por Gerardo García-Álvarez García, Jesús Jordano Fraga, Blanca Lozano Cutanda, Alba Nogueira López, Aranzadi, 2020, págs. 873-914.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, 2017.
- SANTAMARÍA ARINAS, René, *Curso básico de Derecho Ambiental General*, 2ª ed., IVAP, 2019.

SANZ RUBIALES, I.,

- «Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, tomo III, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador»», *Revista de administración pública*, núm. 205, 2018.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., GÓMEZ FARIÑAS, B., «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», en LAZO VITORIA, X. (dir.), *Compra pública verde* (ed. 1ª), Atelier, 2018.

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.

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Teresa Medina Arnaiz

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo

Universidad de Burgos*

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. La prevención y lucha contra la delincuencia medioambiental. 2. Prohibiciones que se anudan a una condena por sentencia firme. 2.1. *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*. 2.2. *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. 2.3. *Los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos*. 2.4. *La aplicación de la prohibición de contratar a las personas jurídicas*. 3. 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.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección medioambiental opera como factor de primer orden en la conservación de la naturaleza como lo es también la recuperación de la biodiversidad

* Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza», Referencia: PID2019-109128RB-C21.

o la protección de la fauna y de la flora. Son valores que trascienden al tiempo en tanto que suponen la herencia del futuro hacia las generaciones venideras.

Los consecutivos programas generales de acción en materia de medio ambiente han guiado el desarrollo y la coordinación de la política de la Unión Europea (UE) en materia de medio ambiente desde el año 1973 y han proporcionado su marco de actuación. Este marco incluye el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que 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 europeo, la ejecución de la política medioambiental exige distintos enfoques con el objetivo de crear sinergias desde planteamientos polivalentes asegurando su complementariedad con otras políticas¹. Es así como la integración de las preocupaciones relacionadas con el medio ambiente en otros ámbitos de actuación pública persigue contribuir a la consecución de los objetivos climáticos y medioambientales que se marcan desde las instituciones europeas².

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 pública³. En este

1. El Octavo Programa general de acción en materia de medio ambiente de la Unión Europea (VIII PMA) afirma que todas las iniciativas de la UE han de cumplir el mandamiento de «no ocasionarás daños» refiriéndose a fortalecer el enfoque integrado del desarrollo y la aplicación de políticas, en particular mediante la integración de la sostenibilidad en todos los proyectos e iniciativas pertinentes a escala nacional y de la UE. Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030.

2. Los seis objetivos climáticos y medioambientales establecidos en el Reglamento (UE) 2020/852, de 18 de junio de 2020 son los siguientes: mitigación del cambio climático; adaptación al cambio climático; uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; transición hacia una economía circular; prevención y control de la contaminación; y protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas. Estos objetivos se complementan con el 13 Objetivo de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas «Acción por el clima» (2015); con las actuaciones propuestas por el Pacto Verde Europeo (2019), con los objetivos adoptados en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (el «Acuerdo de París», 2015), con el objetivo vinculante de neutralidad climática en la Unión para el año 2050, así como con el objetivo intermedio vinculante de reducción interna neta de las emisiones de gases de efecto invernadero de al menos el 55 % con respecto a los niveles de 1990 para el año 2030 (Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, «Legislación europea sobre el clima»).

3. Según datos publicados por la Comisión Europea en diciembre de 2021, en el año 2018 el desembolso en compras públicas en la Unión Europea se cifraba en 2.084 billones de euros que equivalen a un 13,6 % del Producto Interior Bruto (PIB) europeo, excluyendo los servicios públicos (*utilities*) y algunas concesiones <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/48156>. [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2022].

sentido, la compra pública puede resultar un potente instrumento para el logro de los citados objetivos medioambientales en tanto que oriente el gasto público hacia servicios y productos más sostenibles prestando una especial atención a los sectores que hacen un uso intensivo de recursos, como pueden ser el sector agrícola, el textil o los de la construcción, el transporte y los servicios de limpieza o de restauración.

Así lo ha entendido también la legislación sobre productos específicos de la UE, puesto que los organismos públicos que están sujetos a las Directivas sobre contratación pública, ya se encuentran obligados, por ejemplo, a tomar en consideración criterios de eficiencia energética a la hora de adquirir sus vehículos⁴ o sus equipos ofimáticos⁵. Asimismo, esta obligación afecta igualmente a los edificios nuevos, pues «todos los edificios nuevos deberán alcanzar un nivel de consumo de energía casi nulo»⁶. Al margen de estas obligaciones legales, y siempre que sea posible por razón del tipo contractual y de la capacidad del órgano de contratación, también se aboga por incorporar criterios medioambientales en los procedimientos de adjudicación contractual facilitando que las entidades del sector público adquieran productos y servicios que apoyen una economía circular y que contribuyan a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo⁷.

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 ambiente⁸.

4. Directiva 2019/1161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

5. El Programa de etiquetado *Energy Star* obliga a las autoridades de las Administraciones centrales de los Estados miembros y a las instituciones de la Unión Europea a adquirir equipos ofimáticos cuya eficiencia no sea inferior a los niveles fijados en dicho Programa.

6. Artículo 9.1.a) 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, en su versión consolidada por la Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018. El 14 de diciembre de 2021 se adoptó una propuesta de Directiva relativa a la eficiencia energética de los edificios, COM (2021) 802 final.

7. 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 y también *Contratación Pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*. Comisión Europea (2018) https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_es.pdf. [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2022].

8. Con la referencia temporal de la Directiva 2014/24/UE, hemos de referirnos 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, pp. 317-328; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación como herramienta», en la

Esta visión instrumental de la contratación pública me 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, necesariamente, 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 contractual⁹.

El reconocimiento de la dimensión estratégica de la contratación pública está presente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). 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 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», siempre 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.

obra colectiva *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 77-126; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La contratación del sector público y la protección del medio ambiente», en *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 159-214 y PERNAS GARCÍA, J.J., «Compra pública verde y circular: El largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 873-914.

9. Opinión manifestada en MEDINA ARNAIZ, T., «La contratación pública estratégica», en *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 81-99.

10. En referencia a la vigente LCSP, resultan de consulta obligada GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, diciembre 2017, pp. 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, pp. 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, pp. 2649-2703; MORENO MOLINA, J. A., *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 y GALÁN VIOQUE, R. (Dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.

Más recientemente, y con la misma finalidad de plantear una apuesta estratégica a favor de una producción y consumo público sostenible, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, contempla una serie de medidas relacionadas con la contratación pública, destacando la inclusión en los pliegos de criterios de adjudicación vinculados con la lucha contra el cambio climático y de prescripciones técnicas particulares que establezcan la necesaria reducción de emisiones y de la huella de carbono (artículo 31.1)¹¹ y la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, compele a las Administraciones públicas a incluir, «en el marco de contratación de las compras públicas, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas» (artículo 16.2)¹².

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 que lleva por título «Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral». 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 precepto recuerda la potestad que tienen los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante todo el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las citadas obligaciones medioambientales y, en particular, «las establecidas en el anexo V de esta Ley»¹³.

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

11. En el ámbito autonómico cabe mencionar también los artículos 29.1.d) y 35 de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña; el artículo 30 de la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía y a los artículos 68 a 74 de la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de Illes Balears.

12. Sobre esta regulación, véase PERNAS GARCÍA, J. J., «Medidas de contratación pública en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y suelos contaminados para una economía circular», en la página web del *Observatorio de Contratación pública* <https://www.obcp.es/> 19 de abril de 2022. Asimismo, debe citarse el artículo 22 de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears y el artículo 24.2 de la Ley 6/2021, de 17 de febrero, de residuos y suelos contaminados de Galicia.

13. 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.

aplicables en materia medioambiental, el objeto de este trabajo se centra en el estudio de la regulación de las prohibiciones de contratar en la 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 y reduce el riesgo de incumplimiento en esta materia.

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 protección ambiental¹⁴. 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, hay que tener en cuenta que nuestro Tribunal Supremo ya ha declarado expresamente que las prohibiciones de contratar no tienen un carácter sancionador (sentencias de 28 de marzo de 2006; de 11 de mayo de 2007 y de 31 de mayo de 2007), si bien su consideración como medidas desfavorables para el operador económico incurso en ellas repercute especialmente en el régimen jurídico que resulta de aplicación (sentencia de 28 de marzo de 2022).

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 partici-

14. Por razón de la materia tratada, vamos a destacar el Decreto-Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (artículos 43 bis y 204.3); la Ley cántabra 17/2006, de 11 de diciembre, de control ambiental integrado (artículo 45.1.a); 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); la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears (artículo 175.1.a); la Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha; el Decreto Legislativo 1/2020, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de evaluación ambiental de las Illes Balears (artículo 42.3); la Ley 9/2021, de 25 de noviembre, de conservación del patrimonio natural de Euskadi (artículo 100.2.a) y la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi (artículo 116).

par 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 descalificar 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 obrar¹⁵.

Las prohibiciones de contratar restringen la posibilidad de participar en procedimientos de licitación y tienen su amparo tanto en la normativa de la Unión Europea comunitaria como en la legislación interna de contratos públicos. Constituyen condiciones de aptitud que deben cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato (STS de 28 de septiembre de 2020).

Su establecimiento 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 público¹⁶. 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»¹⁷.

Como circunstancias que impiden la contratación, las prohibiciones de contratar deben estar reguladas por ley y aplicarse únicamente en los supuestos

15. 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).

16. Así se manifiesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al sostener que una prohibición de contratar (motivo de exclusión en la terminología de las Directivas) tiene por objetivo «permitir al poder adjudicador asegurarse de la integridad y fiabilidad de cada uno de los licitadores y, por tanto, de que no se romperá la relación de confianza con el operador económico de que se trate» (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2021, Rad Service y otros, C-210/20, apartado 35; de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, apartado 29, y de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, apartado 26). Asimismo, nuestro Tribunal Supremo, 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». A esta misma finalidad preventiva se refiere el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 1375/2021, de 15 de octubre y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), en su Resolución 25/2017, de 1 de febrero, al señalar 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».

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

tasados por la norma, sin que quepa, por tanto, una interpretación analógica o extensiva¹⁸. El no estar incurso en una prohibición de contratar es uno de los 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)¹⁹— 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 restrictiva²⁰.

Estas prohibiciones han sido calificadas como:

- Medidas de garantía del interés público (STS de 2 de octubre del 2000)²¹;
- Mecanismo de honorabilidad a efectos de posibilitar que los poderes adjudicadores no se vean obligados a contratar con quienes han sido sancionados con carácter firme en vía administrativa por infracciones muy graves en materia de competencia (STS de 28 de marzo de 2022, en referencia a la STJUE de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18).
- Limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias (STS de 1 de diciembre de 2021).
- Tachas negativas que impiden la contratación (Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2006). Las sentencias del TS de 24 de noviem-

18. En este sentido se manifiesta la Resolución 21/2021, de 21 de enero, del TACP y la Resolución 80/2021, de 4 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA).

19. 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»).

20. En este sentido, resultan de interés las aportaciones doctrinales de HUERGO LORA, A., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *REDA*, núm. 182, enero-marzo 2017, pp. 223-259; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Las prohibiciones de contratar», en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 230-1293; MEDINA ARNAIZ, T., *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018; VALEJE ÁLVAREZ, I., «La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias», *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, pp. 479-545 y AYMERICH CANO, C., «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 306-343.

21. 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).

bre de 2004, de 28 de marzo de 2006 y de 30 de enero de 2007 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, C-376/08, apartado 44 y de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile, C-358/12, 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);
- La prohibición de contratar (...) no es sólo un sistema para reforzar o agravar la sanción impuesta; responde también a la necesidad de proteger el correcto funcionamiento de la contratación pública (STS de 14 de septiembre de 2021);
- 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)²². 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)²³;
- 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

22. 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.

23. También las sentencias del TS de 16 de diciembre de 1988 y de 30 de octubre de 1990. Como tendremos ocasión de tratar más adelante, 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», Sentencias del TJUE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, apartado 49.

incorporen a los pliegos de cláusulas administrativas particulares prohibiciones distintas de las recogidas en la normativa²⁴;

- 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 de 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);
- Las prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda (STS de 28 de marzo de 2022);
- La validez del contrato exige unas específicas condiciones personales de los sujetos, fueren personas físicas o personas jurídicas, que pretendan

24. 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).

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 incursas 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 actividad empresarial (STS de 18 de marzo de 2015, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014).

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 contractual. 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 candidato o 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 lograr un alto 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 adjudicado el contrato a quien no reunía las condiciones necesarias para ello o ha dado muestras de poca integridad y seriedad²⁵. 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 económicos.

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-

25. En su Resolución 1375/2021, de 15 de octubre, el TACRC llega a afirmar que «las prohibiciones para contratar tienen una finalidad “preventiva”» refiriéndose expresamente a la STS de 18 de marzo de 2015.

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)²⁶.

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 público²⁷.

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 pública²⁸.

26. El régimen debe 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, y más en concreto, a sus artículos 17, 18, 19 y 20 que tratan específicamente el tema de las prohibiciones de contratar.

27. Cabe recordar que el texto original del TRLCSP, distinguía entre las circunstancias que impedían la contratación con todas las entidades del sector público (artículo 60.1 del TRLCSP) y cuando sólo impedían contratar con las Administraciones públicas (artículo 60.2 del TRLCSP). Con la redacción del artículo 60 del TRLCSP, 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.

28. 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 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, C-94/12, apartado 34; de 22 de octubre de 2015, *Impresa Edilux y SICEF*, C-425/14, apartado 36; de 27 de noviembre de 2019, *Tedeschi*, C-402/18, apartado 39 y de 7 de septiembre de 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, apartado 115.

1. La prevención y lucha contra la delincuencia medioambiental

La lucha contra las actividades ilegales más perjudiciales para el medio ambiente es una preocupación cada vez mayor desde la Unión Europea, ya no solo por los importantes daños que se causan a los recursos naturales, sino también por los daños que causan y pueden causar a la salud (por ejemplo, mediante una mayor contaminación) o a la economía (mediante la reducción de la competencia desleal y la pérdida de ingresos fiscales). A pesar de estos daños reconocidos, los infractores corren poco riesgo de ser detectados, y los riesgos de verse sometidos a juicios y sanciones son todavía menores mientras se lucran con la elusión de las salvaguardias medioambientales²⁹.

La Unión Europea ha desarrollado una serie de medidas para garantizar el cumplimiento general de la legislación medioambiental mediante acciones a favor de la detección, la investigación, el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias recurriendo para ello tanto al Derecho administrativo como al Derecho penal. En este sentido, un primer paso para reconocer el papel del Derecho penal en la protección del medio ambiente fue la aprobación de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, que garantiza que un conjunto de conductas graves contra el medio se consideren delitos en todos los Estados miembros.

A pesar de la importancia de esta Directiva, lo cierto es que no ha resultado muy efectiva para garantizar el cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente. Los resultados de su evaluación publicados en octubre de 2020 pusieron de manifiesto deficiencias considerables en su aplicación en todos los Estados miembros y en todos los niveles de la cadena de aplicación de la ley (policía y otras fuerzas y cuerpos de seguridad, y tribunales penales). Además, los niveles de las sanciones impuestas han sido demasiado bajos para resultar disuasorios y la cooperación transfronteriza no se ha llevado a cabo de manera sistemática³⁰. Sobre la base de esta evaluación, la Comisión ha propuesto una nueva Directiva que derogue la Directiva 2008/99/CE³¹.

La propuesta de Directiva incluye nuevas categorías de delitos medioambientales en la medida en que ahora lo exige la legislación sectorial³² y también

29. Comunicación de la Comisión sobre la intensificación de la lucha contra la delincuencia medioambiental, COM (2021) 814 final, de 15 de diciembre de 2021.

30. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Evaluación de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, SWD (2020) 259 final, de 28 de octubre de 2020.

31. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE, COM (2021) 851 final, de 15 de diciembre de 2021.

32. Entre las nuevas categorías de delitos propuestas en la nueva Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal cabe citar las siguientes: el comercio ilegal de madera; el reciclado ilegal de buques; la captación ilegal de agua que cause daños sustanciales a los recursos hídricos; los incumplimientos graves de la legislación de la UE en materia de sustancias químicas que

plantea sanciones más disuasorias. Entre estas sanciones se encuentran la obligación de restablecer el medio ambiente, la exclusión del acceso a financiación pública, incluidos los procedimientos de contratación pública, las subvenciones y concesiones, y la retirada de permisos y autorizaciones (artículo 5.5 respecto de sanciones aplicables a las personas físicas y artículo 7.2 respecto de las sanciones a personas jurídicas).

Ahora bien, aunque los esfuerzos legislativos se encaminen a reforzar las medidas de lucha contra este tipo de delincuencia, no todas las conductas que atentan contra el medio ambiente van a habilitar una prohibición de contratar por esta causa. La definición de las conductas que amparan una prohibición de contratar requiere de la decisión del legislador precisando con exactitud qué conductas —tipos delictivos e infracciones administrativas— son merecedoras de incorporarse al catálogo de estas prohibiciones.

2. 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 Penal³³.

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 partici-

causen daños sustanciales al medio ambiente o la salud pública; la comercialización de productos que, incumpliendo los requisitos obligatorios, causen daños sustanciales al medio ambiente o a la salud de las personas a causa de su uso a mayor escala; la descarga de sustancias contaminantes procedentes de buques; los incumplimientos graves de la legislación sobre especies exóticas invasoras preocupantes para la Unión; la elusión grave de los requisitos para obtener una autorización y realizar una evaluación de impacto ambiental que cause daños sustanciales y los incumplimientos graves relacionados con el tratamiento de gases fluorados de efecto invernadero.

33. 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».

pación 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)³⁴.

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 ambiente³⁵, 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».

Por tanto, incluye los tipos delictivos vinculados a dañar bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos³⁶, pero no los delitos relativos a la energía nuclear

34. Entre las sentencias más recientes del TJUE que se refieren a esta materia, cabe citar las de 8 de febrero de 2018, *Lloyd's of London*, C-144/07, apartados 29 y 30; de 28 de marzo de 2019, *Idi*, C-101/18, apartado 45; de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, apartado 34; de 11 de junio de 2020, *Vert Marine*, C-472/19; de 14 de enero de 2021, *RTS infra* y *Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, C-387/19 y de 3 de junio de 2021, *Rad Service* y otros, C-210/20.

35. 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 2014/18/CE incorporó a las prohibiciones de contratar la condena por los delitos contra el medio ambiente.

36. El delito previsto en el artículo 323 CP se encuentra incluido en el Capítulo II «De los delitos sobre el patrimonio histórico», del Título XVI «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente» del Libro II del Código Penal, al que se refiere el artículo 71 de la LCSP.

y a las radiaciones ionizantes que se ubican en el Título XVII del CP relativo a los delitos contra la seguridad colectiva y que también suponen daños al medio ambiente.

2.1. 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».

El bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo «es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general» concretando que «en el delito urbanístico no se tutela la normativa urbanística —valor formal o meramente instrumental— sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del medio orientada a los intereses generales (arts. 45 y 47 Constitución), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general (STS de 18 de noviembre de 2020).

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).

2.2. 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 previstos en la normativa administrativa (básicamente, permisos, licencias, prohibiciones y sanciones)³⁷.

37. 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».

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 típicas 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 que resultan idóneas para introducir el riesgo de afectación del medio ambiente: 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).

2.3. Los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos

El bien jurídico que se protege en los preceptos de este Capítulo V es el medio ambiente, ya entendido en un sentido amplio —como lo hace el propio Título XVI del CP— ya entendido en un sentido más estricto y centrado únicamente en la protección de los ecosistemas y de la flora y fauna silvestre. La preocupación social por la protección de los animales domésticos (delito de maltrato animal tipificado en los artículos 337 y 337 bis) también se incorpora a este mismo Capítulo, si bien son distintos los autores que consideran que esta ubicación es poco acertada, puesto que desvirtúa el bien jurídico protegido: el medio ambiente en sus distintas facetas al que no pertenece la protección penal de los animales domésticos³⁸.

Con independencia de esta consideración, y por lo que interesa a este trabajo, hay que destacar que en todos los tipos delictivos de este Capítulo se contempla la obligación o la posibilidad según los casos de imponer la pena de

38. MUÑOZ LORENTE, J., «Los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos (o de cómo no legislar en Derecho penal y cómo no incurrir en despropósitos jurídicos)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, pp. 309-363 y HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La protección penal de los animales en España*, Madrid, 1994, pp. 37 y 64 quien niega que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal pueda ser el medio ambiente.

inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que sí habilitaría una prohibición de contratar.

2.4. 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 concretar 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*³⁹— 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».

3. 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 firme⁴⁰. Dichas resoluciones sancionadoras, siendo firmes en vía administrativa son ejecutivas y despliegan todos sus efectos.

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 reso-

39. 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.

40. A estos efectos conviene recordar que es doctrina unánimemente admitida que la firmeza tiene que ser en vía administrativa y no en la jurisdiccional (STS de 13 de septiembre de 2006; Informe 15/18, de 10 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y Resolución del TACRC 116/2022, de 27 de enero). La firmeza de la resolución administrativa únicamente 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.

lución sancionadora con carácter firme por la comisión de infracciones muy graves —y solo muy graves— en el sector donde éstas se concretan, y que no siempre contemplan la prohibición de contratar como medida accesorio.

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»⁴¹.

Lo deseable es que la LCSP hubiera concretado las conductas habilitadoras de la prohibición de contratar y que existiera una coherencia entre políticas, pero que no ocurra 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 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, etc.) y tanto en el ámbito estatal como en el autonómico.

Ahora bien, en estos casos podemos encontrar que la legislación sectorial no contemple la prohibición de contratar como una medida accesorio a la imposición de una sanción muy grave, como ocurre por ejemplo en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, o que, por el contrario, la propia norma contemple dicha prohibición. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Esta ley contempla un catálogo de infracciones administrativas por distintas acciones u omisiones que contravienen las obligaciones marcadas en su articulado y, entre las medidas desfavorables se señala que «la imposición de una sanción con carácter firme por la comisión de infracción muy grave conllevará la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o norma que, en su caso, la sustituya».

41. El artículo 60.1.b) del derogado 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 únicamente 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 patrimonial⁴².

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. No cabe duda de que cualquier adjudicatario debe cumplir con lo dispuesto en dicho precepto, es decir, debe tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en alguna prohibición de contratar, y acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, o la clasificación, en los casos en que así lo exija esta Ley, siendo la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento la nulidad, ya que son nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores con personas carentes de capacidad, de conformidad con el artículo 39 de la misma Ley (Resolución 1529/2021, de 5 de noviembre, del TACRC).

Por ello, 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

42. 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).

prohibiciones de contratar⁴³. Una cuestión diferente es el modo en que deba de acreditarse la ausencia de prohibiciones dadas las peculiaridades procedimentales de los contratos menores.

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). Así las cosas, la obligación de no estar incurso en prohibición para contratar hace referencia al momento de presentación de ofertas, debiéndose mantener hasta la formalización del contrato (Resolución 1375/2021, de 15 de octubre, del TACRC).

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 firme.

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 presupuesto fáctico que habilita la prohibición de contratar exige una previa sentencia o

43. 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.

resolución administrativa firme como sucede en los supuestos de prohibición de contratar de los apartados a y b, del artículo 71.1 de la LCSP, o si (ii) no existe una sentencia o resolución administrativa que acredite la existencia del motivo de exclusión.

En cuanto a la eficacia de la prohibición en los supuestos del artículo 71.1.a y b), el artículo 73.3 diferencia entre tres supuestos:

1. Aquellos en los que la sentencia firme o la resolución administrativa firme se ha pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.
2. Aquellos en los que la sentencia firme o la resolución administrativa firme no se ha pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.
3. Aquellos otros en los que corresponde al Ministerio de Hacienda fijar la duración y el alcance de la prohibición del contratar, o en los que la resolución administrativa no se ha pronunciado sobre el alcance y la duración y corresponde al Ministerio de Hacienda fijar la duración⁴⁴.

El diferente momento en el que se especifica el alcance y duración de la prohibición de contratar tiene una importancia decisiva para determinar el comienzo de los efectos de dicha limitación y consecuentemente para apreciar su ejecutividad.

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 los supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente» (artículo 73.3 de la LCSP)⁴⁵.

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.

44. De lo dispuesto en el art. 72.2 de la LCSP se desprende que, si bien la procedencia de imponer la prohibición de contratar se debe contener en la resolución sancionadora, el alcance y duración de dicha prohibición puede concretarse de dos formas distintas: a) en la propia resolución sancionadora; b) o si la resolución sancionadora no contiene un pronunciamiento sobre extremo, «mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo».

45. 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: 1 de septiembre de 2022].

Hay que tener en cuenta que la STS de 14 de septiembre de 2021 fija doctrina jurisprudencial sobre cuándo se despliegan los efectos de la prohibición de contratar y señala que los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y la duración, bien en la propia resolución sancionadora, bien a través del procedimiento *ad hoc* y, en este último caso, una vez inscrita en el Registro Oficial de Licitadores que corresponda.

La interpretación literal del artículo 73.3 de la LCSP permite concluir que solo cuando la resolución administrativa o judicial fija el alcance y duración de la prohibición ésta produce efectos. Es más, en el caso en que dicho alcance se fije en una resolución administrativa autónoma posterior habrá de inscribirse en el correspondiente Registro Oficial de Licitadores. Según dispone la STS de 28 de marzo de 2022, esta interpretación es conforme, por otro lado, con la propia naturaleza y límites de toda medida restrictiva de derechos, por cuanto la determinación del alcance y duración de una prohibición es esencial para conocer los contornos de la restricción impuesta.

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 jurídica⁴⁶. 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. De modo que, superados estos plazos ya no es posible establecer el alcance y duración de la prohibición y, consecuentemente no podrán inscribirse en el registro y producir efectos.

(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

46. 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.

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 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 únicamente 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 día⁴⁷.

47. 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

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 predecesoras⁴⁸, 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 cualificado⁴⁹.

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»⁵⁰.

la que se refiere la STS de 18 de marzo de 2015 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).

48. 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).

49. 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».

50. 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 contratar⁵¹.

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 miembros⁵². 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.

51. 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».

52. 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»).

La Directiva 2014/24/UE introduce como novedad, el mecanismo de las medidas correctoras (*self-cleaning*)⁵³. Tal mecanismo, que se aplica a los operadores económicos que no hayan sido excluidos del procedimiento de contratación en virtud de sentencia firme, tiende a incitar al operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 57.4 de dicha Directiva a aportar pruebas de que las medidas que ha adoptado son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a existir una causa facultativa de exclusión pertinente⁵⁴.

Estas medidas, en atención al principio de proporcionalidad, contemplan 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 repita. 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 adjudicación. 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 norma⁵⁵.

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).

53. 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 al referirse a esta materia, aunque lo cierto es que el término *self-cleaning* deriva de la traducción del vocablo alemán «*Selbstreinigung*».

54. STJUE de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, apartado 40.

55. 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, pp. 215-232.

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 incumplimiento y quienes abogan por propiciar la redención de los infractores⁵⁶. 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 contratar⁵⁷. 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).»

56. 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.

57. A este respecto puede verse las siguientes sentencias del TJUE: de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18; de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, apartado 34; de 11 de junio de 2020, Vert Marine, C-472/19 y de 14 de enero de 2021, RTS infra y Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19.

No se trata de reproducir literalmente las disposiciones de las Directivas — como sí 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.

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, pp. 2649-2703.
- 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.
- AYMERICH CANO, C., «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, págs. 306-343.
- 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, pp. 109-140.
- DE GUERRERO MANSO, C., «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extraordinario 19, 2018, pp. 141-177.
- 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, pp. 77-126.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La contratación del sector público y la protección del medio ambiente», en *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 159-214.

- GALÁN VIOQUE, R. (Dir.), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, núm. 4, diciembre 2017, pp. 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, pp. 47-132.
- GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Los objetivos de sostenibilidad en inclusividad en la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública: de las ideas a la acción», en *La Agenda 2030: implicaciones y retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021, pp. 67-100.
- 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, pp. 1230-1293.
- HUERGO LORA, A., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *REDA*, núm. 182, enero-marzo 2017, pp. 223-259.
- LAZO VITORIA, X., «Cambio climático y contratación pública: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 177-204.
- MEDINA ARNAIZ, T., *Las prohibiciones de contratar desde una perspectiva europea*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- MEDINA ARNAIZ, T., «Aplicación de las prohibiciones de contratar con fundamentación social y medioambiental», en *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 143-162.
- MEDINA ARNAIZ, T., «La contratación pública estratégica», en *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 81-99.
- MEDINA ARNAIZ, T., «La incidencia de los objetivos climáticos y medioambientales de la Unión Europea en la contratación pública», *Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2022, pp. 537-546.
- MORENO MOLINA, J. A., *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PERNAS GARCÍA, J. J., «Compra pública circular: Análisis de las barreras, posibilidades y límites del marco jurídico y organizativo actual y propuestas

de mejoras», *Redondear la economía circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 297-326.

PERNAS GARCÍA, J. J., «Compra pública verde y circular: El largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 873-914.

PERNAS GARCÍA, J. J., «Medidas de contratación pública en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y suelos contaminados para una economía circular», en la página web del *Observatorio de Contratación pública* <https://www.obcp.es/> 19 de abril de 2022.

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, pp. 317-328.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., «La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias», *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, pp. 479-545

PYMES Y COMPRA PÚBLICA VERDE: DERRIBANDO BARRERAS

Javier Miranzo Díaz

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PYMES. 1. Las pymes en las Directivas europeas: la división en lotes. 2. Las PYMES en la contratación pública nacional. III. LA CONFIGURACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA VERDE. IV. LAS POSIBLES BARRERAS A LAS PYMES EN LA CONTRATACIÓN SOSTENIBLE. V. MEDIDAS PARA CORREGIR O MITIGAR LAS BARRERAS AMBIENTALES A LAS PYMES. 1. Medidas de capacitación y acompañamiento de las pymes en la transición ecológica. 2. La definición de las especificaciones técnicas que permitan acceso a las pymes. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de las pequeñas y medianas empresas (pymes) para la estructura social y económica de la UE es a todas luces innegable. Tal y como expone la propia Comisión Europea, las pymes representan más del 99 % del total de las sociedades europeas¹. Estas, además, son en su gran mayoría empresas familiares y constituyen una verdadera columna vertebral tanto económica como social. En España se obtienen cifras similares, con un 99,84% del total de empresas (2.884.795) calificadas como pyme.²

Sin embargo, en lo que concierne al número de pymes que acceden a la contratación pública, se estima que en la UE las pymes ganan únicamente el 65%

1. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Statistics_on_small_and_medium-sized_enterprises

2. COMISIÓN EUROPEA. *A New Industrial Strategy for Europe*, 10 de marzo de 2020 COM(2020) 102 final, p. 2.

de todos los contratos públicos de la UE y elEEE.³ Esto plantea, desde luego, un marco en el que sigue siendo prioritario el fomento de la participación de las pymes en la compra pública europea y nacional, una preocupación que viene siendo abordada por la normativa desde hace tiempo, y especialmente tras la aprobación del paquete de directivas de 2014 y la LCSP actual (Ley 9/2017)⁴. En el caso de España, sin embargo, no tenemos datos fiables sobre la participación debido a la no obligatoriedad de rellenar en la plataforma PLACE el número de los licitadores que son pyme, así como si el adjudicador lo es, lo cual hace que no podamos evaluar correctamente el problema ni las posibles distorsiones que puede plantear su colisión con objetivos estratégicos de la contratación pública. Por otro lado, a menudo las diferentes acciones estratégicas de la contratación pública han sido abordadas de manera separada, incluso por el legislador y las instituciones, obviando las posibles relaciones que puedan existir entre elementos como el acceso de las pymes a la contratación y la inclusión —o la forma de hacerlo— de cláusulas ambientales. En las próximas páginas trataremos de arrojar algo de luz sobre qué grado de desarrollo existe actualmente, normativa y administrativamente, en la inclusión de las pymes en la contratación pública, y la posible incidencia que sobre este extremo puedan tener los criterios de sostenibilidad.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS PYMES

1. Las pymes en las Directivas europeas: la división en lotes

Abrir el mercado público a las pequeñas empresas, de forma que se consoliden las economías locales, se marcó como una prioridad por las instituciones europeas especialmente desde la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, que ya en su considerando segundo remarca como uno de los principales objetivos facilitar *la participación de las pequeñas y medianas empresas (pyme) en la contratación pública*. Para estos objetivos, la Directiva apuesta esencialmente por medidas relacionadas con el dimensionamiento de los contratos⁵. Es decir, con un correcto diseño de los mismos que se adecúe debidamente al tejido empresarial local en

3. COMISIÓN EUROPEA. Principales conclusiones: Análisis de la participación de las PYME en la contratación pública y de las medidas de apoyo a la misma. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019. Disponible desde: < [https://doi: 10.2873/417621](https://doi.org/10.2873/417621) >

4. GIMENO FELIÚ, J. M. (2020): «La Visión Estratégica En La Contratación Pública En La Ley De Contratos Del Sector Público: Hacia Una Contratación Socialmente Responsable Y De Calidad», *Economía industrial* (415), 89-97; (2014): *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)*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2014.

5. Así lo ha reiterado el TACRC en sus resoluciones 120/2018, 139/2018, 387/2018, 981/2018, entre otras. Véase, en el mismo sentido, BURGI, M. (2007): «Small and Medium-Sized Enterprises and Procurement Law-European Legal Framework and German Experiences», *Public procurement law review*, 4, 284.

cuanto a capacidades técnicas y económicas. En modo de recomendaciones, los considerandos 59 y 66 enfatizan la necesidad de utilizar algunos recursos de racionalización de compra, como los sistemas dinámicos —articulando categorías separadas, y por tanto criterios de selección, para los diversos productos, obras o servicios— o las compras centralizadas —cuidando de no licitar contratos excesivamente amplios o de dividirlos en lotes—, teniendo en cuenta las capacidades de las pymes para no excluir a este sector de la participación.

Pero el principal mecanismo para el fomento de participación con las pymes es, sin duda, la «obligación» de dividir en lotes⁶. Aunque la Directiva hace hincapié sobre este aspecto en diferentes puntos de su articulado y especialmente en los considerandos, es en su artículo 46 donde regula la división del objeto de contrato en lotes. Su redacción invierte la norma general anteriormente existente en el derecho español y europeo, que permitía la división siempre que se motivase su necesidad⁷. En él, el regulador europeo no establece de manera directa una obligación de dividir⁸ —como sí hace el legislador español en el artículo 99.3 de la LCSP de 2017—, pero sí que introduce una nueva regla que en la doctrina jurídica europea se ha identificado como «*explain or divide*» (explica o divide)⁹, que impone la obligación a las entidades adjudicadoras de motivar y justificar su decisión en caso de no dividir el contrato¹⁰. Esto es, no existe una obligación de dividir, sino de «*que se estudie la conveniencia de tal división*» (TACRC, Resolución 993/2018, de 2 de noviembre). Algunos autores europeos han entendido esta cuestión como un requerimiento débil, que exige explicación, pero no necesariamente de justificación —al menos desde la perspectiva de la Directiva 2014/24—, de forma que esta «explicación» estaría únicamente sujeta a revisión judicial leve¹¹. Lo que el legislador europeo está exigiendo es, por tanto, únicamente que el poder adjudicador considere la posibilidad

6. CANALS I AMETLLER, D. (2018): «Divisibilidad Del Objeto Contractual Y Otras Medidas Legales De Fomento De La Participación De Las Pymes En La Contratación Pública», *Cuadernos de derecho local* (48), 221-46.

7. CANDELA TALAVERO, J. E. (2019): «El Objeto Del Contrato Público y Su División», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* (18), 175-234.

8. RAIMUNDO, M. A. (2018): «Aiming at the Market You Want. A Critical Analysis of the Duties on Division into Lots under Directive 2014/24/Eu», *Public Procurement Law Review*, 4, 167.

9. TRYBUS, M. (2018): «The Division of Public Contracts into Lots under Directive 2014/24: Minimum Harmonisation and Impact on Smes in Public Procurement?», *European Law Review*, 43 (3), 313-42.

10. «El apartado 1 del artículo 46 de la nueva Directiva de contratación pública no impone a los poderes adjudicadores la obligación de dividir los contratos en lotes, sino tan solo la de motivar la decisión de no efectuar dicha división, en los pliegos o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 de la Directiva». TACRC, Resolución 387/2018, de 23 de abril.

11. TRYBUS, M. (2018), op. cit. en p. 328; ANCHUSTEGUI, I. H. (2016): 'Division into Lots and Demand Aggregation—Extremes Looking for the Correct Balance?', in SÁNCHEZ GRAELLS, A. and ØLYKKE, G. S. (eds), *Reformation or Deformation of the Eu Public Procurement Rules*, Edward Elgar Publishing, 2016. algunos autores incluso han sostenido la no sujeción de estos aspectos al control jurisdiccional, véase GRAELLS, A. S. (2015): *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Bloomsbury Publishing.

de dividir en lotes¹², pero en la práctica convierte la división en la opción pre-determinada¹³.

En todo caso, el análisis que se realiza acerca del uso de los lotes y el acceso de las pymes en el Informe 2019 de la OIRESCON¹⁴, ofrece algunos datos interesantes, al tiempo que se pueden identificar ciertas carencias significativas. Así, llama poderosamente la atención que la media de licitadores en aquellos contratos divididos en lotes es en torno a un tercio menor que en aquellos en los que no se usa esta técnica¹⁵. Además, alrededor de un 20% de los lotes se han adjudicado a un mismo licitador. Adicionalmente, de los lotes analizados, únicamente un 42,3 % tienen como adjudicatarios una pyme¹⁶. Del estudio podemos extraer conclusiones interesantes sobre la cuestionable incidencia de los lotes en el acceso de pymes a la contratación pública, que como han cuestionado con anterioridad algunos autores, dista de ser evidente¹⁷.

Pero la normativa europea contiene, además, otras medidas especialmente dirigidas a la descarga burocrática del proceso de licitación, especialmente en lo que se refiere a los criterios de solvencia económica y financiera. Así, su artículo 58 (también el considerando 83) establece que estos requisitos *deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato. El requisito normalmente no debe exceder como máximo el doble del valor estimado del contrato.*

Del mismo modo, el considerando 84 insta a los Estados Miembros a reducir en lo posible la carga administrativa y burocrática en lo relativo a las certificaciones, clasificaciones y demás certificados siempre que no sean estrictamente necesarios. En éste último caso se trata, en todo caso, de directrices, ya conviene recordar que los considerandos no tienen fuerza vinculante, y este tipo de medidas no se concretan de forma expresa en el articulado. No obstante, dirigido a este objetivo de aligerar la carga burocrática, sí es de aplicación vinculante el contenido del artículo 59, relativo al uso obligatorio del DOUE. La normativa española, además, prevé la limitación de la necesidad de clasificación administrativa de las empresas por debajo de determinados umbrales económicos para los contratos de obras y su no exigencia para los contratos de servicios, con el objetivo de facilitar su participación en la licitación pública. En la Directiva europea También se contienen otras cuestiones relativas a la simplificación de plazos, especialmente dedicadas al plazo de presentación de las ofertas, en el cual se deberá tener en cuenta la complejidad de la preparación de ofertas, de

12. Resolución 318/2016, de 7 de diciembre de 2016, Tribunal de Andalucía. En el mismo sentido (2015), op. cit. en p. 356.

13. RAIMUNDO, M. A. (2018), op. cit.

14. OIRESCON. Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España, 2019, p. 128.

15. Ibídem en p. 127.

16. Ibídem en p. 128.

17. TRYBUS, M. (2018), op. cit. en p. 328.

forma que permita a las empresas de reducido tamaño preparar sus ofertas con normalidad (considerando 80).¹⁸

Sin embargo, a mi entender, ha pasado inmerecidamente inadvertido el contenido del considerando 120, que insta a los Estados Miembros a utilizar el concurso de proyectos no sólo para cuestiones de urbanismo u otros usos tradicionales, sino para *obtener planes de ingeniería financiera que optimizarían el apoyo a las pymes en el contexto de la iniciativa Recursos conjuntos europeos para las micro a medianas empresas o de otros programas de la Unión de apoyo a las pymes en un Estado miembro determinado*. Una vez elaborado el plan, según establece la propia Directiva, los ulteriores contratos de servicios que ejecutaran el plan podrían adjudicarse por medio del procedimiento negociado sin publicidad a la empresa o a una de las empresas ganadoras del concurso de proyectos. Esta herramienta podría ser sumamente interesante de cara a su uso por parte de las entidades adjudicadoras en los diferentes niveles operativos y con diferentes tamaños, y especialmente a nivel local, en las que un plan inicial de ingeniería financiera para pymes podría dar lugar a una implementación dirigida a este sector productivo con procedimientos de adjudicación ágiles, sencillos y libres de cargas burocráticas.

2. Las PYMES en la contratación pública nacional

Uno de los principales problemas identificados en el análisis del acceso de las pymes a la contratación pública a nivel nacional es, como se ha mencionado, la ausencia de mecanismos de clasificación o identificación de las empresas adjudicatarias según estos parámetros. De esta forma, el informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 apunta a una mejora en cuanto a los indicadores de participación de las PYMES, que se incrementa un 121,2%, siendo la contratación armonizada el motor de este crecimiento¹⁹. No existen datos fiables acerca del grado de participación de este tipo de operadores económicos en la contratación pública, y por tanto el seguimiento y la evaluación de idoneidad de las medidas adoptadas se convierte en un verdadero acto de creatividad.

Así, la OIRESCON, en su *Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España* de 2019, abordaba el número de contrataciones en las que participaron pymes únicamente dentro de los celebrados por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, analizando un muestreo reducido de 23 contratos, de los cuales 8 contaban con pymes entre las

18. CANÓNICO SARABIA, A. (2019): 'La Contratación Pública Estratégica: Con Especial Referencia Al Acceso De Las Pymes En Las Compras Públicas'.

19. MORENO MOLINA, J. A. «El informe trienal de la JCCPE sobre la contratación pública en España 2018-2020 y la contratación social y estratégica». Observatorio de contratación Pública, 8 de noviembre de 2021. Disponible en: <http://www.obcp.es/opiniones/el-informe-trienal-de-la-jccpe-sobre-la-contratacion-publica-en-espana-2018-2020-y-la>

empresas adjudicatarias (34,78%). Se trata de un análisis interesante y útil, sin duda, pero cuyos resultados no pueden ser extrapolados al global del mercado de la compra pública debido las limitaciones cuantitativas y cualitativas de su alcance. En informes más recientes, en los que se analizan datos a gran escala, tampoco se ha podido cuantificar esta participación de pymes debido a la falta de información²⁰.

Precisamente como consecuencia de esta ausencia de análisis exhaustivos, las medidas propuestas en el *Plan Estratégico de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación 2020-2024* fueron en cierto modo imprecisas y vagas²¹. Por su parte, las principales propuestas que plantea *Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España* de 2019, esto es, la revisión de los requisitos de solvencia utilizados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, por un lado, y la utilización de lotes «*del menor tamaño posible para promover al máximo dicho acceso*», no arrojan demasiada novedad frente a la literatura existente y las provisiones contenidas en la normativa. El informe incluso se aventura a asegurar la necesidad de distribuir en lotes del menor tamaño posible para promover al máximo el acceso de las pymes, un extremo —el beneficio para las pymes de minimizar al máximo el tamaño de los lotes— que no ha sido confirmado por ninguna evidencia empírica, y que, al contrario, ha sido puesto en duda por la doctrina nacional²² e internacional²³. Al contrario, la regla general debe ser que en la fase preparatoria de los contratos se lleve a cabo un análisis acerca del tamaño, número y distribución idóneos de los lotes para favorecer una mayor concurrencia, atendiendo especialmente a las características de los operadores económicos que componen el tejido de pymes potencialmente licitadoras, adaptando el tamaño

20. A pesar de los esfuerzos que está realizando la OIRESCON para recuperar toda la información posible de PLACE, lo cierto es que las carencias siguen persistiendo, y la información disponible no permite extraer conclusiones, como la propia oficina de supervisión de encarga de precisar en su informe 2021: «No obstante, cabe destacar que el análisis del presente informe se refiere a los contratos adjudicados a PYMES, sin poder extraer conclusiones en relación a la participación de estas, que es en realidad lo que pretende impulsar la Directiva 2014/24/UE». OIRESCON. Informe Anual de Supervisión 2021, p. 229.

21. Las medidas planteadas son las siguiente:

Medida II.1

Incorporar a las guías y pautas elaboradas por la OIREscon, la casuística específica de las PYMES en relación al acceso a las licitaciones públicas.

Medida II.2

Incluir en los planes de actuación anuales de supervisión cuestiones relacionadas al acceso de las PYMES a las licitaciones públicas.

22. Véase GÓMEZ FARIÑAS, B. (2020): «La Participación De Las Pymes En La Contratación Pública: Una Visión Desde El Derecho Europeo», *Revista Digital de Derecho Administrativo* (24), 161-82, en p. 169. Del mismo modo, se han planteado diversos casos ante el TACRC en los que se no se plantean potenciales riesgos de que alguno de los lotes quede desierto debido a su reducido tamaño (Resolución 75/2018, de 14 de marzo, del TACPCM; Resolución 387/2018, de 23 de abril, del TACRC; TACRC, Resolución 755/2018, de 16 de agosto; Resolución no 501/2019, de 9 de mayo).

23. TRYBUS, M. (2018), op. cit; RAIMUNDO, M. A. (2018), op. cit.

de los contratos para facilitar la participación en los mismos de las pymes. Para ello, el uso de las consultas preliminares en el sentido términos que se indican en los siguientes apartados de este trabajo deben desempeñar un papel fundamental.

Adicionalmente, en la actualidad, una de las cuestiones esenciales para poder evaluar qué impacto están teniendo las medidas adoptadas en la apertura de los mercados a las pymes, y poder diseñar políticas y líneas de actuación en consecuencia, es poder contar con unas fuentes adecuadas de información. En este sentido, una cuestión general, pero que tiene incidencia innegable en el ámbito que estamos tratando, es la evidencia de que para que el suministro de datos surta efecto y el análisis de datos totales sea viable, es necesario dotar a los datos de la PCSP de una mayor calidad, de forma que no requiera por parte de los analistas el estudio y extracción individualizado de cada acuerdo de formalización²⁴.

En España ya contamos, a priori, con un sistema de publicidad activa de los contratos públicos que se centraliza en la Plataforma de Contratos del Sector Público, y que debería ser suficientemente informatizado, homogéneo y funcional como para garantizar la recopilación de este tipo de información²⁵. Según se recoge en el Anexo III, sección 6, de la LCSP y en la Directiva 2014/24/UE, es obligatorio incluir en el anuncio de formalización indicación expresa sobre si uno o varios de los adjudicatarios pueden ser catalogados como pyme. La PCSP recoge este punto, habilitando en el expediente de contratación una casilla correspondiente para indicar (1) cuántas ofertas de las recibidas han sido presentadas por pymes en el momento de introducir los datos en la adjudicación, así como (2) si la empresa adjudicataria es una pyme. No obstante, y a pesar del carácter obligatorio que parece otorgarles la normativa, estos campos no son de obligado cumplimiento en la práctica, por lo que su cumplimentación por parte de los órganos de contratación es escasa e irregular, lo cual dificulta sobremedida la supervisión y evaluación de la participación de las pymes y la eficacia de las medidas que se adopten para conseguirlo. Un apartado que no permitiera continuar si no se rellena permitiría un seguimiento y un análisis a gran escala de la accesibilidad que plantean los contratos para las pequeñas empresas, basándose en cantidades de datos mucho más relevantes que permitirían identificar problemas concretos en determinados sectores, contratos de determinado tamaño, ámbitos geográficos, o en función de la entidad contratante. Así lo ha propuesto la propia OIRESCON en sus diferentes informes hasta la fecha, planteando la necesidad de crear este campo configurado como datos abiertos para

24. OTERO, D. A. et al. (2021): «La Contratación Pública En España: Fuentes De Datos, Normativa Y Aplicaciones Tecnológicas1», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* <http://revista.jacobe.edu.mx> (21), 87-112; MORENO MOLINA, J. A. (2021): «Contratación Pública Electrónica Post-Covid 19», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review* (8).

25. GIMENO FELIÚ, J. M. (2020): 'Administración Electrónica, Transparencia y Contratación Pública: Algunas Propuestas de Reforma,' in MARTÍN DELGADO, I. and MORENO MOLINA, J. A. (eds), *Administración Electrónica, Transparencia y Contratación Pública*, Madrid: Iustel, 2020, 299-318.

poder explotar esta información —un llamamiento que, en 2022, sigue sin haberse escuchado.²⁶

Finalmente, se ha manifestado cierta preocupación acerca de en qué medida determinadas exigencias administrativas o burocráticas, como la inscripción en el ROLECE, pueden incidir en el grado de acceso por parte de las pymes. Sin embargo, tal y como señala la OIRESCON²⁷, de nuevo no disponemos datos en cuanto al número de pymes inscritas en el ROLECE. Aunque el acceso de las pymes en España a los sistemas informáticos, certificado y firma electrónicos y demás instrumentos digitales de relación con la Administración es considerablemente amplia²⁸ (en torno a un 90% en pymes de mediano tamaño y 70% en pymes pequeñas y micro²⁹), la inscripción en el ROLECE exige una cierta dedicación por parte de las empresas y conocimiento de los beneficios y del funcionamiento del sistema que pueden suponer una barrera de entrada a las pequeñas empresas.

No es posible saber, por falta de datos, en qué medida la inscripción en el ROLECE actúa como una barrera de entrada, algo que no es una cuestión trivial si tenemos en cuenta que la inscripción es obligatoria para participar en procedimientos simplificados, los cuales, por cuantía, son los que presentan unas mejores condiciones para las pymes. De nuevo, como ocurría con la PCSP, es necesario habilitar campos de contenido en el ROLECE que sean capaces de identificar el número de pymes inscritas, y así poder evaluar en qué medida la inscripción supone una carga y actuar en consecuencia.

Existe, en definitiva, una ausencia de estadísticas de participación y de acceso por parte de las pymes que ha sido también puesta de manifiesto por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en el *Marco estratégico en política de PYME 2030*³⁰. Las medidas para favorecer a las pymes son, tanto en la legislación europea como en la nacional, en cierto modo imprecisas, y, además, los datos disponibles hoy en día no permiten desagregar y analizar correctamente el impacto de las mismas. Esto hace que los efectos sobre las pymes de la división en lotes (y el tamaño o la forma de estos), el uso de criterios cualitativos o cuantitativos, o el posible efecto limitador desincentivador de ciertos sistemas de solvencia, no han podido ser probados, y los avances en la materia se han producido de forma asimétrica y desordenada.

26. OIRESCON. Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España, 2019, p. 128.

27. OIRESCON. Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España, 2019, p. 176.

28. Si bien se aprecian ciertos retrasos en algunas cuestiones de digitalización empresarial, el uso de certificados electrónicos y las relaciones digitales con la Administración se encuentran ya considerablemente asentadas en nuestro país. Véase:

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/10/07/companias/1570458826_014704.html.

29. EAPYME. Informe eAPyme 2019: Transformación digital en las pymes y los autónomos españoles, 2019, p. 11.

30. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en el Marco estratégico en política de PYME 2030, 2019, p. 47.

II. LA CONFIGURACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE

Al igual que ocurre con la incorporación de las pymes al sistema, la potenciación de la contratación pública sostenible viene siendo otro de los pilares estratégicos de la UE. Desde que los países occidentales adquirieron en la década de 1970 los primeros compromisos para lograr un desarrollo sostenible, las políticas medioambientales han ido penetrando en prácticamente todas y cada una de las áreas jurídicas de conocimiento, y especialmente en aquellas relacionadas con el Derecho Administrativo³¹. En materia de contratación pública habría que esperar algo más para ver materializado el carácter transversal del Derecho Ambiental, aunque cuando lo hizo, la conciencia ambiental irrumpió con fuerza. Tras la sentencia del TJUE *Concordia Bus Finland* (2002)³² y el paquete de directivas de 2004, en las que se admitió que podrían incluirse criterios ambientales aunque el objeto del contrato no esté necesariamente ligado a la protección del medio ambiente, siempre y cuando estos vayan referidos a la ejecución del contrato³³.

Durante los últimos veinte años, la contratación pública verde se ha visto fuertemente impulsada por las instituciones europeas, que han centrado sus esfuerzos en potenciar este tipo de compra pública sostenible, apostando por ella en diferentes frentes³⁴. La Comisión ha ido aprobando diferentes versiones de las guías sobre contratación pública verde: *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market* (2011), *Green Public Procurement: A collection of Good Practices* (2012), *Byuing Green: A handbook on green public procurement* (2016), entre otras³⁵. El TJUE, por su parte, ha ido depurando la forma en la que pueden incluirse estos criterios en sentencias como *EVN AG and Wienstrom GmbH* (Case C-448/01 de 4 diciembre 2003), *Evropaïki Dynamiki v European Environment Agency* (Case T-331/06 de 8 julio 2010)³⁶, o el caso del '*Dutch Coffee*' (Case C-368/10 de 10 mayo 2012).

31. PLAZA MARTÍN, C. (2013): 'Medio Ambiente En La Unión Europea,' *Tratado De Derecho Ambiental*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 2013, 79-144.

32. *Concordia Bus Finland* (Caso C-513/99 de 17 septiembre de 2002).

33. MIRANZO DÍAZ, J. (2017): «Hacia Una Administración Pública Sostenible: Novedades En La Legislación Europea De Contratación Pública (Towards a Sustainable Public Administration: Novelities in the Eu Procurement Law)», *Actualidad jurídica ambiental*, 64.

34. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2011): «Impulso Decisivo En La Consolidación De Una Contratación Pública Responsable. Contratos Verdes: De La Posibilidad a La Obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental* (1), 16-24.

35. Sobre el tema, por todos, véase la obra colectiva LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra Pública Verde*, Atelier.

36. Esta sentencia intenta esclarecer uno de los aspectos más problemáticos de los criterios de valoración, que es cuánto margen tendrán los poderes adjudicadores al determinar cuándo una oferta es equivalente a la otra, y por tanto cuándo se pueden aplicar los criterios ambientales para «desempatar».

El impulso institucional, además, se ha visto acompañado de diferentes reformas legales que han tratado de consolidar el marco legal para que se puedan incorporar estas cláusulas de la manera más adecuada posible³⁷. Así, una primera aproximación en las directivas de 2004 que planteaba una posibilidad de uso que recogió expresamente la introducción de criterios ambientales en todos los procedimientos de contratación pública, junto con criterios éticos y sostenibles, describiendo los criterios de adjudicación que permiten a la entidad adjudicadora (entidad u órgano o autoridad contratante) seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.³⁸ Un marco legal que fue aprovechado por el TJUE para admitir, por ejemplo, como criterio el coste del ciclo de vida en el caso del ‘*Dutch Coffee*’ (Caso C-368/10 de 10 mayo 2012), que sería la base sobre la que posteriormente se redactarían las previsiones de sostenibilidad de la Directiva 2014/24³⁹. Y de forma similar ocurrió con otro tipo de cláusulas o herramientas específicas, como la referencia a ecoetiquetas o certificaciones específicas — siempre que se permitieran otros medios equivalentes de prueba—, que fueron admitidas por el TJUE en sentencia de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/ Reino de los Países Bajos*, Caso C-368/10, y que se incorporaron al texto final de las directivas. Además, la presente directiva incluye en su articulado mención expresa a la posibilidad de utilizar las eco-etiquetas como criterios de valoración⁴⁰, algo que, si bien es cierto que la jurisprudencia del TJUE venía admitiendo en años anteriores⁴¹, y cuyo uso se había normalizado entre los contratos públicos europeos, no estaba recogido en las directivas de 2004⁴².

A nivel nacional, el ímpetu de las instituciones europeas derivó en la inclusión en el artículo 1.3 de la LCSP de la obligación de incorporar, «de manera transversal y preceptiva», cláusulas ambientales en todos los contratos públicos —algo que para el caso del impulso de pymes se diluye en una cláusula general que prevé que «se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas». Para conseguirlo, la LCSP aporta diferentes mecanismos y obligaciones, derivados en mayor o menor medida del derecho europeo, como el mandato de que cuando objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definan en base a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (artículo 126.4 LCSP); el uso de ecoetiquetas y qué requisitos debe cumplirse en su uso (artículo 127.2); ejemplos específicos de posibles criterios de adjudicación (artículo 145.2 LCSP); el

37. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2017): ‘Los Retos Ambientales De Las Nuevas Directivas: La Contratación Pública Como Herramienta,’ *Nueva Contratación Pública: Mercado y Medio Ambiente*, Cizur Menor: Aranzadi: Thomson Reuters, 2017, 77-126.

38. PERNAS GARCÍA, J. J. (2011): *Contratación Pública Verde*, La Ley.

39. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2015): «Sostenibilidad Social y Ambiental en la Directiva 2014/24/Ue De Contratación Pública», *REDE. Revista española de derecho europeo* (56), 13-42.

40. Considerando 74 y artículo 43.1

41. STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/ Reino de los Países Bajos*, Caso C-368/10.

42. PERNAS GARCÍA, J. J., ‘Posibilidades Y Límites Para El Uso De Las Etiquetas Ambientales En Los Procedimientos De Contratación Pública,’ in SANZ LARRUGA, J. (ed), *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*(2013), en p. 367.

cálculo del coste del ciclo de vida (artículo 148); la relevancia de las cuestiones ambientales a la hora de evaluar las bajas temerarias (artículo 149), etc.⁴³

Si a estas especificaciones normativas sumamos las numerosas guías sobre la materia o los repositorios de buenas prácticas existentes tanto a nivel europeo como en los diferentes niveles de actuación administrativa nacional, se evidencian algunos aspectos de relevancia para el presente trabajo:

1. El peso de las medidas ambientales, tanto en los textos normativos como en los documentos no normativos, es considerablemente superior al mencionado en el apartado anterior en relación a las medidas de impulso a las pymes.
2. El grado de detalle —y por tanto de seguridad jurídica— sobre cómo implantar este tipo de medidas ambientales es mayor que en el caso de las medidas de promoción de las pymes. Estos dos primeros puntos hacen que las entidades adjudicadoras españolas hayan recibido mayores estímulos para la implantación de este tipo de medidas ambientales que para el impulso de las pymes.
3. Tanto a nivel europeo como nacional se ha seguido un criterio de máxima implantación de criterios ambientales, sin más límite que la vinculación al objeto del contrato y el respeto del principio de concurrencia —ya de por sí límites en ocasiones complejos. Además, la implantación de criterios de sostenibilidad es, a pesar de las guías y del desarrollo normativo, un proceso altamente técnico y complejo, que a menudo requiere de grandes esfuerzos de transformación de la cultura de contratación por parte de los órganos de contratación. Incluir en la ecuación las posibles contrapartidas de su implantación puede actuar como desincentivo del proceso hacia una contratación sostenible.⁴⁴

Estos elementos —junto con otros— han derivado en que la inclusión de medidas de promoción de las pymes y las medidas de sostenibilidad hayan sido concebidas como compartimentos estancos, que pueden utilizarse sin que la una afecte a la otra. No existe, en este sentido, jurisprudencia que limite la adopción de medidas ambientales en favor de la inclusión de las pymes o viceversa, o que establezca un sistema de prelación, ya que se entiende que son dos objetivos estratégicos complementarios entre sí.

43. Para más detalles, véase DOPAZO FRAGUÍO, M. P. (2020): «La Contratación Pública Como Herramienta Para Promover La Responsabilidad Ambiental», *Revista catalana de dret ambiental*, 11 (2); DE GUERRERO MANSO, C. (2018): «La Inclusión De Condiciones Especiales De Ejecución Como Medida Efectiva Para La Defensa Del Medio Ambiente a Través De La Contratación Pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública* (19), 141-77; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018): 'Incorporación Cláusulas Ambientales En La Contratación Pública,' in LAZO VITORIA, X. (ed), *Compra Pública Verde*, Barcelona: Atelier, 2018, 2018, 29-51.

44. ARROWSMITH, S. (2019): «Políticas Horizontales En La Contratación Pública: Una Taxonomía», *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 21, 223.

Además, conviene mencionar que lo expuesto se enmarca en un contexto en el que la implantación de las medidas ambientales adolece de carencias similares a las mencionadas en torno a las pymes, en cuanto a la calidad de los datos y la evaluación de resultados⁴⁵. Es cierto, en este sentido, que existen experiencias a nivel nacional e internacional que han logrado optimizar los datos recopilados al respecto y generar resultados cuantitativos sobre el porcentaje de implantación de cláusulas ambientales, lo que supone un paso adelante indudable⁴⁶. Pero sigue siendo complicado evaluar, por ejemplo, el impacto real —a escala global— de las medidas ambientales en la transición ecológica del mercado⁴⁷, y, en consecuencia, su posible incidencia desigual en función de la tipología de empresa licitadora o adjudicataria.

III. LAS POSIBLES BARRERAS A LAS PYMES EN LA CONTRATACIÓN SOSTENIBLE

Sin embargo, la construcción de las medidas en torno a estos dos objetivos estratégicos como compartimentos estancos puede no ser correcta, y determinados estudios sugieren que existe un impacto cruzado entre ambas líneas de actuación. Como regla general, las grandes empresas tienen más experiencia en responder a las iniciativas de la contratación pública sostenible, debido a su mayor capacidad de gestión ambiental y licitación.⁴⁸ En la Unión Europea, que como se ha expuesto anteriormente, ha estado en la vanguardia de la contratación pública sostenible, con el marco legislativo más elaborado del mundo; un eurobarómetro realizado en 2015 mostraba cómo la mayoría de las pymes (86%) informaron que no habían presentado una oferta para una licitación de contratación pública que incluyera requisitos ambientales en los últimos dos años, lo que refuerza la hipótesis de la existencia de un cierto grado de exclusión como consecuencia de la implementación de políticas ambientales.⁴⁹

45. OTERO, D. A. et al. (2021), op. cit.

46. Un ejemplo relevante es el caso del visor de cláusulas ambientales de la Generalitat de Catalunya, que optimizando la calidad de los datos recopilados y utilizando sistemas relativamente sencillos de tratamiento como Power BI, han conseguido configurar un visor de cláusulas ambientales pionero que permite hacer un seguimiento de su implantación por tipo de contrato, sector, entidad contratante, etc.: <https://contractacio.gencat.cat/ca/difusio/publicacions/indicadors/grafics/clausules-ambientals/>

47. ORUEZABALA, G. and J.-C. RICO (2012): «The Impact of Sustainable Public Procurement on Supplier Management—the Case of French Public Hospitals», *Industrial Marketing Management*, 41 (4), 573-80; GRANDIA, J. and D. VONCKEN (2019): «Sustainable Public Procurement: The Impact of Ability, Motivation, and Opportunity on the Implementation of Different Types of Sustainable Public Procurement», *Sustainability*, 11 (19), 5215.

48. AGUILAR, S. et al. (2016). *Promover la participación de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME) en la Contratación Pública Verde*. PNUMA.

49. European Commission. (2015). SMEs, Resource Efficiency and Green Markets. Flash Eurobarometer 426, European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs.

Las razones por las que las pymes tienden a no cumplir con las normas ambientales, sin embargo, están lejos de estar claras. Estas incluyen la falta de información, la falta de recursos financieros, la falta de adaptación de las regulaciones ambientales a la realidad social, económica y técnica de las empresas locales y las posibilidades efectivas de los organismos de control, la dificultad para contratar personal cualificado, la menor conciencia sobre los problemas ambientales, menos presiones ambientales de los clientes y de los competidores directos, etc.⁵⁰ Algunos de estos son especialmente evidentes, como es el caso del uso de etiquetas ecológicas. En ellas, y lo mismo puede aplicarse a las certificaciones, las pymes se enfrentan al dilema de estudiar, elegir y potencia el uso de una o varias de ellas de entre la gran cantidad existentes, algo para lo cual carecen a menudo de recursos.⁵¹ En el mismo sentido, en ocasiones el uso de una etiqueta específica requiere también de productores certificados, lo cual puede dificultar el mantener las redes de aprovisionamiento locales.

Otro elemento tradicionalmente señalado como determinante en las dificultades de cumplimiento de las pymes es que las empresas más pequeñas están, generalmente, menos expuestas al escrutinio —tanto institucional como social— de la aplicación de la normativa sobre cuestiones ambientales que las grandes empresas⁵². En este sentido, algunos autores apuntan a que las pymes encuentran, en determinados sectores, el problema de que las soluciones ambientales son más costosas en comparación con sus productos actuales, lo que resulta desventajoso frente a sus competidores si no hay una conciencia ambiental sólida en el consumidor.⁵³ Esta tendencia está siendo corregida en gran medida, con impulsos regulatorios y motivacionales que promuevan al consumidor final a comprar productos verdes, pero debe seguir poniéndose atención sobre este aspecto, en especial teniendo en cuenta que, con carácter general, para la mayoría de las pymes la contratación pública no representa una parte significativa de sus ventas. Una pyme que tenga que adaptar sus certificaciones y estándares ambientales de manera específica para un contrato público, probablemente se vea incapacitada o no encontrará incentivos suficientes para hacerlo.

Finalmente, se ha señalado el poco peso de las pymes en el desarrollo de los certificados de sostenibilidad a nivel internacional, que redundan en que estas certificaciones no tienen en cuenta las características y las problemáticas de este tipo de empresas⁵⁴. Esto ha sido parcialmente compensado por la participación

50. PRASANNA, R. et al. (2019): «Sustainability of Smes in the Competition: A Systemic Review on Technological Challenges and Sme Performance», *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, 5 (4), 100.

51. GADENNE, D. L., J. KENNEDY, and C. MCKEIVER (2009): «An Empirical Study of Environmental Awareness and Practices in Smes», *Journal of Business Ethics*, 84 (1), 45-63.

52. LEE, S. Y. (2008): «Drivers for the Participation of Small and Medium-Sized Suppliers in Green Supply Chain Initiatives», *Supply chain management: an international journal*.

53. BALA, A. et al. (2008): «Experiences with Greening Suppliers. The Universitat Autònoma de Barcelona», *Journal of Cleaner Production*, 16 (15), 1610-19.

54. DE VRIES, H. et al. (2009): «Sme Access to European Standardization», *Enabling small and medium-sized enterprises to achieve greater benefit from standards and from involvement in*

en la toma de decisiones de determinados grupos de presión en representación de las pymes, como Small Business Standards (SBS), una asociación europea sin ánimo de lucro cofinanciada por la Comisión Europea y los Estados miembros de la AELC, cuyo objetivo es representar y defender los intereses de las pymes en el proceso de normalización a nivel europeo e internacional⁵⁵. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, el peso específico de las pymes en la configuración de estándares internacionales sigue siendo residual. Esta falta de participación efectiva de las partes interesadas se reproduce también, a menudo, en las primeras etapas de la planificación de las iniciativas de compra pública sostenible.

A todo lo anterior, se suma que las directrices existentes en el *soft law* sobre contratación sostenible son a menudo largas, complejas, técnicas y, a pesar de su enfoque amplio y global, no siempre son adecuadas para las pequeñas y medianas empresas. La forma en que se desarrolla la compra pública sostenible puede añadir —si no se presta especial atención— un desafío añadido para las pymes: al reto de poder participar con garantías en procesos de contratación pública (donde ya enfrentan dificultades) se sumaría ser capaces de ofrecer productos verdes o sostenibles. Algunos estudios muestran, de hecho, que existe un riesgo percibido de que la contratación pública verde cree una ventaja competitiva para empresas grandes, que encuentran más facilidades para cumplir con los estándares ambientales⁵⁶.

IV. MEDIDAS PARA CORREGIR O MITIGAR LAS BARRERAS AMBIENTALES A LAS PYMES

A pesar de que, como se ha expuesto, no existen análisis exhaustivos ni definitivos del grado de exclusión real que pueden estar provocando las cláusulas ambientales o configuración en la contratación de las pymes, el escenario anterior dibuja una incidencia que merece, al menos, ser tomada en cuenta. Las Administraciones públicas y los Gobiernos deben ser conscientes de este riesgo y adoptar medidas para mitigar o corregir estas posibles injerencias.

1. Medidas de capacitación y acompañamiento de las pymes en la transición ecológica

Entre las medidas de apoyo de las administraciones públicas para la mejora del desempeño ambiental de las pymes debe incluir consultoría y asesoría de gestión ambiental, financiamiento para programas de difusión de gestión am-

standardization, Rotterdam School of Management, Erasmus University, August, 1.

55. Puede accederse a la página web de la asociación en: <https://www.sbs-sme.eu>

56. ROOS, R. (2013): «Sustainable Public Procurement in Lics», *Berlin: Giz publication*; WALKER, H. and L. PREUSS (2008): «Fostering Sustainability through Sourcing from Small Businesses: Public Sector Perspectives», *Journal of Cleaner Production*, 16, 1600-09.

biental, creación de redes y centros nacionales para el intercambio de información, conocimientos y mejores prácticas, etc. Este tipo de medidas, no sólo repercutiría en una mayor facilidad para exigir elementos de protección ambiental en los contratos dirigidos a pymes, sino que además las haría más competitivas en el mercado.

Este tipo de programas deben implantarse, por tanto, no sólo vinculados directamente a la Contratación Pública, sino también con carácter más amplio a los sectores, bienes y servicios en los que la contratación pública opera.⁵⁷ Se debe buscar involucrar a las pymes en el mercado y hacerlas más competitivas en aspectos de sostenibilidad con respecto a otros competidores de mayor tamaño que ya cumplen estos requisitos. Si sólo se aplican medidas para promover a las pymes en la contratación pública sin tener en cuenta el impulso ambiental de las mismas —como la reserva de determinados contratos o la división en lotes—, las administraciones estarán perdiendo la oportunidad de promover mejoras en el desempeño ambiental del sector local y contribuir así a aumentar su competitividad. La gestión ambiental es una necesidad competitiva en muchas industrias, y en el futuro lo será aún más, de forma que las empresas que no tienen un desempeño ambiental adecuado están expuestas a riesgos por violaciones legales (problemas tanto con las Autoridades como con las comunidades en las que operan), mayores costos (por generación de residuos y procesos ineficientes) y oportunidades perdidas para acceder a otros mercados. Además, al promover las mejoras ambientales de las pymes a través de la compra pública verde, los gobiernos tienen también la capacidad de influir de forma indirecta en otras empresas locales que no llegan a entrar en el mercado de la contratación pública, ya las pymes que accedan a contratos públicos sostenibles pueden incidir a su vez en la adopción de prácticas ecológicas en su cadena de suministro. Este segundo objetivo —potenciar la transición ecológica de las pymes— aunque pueda parecer menor, se convierte en un elemento crítico si tenemos en cuenta que estudios de las OCDE los estudios destacaron que, lejos de lo que se pueda pensar, la huella ambiental (en conjunto) de las pymes es considerable, llegando a representar un 60-70 % de la contaminación industrial de Europa)⁵⁸. En consecuencia, implementar medidas globales que favorezcan la transición ecológica de las pymes, y utilizar la contratación pública para ello, es sin duda un elemento crucial.

En este sentido, ya se ha mencionado cómo una de las principales barreras a las que se enfrentan las PYME a la hora de obtener certificaciones o ecoetiquetas son los costes asociados a ellas —especialmente en la selección de cuáles son las prioritarias, qué exigen y cómo prepararse para obtenerlas. Actualmente existen normas de certificación —por ejemplo, normas ISO— relacionadas con la sostenibilidad que pueden ser fundamentales para el acceso de las PYMES a la contratación. Es el caso de:

57. LEE, S. Y. (2008), op. cit.

58. KOIRALA, S. (2019): «Smes: Key Drivers of Green and Inclusive Growth».

- ISO 14001: garantiza el alineamiento con las reglamentaciones medioambientales impuestas por la Unión Europea y por el Gobierno de España, alcanzando unos objetivos ambientales que permiten a la empresa actuar de forma más inteligente y sostenible.
- ISO 26000: tiene como objetivo proporcionar orientación sobre responsabilidad social y el desarrollo sostenible.
- ISO 50001: Se basa principalmente en la eficiencia energética.

Para que estas y otras normas puedan ser debidamente implementadas en la contratación pública para las pymes, primero el órgano de contratación debe identificar qué normas, certificaciones o etiquetas son las más adecuadas para exigir a una pyme en un tipo o tipos de contrato concretos, evaluar el mercado, y, en caso de detectar deficiencias, implementar políticas de asistencia y habilitación de las empresas locales para que, las que no dispongan de estas certificaciones, puedan obtenerlas. Es decir, la contratación ambiental en relación a las pymes requiere de una estrategia de actuación previa al propio contrato, primero de identificación de los elementos ambientales disponibles o esenciales, y segundo, de divulgación y asistencia con respecto al sector local para su cumplimiento.

Se debe, por tanto, potenciar un entorno de habilitación de las PYMES locales para que puedan cumplir con las exigencias que serán relevantes en la contratación pública. La doctrina internacional sugiere que a este objetivo puede contribuir la potenciación de la colaboración entre pymes, Administraciones públicas, y asociaciones de empresas o profesionales, ya que proporcionan vías para la transferencia de conocimientos y la creación de redes con diferentes actores del mercado y compradores potenciales, que incentiva la implantación de soluciones ecológicas innovadoras los operadores económicos de menor tamaño⁵⁹.

En este sentido pueden destacarse algunas buenas prácticas. Por ejemplo, en Brasil, El Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) generó un sistema de crédito a las pymes con hasta 48 meses para pagar y una tasa de interés preferencial, que podía ser utilizada para pagar los costes de normalización, certificación y obtención de autorizaciones ambientales⁶⁰. Del mismo modo, en España, una de las administraciones más activas en este tipo de medidas ha sido el País Vasco, que en su Programa de Compra y Contratación Pública Verde (2016), ya marcaba como uno de sus objetivos movilizar al sector privado vasco e implicarlo de forma activa en el proceso de compra y contratación pública, para lo cual preveía algunas acciones específicas⁶¹:

- Implicar a fabricantes y proveedores en el proceso de elaboración de criterios técnicos de compra verde de los contratos, así como en las guías elaboradas en la materia, a través de foros de discusión.

59. WALKER, H. and PREUSS, L. (2008), op. cit.

60. BOGRAN, P. A. and D. D~AJA, 'How Do Smes Engage in Green Public Procurement?: An Exploratory Study of Smes' Barriers and Enablers for Green Public Procurement in Scotland,' (2015).

61. GOBIERNO VASCO (2016). *Programa de Compra y Contratación Pública Verde*.

- Organizar encuentros entre proveedores y compradores para establecer mesas de diálogo, intercambio y debate.
- Capacitar y formar a la industria en procesos de compra de innovación para que las empresas puedan aprovechar mejor sus oportunidades.
- Desarrollar cursos generales de formación a proveedores sobre la inclusión de la variable ambiental en sus ofertas.

Más recientemente, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha aprobó, a través de la Orden de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas de 17/06/2021 (DOCM del día 23/06/2021) ha creado el Registro electrónico Contrat@PYME como un espacio virtual, de acceso público, en el que profesionales, autónomos, pequeñas y medianas empresas, cooperativas y empresas de economía social, cuyo domicilio social radique en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, puedan inscribirse para darse a conocer y ofrecer sus productos, bienes y servicios a los órganos de contratación que prevean adquirir mediante procedimientos de adjudicación de contratos en los que la legislación vigente no exija publicidad previa obligatoria⁶².

Estas iniciativas buscan informar al sector empresarial sobre cuáles son los criterios ambientales que se pretenden impulsar en todas las administraciones con carácter estratégico, intercambiar con el sector sus inquietudes, avances y validez de los criterios ambientales propuestos, y estimular a las pymes en la adopción de medidas de transición ecológica.

2. La definición de las especificaciones técnicas que permitan acceso a las pymes

De forma complementaria a lo anterior, se debe intentar minimizar el riesgo de que el diseño del contrato que excluya a las pymes. En este sentido, una de las buenas prácticas que se han identificado como positivas es el uso de las consultas preliminares de mercado, un instrumento aún infrautilizado en nuestro país, pero que puede desempeñar un papel esencial para adaptar los contratos sostenibles a las capacidades de las pequeñas empresas locales. Además, estas prácticas contribuyen a acercar a las pymes a la toma de decisiones y a involucrarlas en el ecosistema de la contratación pública, haciendo más fácil una posterior participación en la licitación. En particular, se debe hacer hincapié en cuáles son los instrumentos de certificación o verificación relevantes disponibles en sector local y qué costes pueden tener para las empresas; evaluar las capacidades productivas existentes para productos y servicios sostenibles; analizar la capacidad de respuesta potencial del mercado y del sector empresarial; determinar la capacidad para cumplir con los requisitos actuales y futuros de contrata-

62. <https://contratacion.castillalamancha.es/registro-electronico-contratpyme>

ción pública para productos y servicios sostenibles; identificar los instrumentos de certificación o verificación pertinentes.

En este sentido, se deben evaluar en particular las características específicas del sector, teniendo en cuenta que existen diferencias notables. Por ejemplo, estudios han puesto de manifiesto cómo las pymes en entornos altamente competitivos, como el sector de la construcción, tienen menos probabilidades de participar en prácticas ecológicas.⁶³ En estos sectores, las pymes no son capaces de superar la carga de costes asociada a la adopción de prácticas ecológicas, lo que afecta a la rentabilidad de la empresa.⁶⁴

Sin embargo, a pesar de lo anterior, las cláusulas ambientales pueden también actuar, en ocasiones, como una característica que beneficie a las pymes frente a las grandes empresas. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del suministro de energías renovables, que, muestra como en los casos en los que se exige un servicio de energía 100% renovable —incluso que la empresa opere únicamente con energía renovable— se aprecian mayores facilidades de acceso y las opciones de éxito a las pymes que para las grandes empresas.

Otro ejemplo ilustrativo de estos efectos positivos sobre las pymes se observa en la adquisición de alimentos ecológicos en suministros, los cuales son comúnmente proporcionados por pymes.⁶⁵ De hecho, el Comité Europeo de las Regiones ha llamado a la implantación de este tipo de medidas en la contratación pública para potenciar a los productores locales. En su dictamen *La Política Agrícola Común después de 2020* (DOUE 12 de octubre de 2017) llama a «una revisión del Derecho europeo en materia de adjudicación de contratos públicos en el sector de la restauración colectiva, de forma que se incluya una cláusula relativa a la producción local de los alimentos», y también «pide un mayor intercambio de buenas prácticas entre los entes locales y regionales a fin de favorecer una alimentación y un mercado local para una producción agrícola ecológica y una transformación artesanal generadoras de empleo en las zonas rurales».

Finalmente, un tercer ejemplo de cómo la definición de los criterios ambientales puede también convertirlos beneficiosos para las PYMES es el de la industria maderera de Cuenca. La provincia de Cuenca ha tenido históricamente una gran tradición maderera, y actualmente sigue contando con grandes extensiones de bosques que son explotados por una veintena de pequeñas empresas. En este contexto, el Ayuntamiento de Cuenca, en línea con el 1º Plan de Economía Circular, aprobado en Consejo de Ministros de 21 de mayo de 2021, ha fijado como uno de sus objetivos hacia una transición ecológica el desarrollar proyectos in-

63. REVELL, A. and R. BLACKBURN (2007): «The Business Case for Sustainability? An Examination of Small Firms in the UK's Construction and Restaurant Sectors», *Business strategy and the environment*, 16 (6), 404-20.

64. LOADER, K. (2011): «Are Public Sector Procurement Models and Practices Hindering Small and Medium Suppliers?», *Public Money & Management*, 31 (4), 287-94.

65. LAZO VITORIA, X. (2019): «Compra Pública Verde En El Sector De La Alimentación: Una Primera Aproximación», in GIMENO FELIÚ, J. M. (ed), *Observatorio De Los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 211-28.

novadores que potencien la madera como uso estructural y como material para otros elementos constructivos, al ser un eficaz material de construcción, resistente y duradero, que permite el secuestro de carbono durante periodos de tiempo muy prolongados.

Sin embargo, hasta fechas recientes, la contratación de obra pública del Ayuntamiento no incluía criterios que exigieran o potenciaban el uso de estos materiales en los contratos celebrados. Esto hacía que, en ocasiones, las PYMES locales de la industria de la explotación forestal quedaran fuera de la ejecución del contrato en favor de otro tipo de empresas, a menudo de otros territorios y de mayor tamaño, que utilizaban materiales menos sostenibles. Existía, en definitiva, una clara contradicción entre los objetivos perseguidos en las estrategias locales de economía circular (potenciación del uso de madera) y de lucha contra la despoblación, y la estrategia de contratación pública. Se comenzaron a incluir, entonces, tres criterios sobre los materiales de construcción basándose en las propias directrices de la Comisión Europea; pero teniendo en cuenta las características del tejido empresarial local en materia de explotación forestal:

1. La inclusión de un criterio de adjudicación en el que se valorará especialmente el uso de especies de madera procedente de explotaciones con gestión forestal sostenible, así como que el transporte no genere emisiones que puedan contribuir significativamente a los impactos ambientales de la fase de producción de los principales elementos de construcción.⁶⁶
2. El uso obligatorio de madera en la obra (en al menos uno de los elementos que se especifican en cada pliego), de forma que todas las maderas y los productos de madera deben disponer obligatoriamente de garantías de procedencia de explotaciones forestales sostenibles, acreditables mediante la presentación de la certificación de gestión forestal sostenible, de acuerdo con los sistemas de certificación FSC, PEFC o equivalentes (otros esquemas de certificación forestal equivalentes y reconocidos internacionalmente).⁶⁷

66. Normalmente este transporte por camión, lo que resulta en emisiones relacionadas con el combustible que generalmente son mayores o iguales a las de la producción de dichos materiales. Si estos materiales se mueven a distancias superiores a 25 km, las emisiones resultantes pueden contribuir significativamente a los impactos ambientales de la fase de producción de los principales elementos de construcción. En este caso no sólo se premian los materiales de proximidad, sino también el uso de modos de transporte de menor impacto, como el ferrocarril o el transporte marítimo para estos materiales. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. EU GPP Criteria for Office Building Design, Brussels, 20.5.2016 SWD(2016) 180 final); sobre el papel de la contratación pública en la reducción de emisiones y en la lucha contra el cambio climático, véase (2021): 'Cambio Climático y Contratación Pública: Estado De La Cuestión y Perspectivas de Futuro,' in GIMENO FELIÚ, J. M. (ed), *Observatorio De Los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 2021, 177-204.

67. En esta ocasión, se siguen las indicaciones del *Public Procurement Criteria for Office Building Design, Construction and Management* (2016), que permite las «especificaciones de materiales, como combinaciones específicas de elementos de construcción identificados por análisis de LCA y madera procedente de silvicultura gestionada de forma sostenible». (p.9)

Estas características ambientales, que cumplen, además, con las exigencias de las instituciones europeas, cumplen además otros objetivos: (1) favorecen la inclusión de las pymes locales madereras en el sistema de contratación de obra pública; (2) potencian la transición de aquellas que no cuenten con los certificados hacia la producción sostenible; (3) alinean la contratación pública local con otras estrategias de sostenibilidad más allá de la contratación pública, evitando contradicciones internas en las políticas del Ayuntamiento. Para ello, sin embargo, deben concurrir varios factores que se han expresado a lo largo del trabajo: (1) planificación administrativa en la contratación, vinculando los objetivos de compra pública con otros objetivos estratégicos de la institución; (2) conocimiento del mercado local, de las pymes y de sus características ambientales; (3) capacidad técnica para diseñar correctamente los requisitos técnicos ambientales de la manera adecuada.

Debemos ser conscientes, sin embargo, de que a menudo estas iniciativas conllevan también importantes esfuerzos por parte de la entidad adjudicadora, que no siempre tiene las capacidades o el personal técnico para realizarlo. A este respecto, existen iniciativas interesantes dirigidas al mantenimiento de una base de datos de especificaciones técnicas utilizadas en anteriores contratos, así como una base de datos sobre las puntuaciones de los proveedores en compras anteriores, que facilitan sobremanera la labor de los gestores y los técnicos responsables de elaborar estos criterios⁶⁸. De esta manera, pueden minimizarse los esfuerzos que requerirían continuas consultas al mercado.

V. CONCLUSIONES

Todo lo anterior pone de manifiesto que las pymes necesitan una mayor tutela y apoyo de las instituciones que las grandes empresas para acceder a la contratación pública sostenible. Y que, cuanto mayor sea la implicación pública en los programas de apoyo a las pymes, mayor será su probabilidad de participar en iniciativas ecológicas y en compra pública sostenible⁶⁹. Este objetivo requiere, como se ha expuesto, de una estrategia de integración de las pymes en el diseño de los contratos y de las especificaciones ecológicas y, por otro lado, el impulso de estrategias de capacitación y de integración ambiental más allá de la contratación pública.

Se podrían diferenciar, en definitiva, dos formas de aproximar el reto planteado por las cláusulas ambientales con respecto a las pymes, ambas complementarias entre sí. Por un lado, se debe hacer frente a las barreras burocráticas que ponen los requisitos ambientales (dificultad de acceso a de las pymes a determinados certificados, etc.). En este punto se precisa de instrumentos de colaboración con el mercado para evitar imponer criterios ambientales que limi-

68. BOGRAN, P. A. and D~AJA, D.

69. LEE, S. Y. (2008), op. cit.

ten la entrada de pymes, al tiempo que se generan instrumentos de capacitación para potenciar el nivel de sostenibilidad del tejido local y reducir su grado de exclusión. Por otro lado, se deben explorar ciertas medidas o cláusulas ambientales que pueden actuar como barrera de entrada a posibles empresas «depredadoras» —beneficiando a las pymes—, e incluso fomentar de manera más o menos indirecta la comprar local o de proximidad —algo que, de nuevo, incide directamente en la característica de la PYME favorablemente—. En esta ocasión se precisa de un conocimiento suficiente del tejido local y de su nivel de desarrollo en términos de sostenibilidad, así como de una planificación a nivel institucional que permita coordinar los objetivos perseguidos en la contratación pública con otros objetivos o estrategias de sostenibilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANCHUSTEGUI, I. H. (2016): 'Division into Lots and Demand Aggregation-Extremes Looking for the Correct Balance?,' in SÁNCHEZ GRAELLS, A. and ØLYKKE, G. S. (eds), *Reformation or Deformation of the Eu Public Procurement Rules*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- ARROWSMITH, S. (2019): «Políticas Horizontales En La Contratación Pública: Una Taxonomía», *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 21, 223.
- BALA, A. et al. (2008): «Experiences with Greening Suppliers. The Universitat Autònoma De Barcelona», *Journal of Cleaner Production*, 16 (15), 1610-19.
- BOGRAN, P. A. and D. D~AJA, 'How Do Smes Engage in Green Public Procurement?: An Exploratory Study of Smes' Barriers and Enablers for Green Public Procurement in Scotland,' (2015).
- BURGI, M. (2007): «Small and Medium-Sized Enterprises and Procurement Law-European Legal Framework and German Experiences», *Public procurement law review*, 4, 284.
- CANALS I AMETLLER, D. (2018): «Divisibilidad del Objeto Contractual y Otras Medidas Legales de Fomento de la Participación de las Pymes en la Contratación Pública», *Cuadernos de derecho local* (48), 221-46.
- CANDELA TALAVERO, J. E. (2019): «El Objeto Del Contrato Público Y Su División», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* (18), 175-234.
- CANÓNICO SARABIA, A. (2019): 'La Contratación Pública Estratégica: Con Especial Referencia Al Acceso De Las Pymes En Las Compras Públicas'.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2018): «La Inclusión De Condiciones Especiales De Ejecución Como Medida Efectiva Para La Defensa Del Medio Ambiente a Través De La Contratación Pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública* (19), 141-77.
- DE VRIES, H. et al. (2009): «Sme Access to European Standardization», *Enabling small and mediumsized enterprises to achieve greater benefit from standards and from involvement in standardization*, Rotterdam School of Management, Erasmus University, August, 1.

- DOPAZO FRAGUÍO, M. P. (2020): «La Contratación Pública Como Herramienta Para Promover La Responsabilidad Ambiental», *Revista catalana de dret ambiental*, 11 (2).
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018): 'Incorporación Cláusulas Ambientales En La Contratación Pública,' in LAZO VITORIA, X. (ed), *Compra Pública Verde*, Barcelona: Atelier, 2018, 2018, 29-51.
- (2017): 'Los Retos Ambientales De Las Nuevas Directivas: La Contratación Pública Como Herramienta,' *Nueva Contratación Pública: Mercado y Medio Ambiente*, Cizur Menor: Aranzadi: Thomson Reuters, 2017, 2017, 77-126.
- GADENNE, D. L., J. KENNEDY, and C. MCKEIVER (2009): «An Empirical Study of Environmental Awareness and Practices in Smes», *Journal of Business Ethics*, 84 (1), 45-63.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2020): 'Administración Electrónica, Transparencia y Contratación Pública: Algunas Propuestas De Reforma,' in MARTÍN Delgado, I. and MORENO MOLINA, J. A. (eds), *Administración Electrónica, Transparencia y Contratación Pública*, Madrid: Iustel, 2020, 2020, 299-318.
- (2014): *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)*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2014.
- (2020): «La Visión Estratégica En La Contratación Pública En La Ley De Contratos Del Sector Público: Hacia Una Contratación Socialmente Responsable y de Calidad», *Economía industrial* (415), 89-97.
- GÓMEZ FARIÑAS, B. (2020): «La Participación De Las Pymes En La Contratación Pública: Una Visión Desde El Derecho Europeo», *Revista Digital de Derecho Administrativo* (24), 161-82.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2015): «Sostenibilidad Social y Ambiental en la Directiva 2014/24/Ue De Contratación Pública», *REDE. Revista española de derecho europeo* (56), 13-42.
- GRAELLS, A. S. (2015): *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Bloomsbury Publishing.
- GRANDIA, J. and D. VONCKEN (2019): «Sustainable Public Procurement: The Impact of Ability, Motivation, and Opportunity on the Implementation of Different Types of Sustainable Public Procurement», *Sustainability*, 11 (19), 5215.
- KOIRALA, S. (2019): «Smes: Key Drivers of Green and Inclusive Growth».
- LAZO VITORIA, X. (2021): 'Cambio Climático y Contratación Pública: Estado De La Cuestión y Perspectivas De Futuro,' in GIMENO FELIÚ, J. M. (ed), *Observatorio De Los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 2021, 177-204.
- (2018): *Compra Pública Verde*, Atelier.
- (2019): 'Compra Pública Verde En El Sector De La Alimentación: Una Primera Aproximación,' in GIMENO FELIÚ, J. M. (ed), *Observatorio De Los Contratos Públicos 2018*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 2019, 211-28.

- LEE, S. Y. (2008): «Drivers for the Participation of Small and Medium-Sized Suppliers in Green Supply Chain Initiatives», *Supply chain management: an international journal*.
- LOADER, K. (2011): «Are Public Sector Procurement Models and Practices Hindering Small and Medium Suppliers?», *Public Money & Management*, 31 (4), 287-94.
- MIRANZO DÍAZ, J. (2017): «Hacia Una Administración Pública Sostenible: Novedades En La Legislación Europea De Contratación Pública (Towards a Sustainable Public Administration: Novelties in the Eu Procurement Law)», *Actualidad jurídica ambiental*, 64.
- MORENO MOLINA, J. A. (2021): «Contratación Pública Electrónica Post-Covid 19», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review* (8).
- ORUEZABALA, G. and J.-C. RICO (2012): «The Impact of Sustainable Public Procurement on Supplier Management—the Case of French Public Hospitals», *Industrial Marketing Management*, 41 (4), 573-80.
- OTERO, D. A. et al. (2021): «La Contratación Pública En España: Fuentes De Datos, Normativa y Aplicaciones Tecnológicas1», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* <http://revista.jacobeas.edu.mx> (21), 87-112.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (2011): *Contratación Pública Verde*, La Ley.
- ‘Posibilidades y Límites Para El Uso De Las Etiquetas Ambientales En Los Procedimientos De Contratación Pública,’ in SANZ LARRUGA, J. (ed), *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas* (2013).
- PLAZA MARTÍN, C. (2013): ‘Medio Ambiente En La Unión Europea,’ *Tratado De Derecho Ambiental*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 79-144.
- PRASANNA, R. et al. (2019): «Sustainability of Smes in the Competition: A Systemic Review on Technological Challenges and Sme Performance», *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, 5 (4), 100.
- RAIMUNDO, M. A. (2018): «Aiming at the Market You Want. A Critical Analysis of the Duties on Division into Lots under Directive 2014/24/Eu», *Public Procurement Law Review*, 4, 167.
- REVELL, A. and R. BLACKBURN (2007): «The Business Case for Sustainability? An Examination of Small Firms in the Uk’s Construction and Restaurant Sectors», *Business strategy and the environment*, 16 (6), 404-20.
- ROOS, R. (2013): «Sustainable Public Procurement in Lics», *Berlin: Giz publication*.
- TRYBUS, M. (2018): «The Division of Public Contracts into Lots under Directive 2014/24: Minimum Harmonisation and Impact on Smes in Public Procurement?», *European Law Review*, 43 (3), 313-42.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2011): «Impulso Decisivo En La Consolidación De Una Contratación Pública Responsable. Contratos Verdes: De La Posibilidad a La Obligación», *Actualidad Jurídica Ambiental* (1), 16-24.
- WALKER, H. and L. PREUSS (2008): «Fostering Sustainability through Sourcing from Small Businesses: Public Sector Perspectives», *Journal of Cleaner Production*, 16, 1600-09.

LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AL SERVICIO DE LA CALIDAD AMBIENTAL Y DE LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: EL PRECIO EN JAQUE*

Rafael Fernández Acevedo

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Vigo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE O ECOLÓGICA. II. CONNOTACIONES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. III. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AL SERVICIO DE LA CALIDAD AMBIENTAL QUE MEJORA LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL. 1. ¿Es obligatoria la incorporación de criterios de adjudicación de carácter ambiental? El efecto crisálida; 2. Ventajas de incluir consideraciones ambientales como criterios de adjudicación; 3. La apuesta por la calidad, también ambiental, pone en jaque al precio. IV REQUISITOS Y LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AMBIENTALES. 1. Exigencia de previsión expresa en los pliegos y en el anuncio de licitación; 2. Prohibición de conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada; 3. Principales aplicaciones del principio de proporcionalidad a los criterios de adjudicación ambientales: 3.1. *Ponderación de los criterios*, 3.2. *Principio de proximidad*, 3.3. *Etiquetas*, 3.4. *Certificados de calidad o gestión ambiental*; 4. El requisito de la objetividad. V. ALGUNOS AVANCES, FRENO Y MARCHA ATRÁS. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Desafíos estratégicos de la contratación pública en la era de la 4ª Revolución Industrial: Sostenibilidad, gobernanza e inteligencia artificial» (2021-2024), financiado por el Gobierno de España, Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref: PID2020-117707RB-I00).

I. INTRODUCCIÓN. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE O ECOLÓGICA

Es ya casi un lugar común sostener que la contratación pública, convertida en contratación pública ecológica o verde (CPE), constituye un poderoso instrumento para el impulso y facilitación de la sostenibilidad del crecimiento económico —si se me perdona el oxímoron—. Son numerosísimos los instrumentos jurídicos, de *hard law* y de *soft law*, que lo atestiguan¹. Al objetivo marcado por los Tratados en orden a hacer compatible el crecimiento económico con un elevado nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente ha de contribuirse desde todos los frentes, desde todas las políticas públicas, también y muy particularmente, desde la contratación pública². De ahí que el citado considerando 2 DCP destaque el papel clave que le corresponde «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». Forma parte de lo que en un sentido más amplio se ha venido en denominar enfoque estratégico de la contratación pública. Esta no se limita ya a servir de medio de provisión de bienes, obras y servicios al menor coste posible, sino que se muestra como una potente herramienta jurídica y económica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de otros fines de interés general o políticas públicas de su competencia, ambientales desde luego, pero también sociales o de innovación³.

Ello permitirá, como reconoce la Comisión Europea, invertir los fondos públicos de forma más eficiente, responsable y estratégica, más sostenible al fin, además de impulsar la inversión en el interior de la Unión⁴. En efecto, entiende

1. Así, la temprana 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]. Posteriormente 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*, Bruselas, 16.7.2008 COM(2008) 400 final; en ella, al referirse a los potenciales beneficios de la contratación pública ecológica (CPE), observa la Comisión que «una utilización más sostenible de los recursos naturales y de las materias primas beneficiaría tanto al medio ambiente como a la economía en su conjunto, y crearía oportunidades para las economías ‘ecológicas’ emergentes» (p. 2). Y más recientemente el documento de la Comisión Europea *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018. En la normativa europea puede verse el 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 (en adelante, DCP).

2. Art. 3.3 Tratado de la Unión Europea (TUE). Por su parte, el art. 11 TFUE consagra el denominado principio de integración ambiental conforme al cual las exigencias derivadas de la protección del medio ambiente deben integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión con el objetivo, justamente, de fomentar el desarrollo sostenible.

3. Por todos, GIMENO FELIÚ (2019): pp. 30-39).

4. La idea le es muy querida a la Comisión. Así, por ejemplo, Comunicación de la Comisión *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de*

la Comisión que la CPE «tiene por objeto aumentar el valor añadido y la repercusión del procedimiento y del gasto público, contribuyendo así al cumplimiento efectivo de los objetivos de las políticas económica, social y medioambiental a escala local, regional, nacional y de la UE, así como a una recuperación integradora, al tiempo que promueve la doble transición y refuerza la resiliencia social»⁵.

Y es que la contratación pública debe ser, como en su día expresara el profesor GIMENO FELIÚ, una técnica al servicio de objetivos sociales, ambientales o de investigación, «en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos»⁶. La misma idea late en la LCSP⁷, cuando en su art. 1.3, tras requerir que en toda contratación pública se incorporen de manera transversal y preceptiva criterios sociales y ambientales⁸, afirma que tal requisito se impone «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». La LCSP, desde el primero de sus preceptos, ha convertido la visión estratégica en el eje principal de la contratación⁹.

La idea de la sostenibilidad enlaza, asimismo, con los objetivos globales que para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos, fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU en 2015 con el nombre de «Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible». De los diecisiete objetivos (ODS) que conforman la Agenda, el número doce consiste en garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles, una de cuyas metas se cifra, precisamente, en promover prácticas de adquisición pública sostenibles.

Corresponde, pues, a los poderes públicos, a todos, con independencia de su nivel, local, regional, nacional o de la Unión, predicar con el ejemplo y asegurar que sus procedimientos de contratación respeten criterios ecológicos y sociales¹⁰. Y es que, como reconociera el Libro Verde sobre la modernización

contratación pública de la UE (2019/C 271/02); o la 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.

5. Véase el Informe de la Comisión Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior, Bruselas 20.5.2021 COM(2021) 245 final, p. 9.

6. GIMENO FELIÚ (2013: p. 45).

7. 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.

8. La rotundidad con la que se expresa el precepto deriva del convencimiento del legislador de la importancia de lograr los objetivos sociales y ambientales y, más específicamente en el momento de aprobación de la Ley, los retos que marcaba la *Estrategia Europa 2020*, de reducción de los niveles de emisión de gases de efecto invernadero, de incremento de energías renovables y de la eficiencia energética. Vid. DE GUERRERO MANSO (2018: p. 149).

9. GALLEGO CÓRCOLES (2017: p. 96).

10. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo*, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

de la contratación pública¹¹, una demanda significativa por parte de las autoridades públicas de productos y servicios más ecológicos, con bajas emisiones de carbono, tendrá sin duda un efecto tractor sobre el mercado influyendo en las tendencias de la producción y del consumo. Y más allá porque las cláusulas responsables, ambientales y sociales, son un poderoso instrumento que permite a los poderes públicos transmitir a la sociedad en su conjunto, no únicamente a los operadores económicos interesados, una serie de valores esenciales. Como se ha dicho con todo acierto, este tipo de cláusulas representan un medio de legitimación, transparencia y defensa de los intereses generales¹².

En definitiva, nos encontramos ante un mandato ineludible de carácter internacional, europeo y nacional, mandato al que ya ningún poder público podrá legítimamente oponerse: la contratación pública ha de ser estratégica y, por lo que aquí importa, ser ecológica o verde. Lo reitera y subraya hoy, con referencia expresa a la LCSP, el art. 31 LCCTE¹³, cuando exige incorporar de manera transversal y preceptiva criterios ambientales y de sostenibilidad energética en toda contratación pública.

En una nueva vuelta de tuerca, la tendencia gira ahora en torno a la lucha contra el cambio climático y en pro del objetivo de una economía circular¹⁴. Resultan en este sentido sumamente expresivas las conclusiones del Consejo Europeo al pronunciarse sobre la necesidad de establecer incentivos adecuados para la inversión y el crecimiento sostenibles e innovadores en la UE a través de la contratación pública. Se subraya de nuevo la función ejemplarizante que corresponde al sector público en el logro de los objetivos de la citada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, el Pacto Verde Europeo y el objetivo de la neutralidad climática de aquí a 2050¹⁵, el Plan de Acción de la UE para la Economía Circular, la Estrategia de la UE sobre Biodiversidad para 2030 y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. En este contexto, el Consejo muestra su apoyo expreso a que, siempre que sea adecuado y factible, se utilicen criterios u objetivos ambientales ambiciosos.

En esta misma línea se inserta la «Estrategia Española de Economía Circular. España 2030», aprobada por el Gobierno en 2020, como elemento clave para

11. Documento de la Comisión Europea 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].

12. AGUADO I CUDOLÀ (2021): p. 176).

13. Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética.

14. Conclusiones del Consejo Europeo Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente (2020/C 412I/01), 31.11.2020.

15. Objetivo impuesto por el art. 2 del Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

avanzar hacia la consecución de varios ODS en nuestro país¹⁶. En ella, tras reconocer que la contratación pública representa una parte importante del consumo, lo que la convierte en una herramienta imprescindible para la transición hacia una economía circular, se afirma que se deben fomentar acciones para implementar la contratación pública verde¹⁷.

Por su parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el Plan de CPE del sector público estatal 2018-2025¹⁸, subraya que al referido crecimiento económico ha de llegarse desde un planteamiento de economía circular, baja en carbono, eficiente en recursos, sin residuos, no contaminante y eco-innovadora. De ahí que entre los objetivos del Plan destaquen los de promover la adquisición pública de prestaciones con el menor impacto ambiental, servir de impulso de la citada Estrategia Española de Economía Circular o promover las cláusulas ambientales en la contratación pública. El enorme poder de compra de los poderes públicos, también en periodos de crisis —e incluso más si cabe en ellos—, le convierte en una de las herramientas más eficaces para avanzar en la producción, utilización y consumo sostenibles, así como en una economía y prácticas de contratación sostenibles.

Se llega así a un planteamiento que reclama, en palabras del Comité Económico y Social Europeo, un «sistema de contratación pública circular (CPC) transparente, digital y competitivo, que cuente con una contratación pública ecológica (CPE) tal como se define en la legislación de la UE»¹⁹.

La superación del antiguo enfoque meramente burocrático de la contratación pública presidido por el sacrosanto precio parece definitiva; al menos en las aproximaciones teóricas, dado que en la práctica, por diversos motivos (inercia, presupuestos escasos, falta de profesionalización...), aún hay mucho camino por recorrer. En el bien entendido de que la CPE no se detiene en la exigencia de cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental (como recuerdan

16. Cita en concreto los siguientes ODS: el objetivo 12º, que persigue garantizar modalidades sostenibles de consumo y producción, y el objetivo 6º, que procura por garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos, y que se relaciona con el objetivo 2º, 'Hambre cero'. Además, se encuentra estrechamente vinculada con los objetivos 8º, 'Trabajo Decente y Crecimiento Económico', 9º, 'Industria, Innovación e Infraestructura', 11º, 'Ciudades y Comunidades Sostenibles', 13º, 'Acción por el Clima', 14º, 'Vida submarina' y 15º, 'Vida de ecosistemas terrestres'. Vid. *España Circular 2030. Estrategia Española de Economía Circular*, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, p. 12.

17. Id., p. 21.

18. Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba 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). En la misma línea, el documento de la Comisión Europea *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, afirma que «la contratación pública circular es un enfoque de la contratación ecológica que reconoce el papel que los poderes públicos pueden desempeñar a la hora de apoyar la transición hacia una economía circular» (p. 4).

19. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *Hacia una contratación pública circular* (Dictamen de iniciativa) (2021/C 341/02), 24.8.2021.

los arts. 18.2 DCP y 201 LCSP²⁰), de las que, por otra parte, ya se ocupa el Derecho ambiental, sino de incorporar consideraciones de este tipo (además de sociales o de innovación) que permitan obtener prestaciones más respetuosas con el medio ambiente, superando los mínimos legalmente exigibles. Tales consideraciones pueden incorporarse 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 ejecución²¹. El presente trabajo, no obstante, detendrá su atención exclusivamente en los criterios de adjudicación ambientales, pues la incorporación de este tipo de cláusulas en otras fases de la contratación será objeto de atención en otros capítulos de esta misma obra.

II. CONNOTACIONES Y CARACTERES GENERALES DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación, también denominados de valoración —aunque en sentido estricto no sean lo mismo²²—, constituyen una de las nociones clave en el sector de la contratación pública, tal y como se ha subrayado desde el Derecho de la Unión Europea²³. Y es que, en efecto, los criterios de adjudicación, su formulación y alcance, así como su concreta aplicación, constituyen los elementos decisivos para, previa comparación de las ofertas, identificar la más ventajosa²⁴, la que mejor cubre las necesidades del órgano de contratación de entre las que cumplen los requisitos previstos en las prescripciones o especificaciones técnicas y, por ende, mejor satisface los intereses generales²⁵. Están, pues, al entero servicio de identificar la mejor oferta y, en consecuencia, «su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados

20. El incumplimiento de las obligaciones en materia ambiental, social o laboral es causa de exclusión obligatoria de la oferta anormalmente baja; así lo impone el art. 149.4, pfo. 5º, LCSP.

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

22. En sentido estricto, una cosa son los criterios de adjudicación —que relaciona a modo de lista abierta el art. 145.2 LCSP— y, otra distinta, cómo se valoran tales criterios —la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, etc.— Vid. FUEYO BROS (2009: p. 2197, citando a LLINARES CERVERA).

23. Considerando 89 de la DCP. Sobre los criterios de adjudicación en general me remito a FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018a: pp. 1417-1483).

24. FUEYO BROS (2009: p. 2196).

25. Como indica la STJ 284/2012, de 10 de mayo, As. C-368/10, *Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:2012:284, apartado 95, los criterios de adjudicación son «condiciones esenciales de un contrato público, ya que serán decisivos en la elección de la oferta que sea seleccionada entre las que cumplen los requisitos formulados por el poder adjudicador en las especificaciones técnicas».

dos con este objetivo»²⁶. Desde el punto de vista de los operadores económicos, estos criterios forman parte de las condiciones esenciales del contrato en las que aquellos se basan legítimamente para tomar la decisión de preparar y presentar una oferta o, por el contrario, no hacerlo²⁷.

En definitiva, los criterios de adjudicación son elementos que, referidos a características de la prestación, caracterizan el objeto del contrato y determinan su adjudicación, de modo que, por un lado, orientan a los licitadores en la elaboración de sus proposiciones y, por otro, son la herramienta fundamental para la valoración de las ofertas por el órgano de contratación²⁸.

Al propio tiempo, la contratación pública, y los principios que la presiden²⁹, en especial los de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, se juegan gran parte de su credibilidad, de su eficacia y realización práctica, en el ámbito de los criterios de adjudicación del contrato, tanto a la hora de su determinación y configuración, como en la de su aplicación concreta. De poco sirven las exigencias en materia de publicidad y de procedimiento, si el poder adjudicador puede, por ejemplo, diseñar y/o aplicar los criterios de adjudicación como un «traje a medida» de un licitador concreto. De ahí que el Derecho se preocupe, tras advertir a los órganos de contratación que deben dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustar su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad (art. 132 LCSP), de imponer una serie de requisitos que los criterios elegidos por el órgano de contratación deben cumplir (art. 145.4 LCSP), así como las reglas que disciplinan su aplicación (art. 146 LCSP).

26. GIMENO FELIÚ (2019: p. 217).

27. Cfr. STJ 266/2017, de 5 de abril, As. C-298/15, «Borta» UAB y Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, ECLI:EU:C:2017:266, apartado 70. Por su parte, la resolución del TARCCYL 24/2014, de 10 de marzo, considera que las normas relativas a la formulación y aplicación de los criterios de adjudicación son normas esenciales de la contratación administrativa. También afirma que «los criterios de valoración enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación y, por lo tanto, elementos orientadores para la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en lo referente al órgano de contratación)».

28. Cfr., resoluciones del TACRC 313/2017, de 31 de marzo y 097/2013, de 6 de marzo, entre otras. Asimismo, puede verse la definición que recoge el *Glosario de términos. Ley de Contratos del Sector Público* en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/glosarioley3007.pdf (último acceso 22/03/2022). Por su parte, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico los define como «parámetros de valoración de las ofertas efectuadas por los candidatos, referidos a características de la prestación objeto del contrato, tomando como base la mejor relación calidad-precio».

29. La adjudicación de los contratos públicos debe cumplir los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Así lo expresa el primer considerando de la DCP, como ya hacía su predecesora 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 (considerando 2).

De esta regulación merecen destacarse ahora dos aspectos que serán objeto de análisis en sucesivos epígrafes de este trabajo. Por un lado, la LCSP ha erigido la calidad de la prestación en nuevo paradigma, «como nueva brújula en la estrategia del contrato público», en feliz expresión de GIMENO FELIÚ³⁰. Para la LCSP la finalidad del procedimiento de adjudicación se cifra en identificar la oferta que presente la mejor relación calidad-precio (art. 145.1 LCSP), en lugar de la «económicamente» más ventajosa³¹, para así conseguir la mayor eficacia de la prestación requerida por el órgano de contratación. Y no hay duda de que los aspectos ambientales (y los sociales) constituyen una parte muy importante de dicha calidad.

Por otro lado, la LCSP se preocupa de aclarar los requisitos y límites que el órgano de contratación ha de tener en consideración a la hora de determinar los criterios de adjudicación de cada contrato, así como sus características, ponderación y métodos de valoración; requisitos y límites que afectan también, obviamente, a los criterios ambientales. Baste ahora con exponer esquemáticamente los recogidos en el art. 145.5 LCSP: 1) Publicidad: los criterios de adjudicación deben establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares (o documento descriptivo), con su correspondiente ponderación (art. 146.3 LCSP), y figurar en el anuncio de licitación; 2) vinculación al objeto del contrato en el sentido expresado por el art. 145.6 LCSP —precepto que copia de forma prácticamente literal lo dispuesto en el art. 67.3 DCP—; 3) principio de objetividad: los criterios deben estar formulados de manera objetiva; 4) principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; 5) prohibición de conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; 6) competencia: los criterios deben garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia real; 7) posibilidad de control efectivo: los criterios deben acompañarse 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 y, en caso de duda, debe comprobarse la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

30. GIMENO FELIÚ (2022: p. 25 *pro manuscripto*). Igualmente, GALLEGO CÓRCOLES (2019: pp. 108-109).

31. Nótese que la expresión oferta «económicamente» más ventajosa ha desaparecido de las normas de la LCSP que se ocupan de los criterios de adjudicación. De hecho en todo el texto de la Ley solo aparece en dos ocasiones, en la relación de principios (art. 1.1 LCSP) y al regular la subasta electrónica (art. 144.6 LCSP). La DCP, sin embargo, sí mantiene la expresión si bien lo hace en el sentido de la mejor relación calidad-precio (considerando 89). En esta línea la STG 445/2013, de 16 de septiembre, As. T-402/06, *Reino de España c. Comisión Europea*, ECLI:EU:T:2013:445, apartado 76, afirma que «la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato».

III. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AL SERVICIO DE LA CALIDAD AMBIENTAL QUE MEJORA LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL

La calidad de la prestación es un elemento irrenunciable para el órgano de contratación, tanto a la hora de la planificación contractual, como en la propia gestión y ejecución del concreto contrato público³². Así lo admite hoy la LCSP. En efecto, ya se ha visto como la LCSP ha hecho una decidida apuesta por la calidad ya desde su inicial art. 1.3, idea que reitera en el art. 28.2 LCSP cuando prescribe que todas las entidades del sector público (las del art. 3 LCSP) deben valorar la incorporación de consideraciones sociales, ambientales y de innovación, porque son «aspectos positivos» de los procedimientos de contratación pública. La idea se proyecta decididamente también sobre los criterios de adjudicación pues, con carácter general —y en todo caso en los supuestos del art. 145.3 LCSP—, debe utilizarse una pluralidad de criterios económicos y cualitativos que permitan lograr la mejor relación calidad-precio. Así se subraya por el art. 131.2 LCSP conforme al cual «la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de la mejor relación calidad-precio». La apuesta se redobra al imponer la obligación a los órganos de contratación de velar por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades (art. 145.4 LCSP)³³.

Es más, para adjudicar el contrato con arreglo a otro sistema distinto del de la mejor relación calidad-precio es preciso justificarlo de antemano en el expediente. Solo en caso de estar justificado puede utilizarse un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sistema que permite adjudicar el contrato mediante un único criterio de adjudicación relacionado con los costes. Pero incluso en este supuesto la Ley admite que en lugar del precio se atienda a la rentabilidad. Para ello puede utilizarse el cálculo del coste del ciclo de vida, sistema que a la postre exigirá habitualmente tener en cuenta más de un criterio como, por ejemplo, los costes imputados a externalidades ambientales vinculadas a la prestación (art. 148.2 LCSP)³⁴.

Como ha afirmado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid la función específica de los criterios distintos del precio

32. GIMENO FELIÚ (2019: pp. 104-105); BLANCO LÓPEZ (2018: p. 1283).

33. Lo subraya el Preámbulo de la Ley en su apartado II: «Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque 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».

34. Sobre el ciclo de vida, por todos, LAZO VITORIA (2018: pp. 136-144).

es «añadir calidad al producto o servicio por encima del mínimo exigido en los pliegos de forma valorable»³⁵.

Con carácter general, así como en todos los contratos del art. 145.3 LCSP mencionado, la calidad, el elemento cualitativo de la prestación, ha de tener un papel relevante en la elección de la mejor oferta, pudiendo llegar incluso a ser determinante de la misma. Como afirma GIMENO FELIÚ, la calidad debe servir para la discriminación de ofertas y generar una adecuada tensión competitiva³⁶.

La LCSP ha querido salir al paso de las dudas que ha suscitado la incorporación de cláusulas ambientales (y, en mayor medida aún, sociales) como criterios de adjudicación³⁷. A tal efecto, por un lado, permite expresamente que los criterios cualitativos que se establezcan para evaluar la mejor relación calidad-precio incluyan aspectos ambientales (o sociales) vinculados al objeto del contrato; y, por otro, recoge un elenco, sin carácter de *numerus clausus* (entre otras, dice expresamente), de aspectos o características ambientales que podrán incorporarse como criterios de adjudicación: la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética; la utilización de energía procedente de fuentes renovables; el mantenimiento o mejora de los recursos naturales (art. 145.2.1º, pfo. 2º, LCSP).

Conviene notar que, como se desprende de cuanto se viene diciendo, los criterios de adjudicación de carácter ambiental o que hacen referencia a aspectos ambientales, pueden ser tanto de carácter cualitativo para determinar, junto con los económicos, la mejor relación calidad-precio, como criterios relacionados con los costes para identificar la mejor relación coste-eficacia (art. 148.2 LCSP). Mientras que estos últimos han de ser siempre evaluables de forma automática, mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos³⁸, aquellos podrán incluir tanto criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (lo que supone un cierto grado de discrecionalidad técnica), como criterios evaluables de forma automática³⁹. Precisamente para limitar dicha discrecionalidad e impedir un mal uso de la misma, si la ponderación de los criterios sometidos a juicio de valor es mayor que la atribuida a los automáticos, la valoración no podrá realizarla el propio órgano de contratación a través de la mesa, sino un comité formado por un mínimo de tres expertos con cualificación apropiada que, aunque puedan pertenecer a los

35. Acuerdo del TACPCM 196/2017, de 5 de julio.

36. GIMENO FELIÚ (2019: p. 107).

37. GALLEGO CÓRCOLES (2019: pp. 109-110).

38. Así, art. 148.2.b) LCSP.

39. Lo pone de manifiesto, por ejemplo, la resolución del TARCJA 314/2015, de 3 de septiembre, que resuelve un asunto en el que la recurrente incluyó en su proposición técnica que iba a usar papel secamanos, papel higiénico, bobinas de papel y servilletas con el certificado Ecolabel (producto con etiqueta ecológica de la UE) y uno de los criterios automáticos de valoración era «compromiso de utilización de productos ecológicos (Ecolabel) en productos de limpieza valorable hasta 5 puntos». Por tanto, reveló el secreto de su oferta incluyendo en el sobre 2 aspectos evaluables que debían incluirse en el sobre 3 por lo que condicionaba la valoración de su oferta, hecho que determinó su exclusión.

servicios dependientes del órgano de contratación, no pueden estar adscritos al órgano proponente del contrato, o bien un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos [art. 146.2.a) LCSP].

1. ¿Es obligatoria la incorporación de criterios de adjudicación de carácter ambiental? El efecto crisálida

Dado el referido tenor del art. 1.3 LCSP en orden a la obligatoriedad de incorporar en toda contratación pública criterios sociales y ambientales y al hecho de que este tipo de cláusulas es susceptible de proyectarse sobre distintas fases del proceso contractual, cabe plantear si la citada obligatoriedad afecta y en qué medida a los criterios de adjudicación.

De cuanto se viene afirmando se sigue que la normativa, tanto europea, como particularmente española, ha dado pasos decisivos en el fomento de la utilización de la CPE, aunque ciertamente sin que dichos pasos hayan llegado al punto de imponerla con carácter general. En efecto, la proyección del mandato del art. 1.3 LCSP en el resto de la Ley permite afirmar que se ha producido un decidido impulso a la incorporación de cláusulas ambientales, pero sin llegar a constituir una exigencia ineludible en todo caso y en todas las fases del proceso contractual, por lo que puede hablarse de diversos niveles de obligatoriedad.

En sentido estricto, solo cuando se trata de las condiciones especiales de ejecución del contrato se exige establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al menos una de las que enumera, con carácter no exhaustivo, el art. 202.2 LCSP⁴⁰. No obstante, incluso en este caso el órgano de contratación puede elegir entre consideraciones ambientales y sociales, por lo que tampoco puede decirse que sea obligatorio que en todo contrato haya al menos una cláusula ambiental como condición especial de ejecución pues para cumplir el mandato basta con incluir una condición de carácter social⁴¹.

Cuando se trata de los criterios de adjudicación la acentuada preponderancia que, por un lado, se da al criterio de la mejor relación calidad-precio tanto en la DCP como en la LCSP, hace que los aspectos ambientales estén llamados a tener un especial protagonismo entre los criterios de adjudicación, al punto de que prácticamente cualquier contrato es susceptible de incluir cláusulas ambientales, unas veces como criterios cualitativos, otras como criterios cuantitativos o económicos⁴².

40. La reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; el mantenimiento o mejora de los valores ambientales 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.

41. DE GUERRERO MANSO (2018: p. 150).

42. DE GUERRERO MANSO (2018: pp. 158-159)

Con todo, estos decididos pasos en pro de la calidad en general y de la ambiental en particular, no permiten afirmar que en todo contrato público deban incluirse criterios relativos a aspectos ambientales como criterios de adjudicación. Y, sin embargo, como advierte el CESE, la introducción de criterios mínimos obligatorios en materia de CPE en la UE puede elevar el nivel de referencia de una contratación pública circular sostenible en toda Europa, a la par que «facilitará la transición y garantizará que la contratación sea a la vez ‘ecológica’ y ‘sostenible’»⁴³. Es más, en uno de sus últimos informes la Comisión Europea destaca que uno de los principales problemas encontrado por los Estados miembros a la hora de poner en práctica la CPE es, justamente, que los poderes adjudicadores no tienen la obligación jurídica de incluir criterios ambientales en los procedimientos de licitación⁴⁴.

Si bien no se ha llegado aún a imponer la citada obligación con carácter general para todo tipo de contratos públicos, sí se ha hecho en determinado tipo de ellos. Así, en primer término, la propia LCSP, al referirse a los contratos que puedan tener un impacto significativo en el medio ambiente exige para su adjudicación valorar condiciones ambientales mensurables [art. 145.3.h) LCSP]. El propio precepto recoge un elenco no exhaustivo de criterios de adjudicación ambientales susceptibles de ser incluidos en este tipo de contratos: el menor impacto ambiental, 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 ecológicos⁴⁵. El problema en este caso estriba en determinar cuándo un contrato puede tener un impacto significativo en el medio ambiente, concepto jurídico indeterminado para cuya determinación caso por caso habrá de acudirse al Derecho ambiental⁴⁶.

Más recientemente, y con más amplio alcance, la LCCTE dispone que las licitaciones de redacción de proyectos, de contratos de obras y de contratos de concesión de obras deben incluir («incluirán», dice literalmente) entre los criterios de adjudicación algunos (en plural, por consiguiente más de uno) de los que

43. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *Hacia una contratación pública circular* (Dictamen de iniciativa) (2021/C 341/02), 24.8.2021, pp. 19 y 21. Sostiene el CESE que «los criterios pueden facilitar la redacción del pliego de condiciones: incluyen obligaciones que las Administraciones públicas están obligadas a cumplir, ventajas para las empresas con certificaciones medioambientales, bonificaciones para las licitaciones que lo merezcan, nuevos criterios de evaluación de las licitaciones y agregación de la demanda pública para promover una evaluación cualitativa de las ofertas».

44. Véase el Informe de la Comisión Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior, Bruselas 20.5.2021 COM(2021) 245 final, p. 9.

45. Vid. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018b).

46. El art. 5 de la Ley 31/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, define el «impacto o efecto significativo» como la «alteración de carácter permanente o de larga duración de uno o varios factores mencionados en la letra a)». Tales factores son la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos ellos.

expresamente señala (art. 31.2 LCCTE)⁴⁷: a) requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones; b) ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones; c) uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil; d) medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas; e) medidas de adaptación al cambio climático; f) minimización de generación de residuos. A su vez, este precepto se remite expresamente al art. 145.2 LCSP referido a la «mejor relación calidad-precio» que se evalúa con arreglo a criterios económicos y cualitativos, lo que implica que los contratos de redacción de proyectos, los contratos de obras y los contratos de concesión de obras no podrán adjudicarse ya sobre la exclusiva base del criterio económico. Se produce, así, una ampliación del elenco de contratos del art. 145.3 LCSP cuya adjudicación exige más de un criterio de adjudicación, por cuanto este precepto no recoge los contratos de obras⁴⁸.

La obligación es de alcance subjetivo limitado por cuanto se dirige exclusivamente al sector público estatal, no afectando ni al sector público local ni al autonómico, si bien algunas Comunidades autónomas ya habían incluido previsiones similares en su normativa propia con anterioridad y otras proyectan hacerlo⁴⁹. La primera fue Cataluña a través de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático, cuyo art. 29.1.d) impuso el deber a los departamentos de la Generalidad y a sus organismos dependientes de «incluir en todos los procedimientos de contratación pública en que resulte adecuado a su objeto especificaciones técnicas y criterios de adjudicación específicos relativos al uso eficiente de recursos y a la minimización de las emisiones de gases de efecto invernadero. La cuantificación del uso de recursos y de emisiones de gases debe incluirse en el cálculo del coste de inversión, de explotación y de mantenimiento del objeto del contrato».

Un año más tarde se dictó la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en

47. LAZO VITORIA (2021: p. 12).

48. LAZO VITORIA (2021: p. 13).

49. Están tramitando su propia legislación de cambio climático, por ejemplo, las Comunidades autónomas del País Vasco, Comunidad Valenciana o Canarias. Esta última, ha puesto en marcha un Proyecto de Ley de Cambio Climático, cuyo art. 26 contiene algunas previsiones de interés. Se refiere el precepto al arrendamiento o adquisición de inmuebles, contratos de carácter patrimonial que, en principio, están excluidos de la LCSP en virtud de su art. 9.2 [vid. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018c: pp. 307-317)] y, por tanto, se rigen por la legislación patrimonial, en este caso, la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, LPCAC (sin perjuicio de las disposiciones de aplicación general y básicas de la LPAP), ley que determina la aplicación supletoria de la legislación contractual pública. Añádase a ello el ya conocido carácter transversal del Derecho ambiental y tenemos que también estos contratos patrimoniales pueden y deben teñirse de verde y, en concreto, incorporar criterios ambientales. En esta línea el citado art. 26 exige para valorar la oferta económica más ventajosa en los contratos de arrendamiento o adquisición de inmuebles que se incluya obligatoriamente la cuantificación económica del consumo energético.

Andalucía con una regulación mucho más pormenorizada y exigente. En efecto, su art. 30, rubricado «contratación pública verde»⁵⁰, exige establecer «criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución que tengan debidamente en cuenta el impacto ambiental que genera cada producto o servicio durante todo el ciclo de vida», así como «criterios de adjudicación que valoren preferentemente los procesos de reducción, reutilización y reciclaje de los productos, y la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en los procesos de producción, comercialización y distribución de los mismos». Y al propio tiempo impone para contratos determinados la obligación de establecer criterios de adjudicación ambientales: en los contratos de servicios de hostelería, cáterin y restauración, así como en los contratos de suministros de carácter alimentario, en especial en centros educativos y de salud, exige promover criterios de adjudicación que incidan en el origen ecológico y de proximidad de los productos y procesos productivos; en los contratos de obra y suministros del sector público se promoverán, al menos, la mejor relación coste-eficacia, usándose el cálculo del coste del ciclo de vida para la determinación de los costes; el consumo energético casi nulo en los nuevos proyectos de construcción de instalaciones y edificaciones; la incorporación de fuentes de energía renovable en las instalaciones y edificaciones o terrenos colindantes o adyacentes; la sostenibilidad de los materiales de construcción, y la optimización del consumo de recursos hídricos en todas las fases de construcción y funcionamiento; en los contratos de alquiler o adquisición de inmuebles se tendrán en cuenta criterios de adjudicación que incidan en la eficiencia, el ahorro energético y en el uso de energías renovables. De igual forma, para valorar la oferta económica más ventajosa incluirán necesariamente la cuantificación económica del consumo energético correspondiente a la calificación energética del edificio o instalación. A tal efecto, los pliegos deben especificar la forma de cálculo de dicho criterio, que siempre irá referido a la vida útil del inmueble o el periodo de alquiler.

La siguiente en el tiempo fue la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética. Esta Ley, de forma mucho más tímida, exige incorporar en la contratación, «siempre que el objeto del contrato lo permita», criterios de sostenibilidad y de eficiencia energética, pero admite también no hacerlo si los pliegos justifican motivadamente la no inclusión de tales criterios. Debe subrayarse que lo que el precepto exige no es justificar la incorporación de los criterios ambientales mencionados, sino por qué no se hace. Obliga además a las Administraciones públicas a introducir «como criterios de valoración la inscripción de los licitadores en los registros públicos de huella de carbono y la reducción o la compensación de sus emisiones» (art. 68).

Como bien se observa, poco a poco se van dando pasos importantes en el camino que va del simple fomento y recomendación de incorporar criterios de

50. Precepto modificado por Ley 6/2019, de 19 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2020.

adjudicación ambientales en la contratación pública hacia la obligación de hacerlo, en una suerte de efecto crisálida, que permite afirmar que cada vez es mayor el número de contratos públicos en los que para su adjudicación, para determinar la oferta más ventajosa, es obligado tomar en consideración criterios verdes o ambientales⁵¹.

2. Ventajas de incluir consideraciones ambientales como criterios de adjudicación

La utilización de cláusulas ambientales como criterios de adjudicación puede presentar algunas ventajas de interés respecto de su inclusión en otras fases de la contratación en las que las consideraciones ambientales se tornan en obligatorias para participar en la licitación.

Desde el punto de vista de la competencia, cabe afirmar, en primer lugar, que los criterios de adjudicación ambientales convenientemente diseñados mejoran la tensión competitiva haciendo que los licitadores maximicen la calidad ambiental de sus ofertas para obtener la mayor puntuación posible en cada criterio al objeto de ganar la licitación. Incentivan, por tanto, a las empresas a operar de la forma más ambientalmente eficiente que les sea posible. Ello redundará en una calidad ambiental superior de la prestación respecto de la exigida por la legislación y por las especificaciones técnicas del contrato. Este es, precisamente, uno de los objetivos de los criterios de adjudicación, alentar al mercado a desarrollar y ofrecer soluciones preferibles desde el punto de vista ambiental⁵². En segundo lugar, al no exigirse estas consideraciones como requisitos ineludibles para participar en la licitación, cuyo incumplimiento acarrearía la exclusión del procedimiento, la posibilidad de que generen o supongan una restricción indebida a la competencia disminuye (aunque no desaparece), particularmente en aquellos mercados en los que solo una empresa, o un muy reducido número de ellas, pueden cumplir el requisito, impidiendo a las demás el acceso a la contratación pública. En este sentido, los criterios de adjudicación pueden ser un buen mecanismo para, sin restringir la competencia, incentivar a las empresas a mejorar su comportamiento ambiental, para en un momento posterior, una vez que el mercado esté «ambientalmente maduro», pasar a exigir la condición ambiental como requisito de acceso a la licitación o como condición especial de ejecución.

51. En esta línea la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva*, Bruselas, 11.3.2020 COM(2020) 98 final, afirma que para aprovechar el potencial de la contratación pública como motor de la demanda de productos sostenibles, «la Comisión propondrá criterios y objetivos mínimos obligatorios de contratación pública ecológica (CPE) en la legislación sectorial e introducirá gradualmente requisitos obligatorios de notificación para supervisar la incorporación de la CPE sin crear una carga administrativa injustificada para los compradores públicos».

52. Vid. *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed., 2016, p. 47.

Con todo, no cabe olvidar el riesgo de que los criterios de adjudicación ambientales puedan determinar la adjudicación a empresas menos eficientes desde el punto de vista ambiental, de ahí que deba valorarse en cada caso si una característica de este tipo debe constituir un requisito mínimo (especificación) o bien una preferencia (criterios de adjudicación). El conocimiento previo del mercado que tenga el poder adjudicador resulta decisivo y para ello una buena herramienta consiste en debatir sobre los aspectos ambientales con los potenciales licitadores en el contexto de una consulta al mercado previa a la contratación llevada a cabo con todas las garantías exigidas por los arts. 40 DCP y 115 LCSP (en particular, publicidad previa, no discriminación, transparencia o no falsear la competencia). Para la determinación y configuración de los criterios de adjudicación, además de las consultas preliminares al mercado, puede ayudar también chequear licitaciones similares en la Plataforma de Contratos del Sector Público o estudiar informes de valoración de servicios similares tanto propios como de otros poderes adjudicadores, que ahora deben ser publicados de conformidad con el art. 63 LCSP⁵³.

Pero si por el motivo que fuere, el poder adjudicador no conoce con exactitud, o no tiene los medios para conocer las características, la disponibilidad y el precio de las prestaciones más respetuosas con el medio ambiente, la utilización de criterios de adjudicación ambientales parece un mecanismo muy adecuado por cuanto en cierto modo supone una cesión al sector privado del papel de determinar en qué medida podrían aplicarse los aspectos ambientales, con qué características técnicas concretas, etc.⁵⁴. Así lo entiende también el citado *Manual de Adquisiciones Ecológicas* para el que la aplicación de criterios de adjudicación ambientales puede tener sentido, por ejemplo, si no se está seguro del coste o la disponibilidad en el mercado de productos, obras o servicios que cumplen determinados objetivos ambientales; «al incluir estos factores en sus criterios de adjudicación, puede ponderarlos con respecto a otros, incluido el coste»⁵⁵.

3. La apuesta por la calidad, también ambiental, pone en jaque al precio

El profesor GIMENO FELIÚ ha venido insistiendo largamente en la que denomina inadecuada política del precio, para negar que pueda seguir siendo el

53. Guía de integridad en la contratación pública local, 2019, p. 147.

54. MIRANZO DÍAZ (2017: p. 390). El mismo autor observa que en determinados casos la introducción de cláusulas ambientales en otras fases del proceso de contratación, si no se tiene un buen conocimiento del estado de la técnica, puede suponer que se recojan exigencias demasiado débiles, provocando una pérdida de oportunidad en materia ambiental al carecer las empresas de motivación suficiente para implementar medidas más efectivas, puesto que estas mejoras no serán recompensadas. Por el contrario los criterios de adjudicación ambientales motivan a los operadores económicos a maximizar las características ambientales de sus ofertas (pp. 390-391).

55. *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed., 2016, p. 48.

protagonista de la adjudicación de los contratos públicos. Insistencia que redobla cuando se trata de determinados ámbitos como el de los medicamentos o para hacer frente a los desafíos que plantea la gestión de los fondos europeos *Next Generation*. Se hace preciso, en su opinión, «ir más allá del precio y caminar por la senda de la calidad de la prestación», para poner el acento en la correcta ejecución y no tanto en los trámites previos. Sugiere, pues, que debe abandonarse la idea del precio «como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de compra pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales)»⁵⁶.

Además, si el órgano de contratación a la hora de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, ha realizado de forma rigurosa los cálculos cuidando de que sean adecuados a los precios del mercado, tal y como exigen los arts. 100 y 101 LCSP, y ha incluido todos los costes de ejecución y el beneficio industrial, no tiene lógica ninguna, como ha enfatizado con todo acierto BLANCO LÓPEZ, que el propio órgano de contratación «diseñe la selección de la mejor oferta a partir de dar al precio ofrecido más bajo por las empresas una ponderación elevada. Atenta al sentido común que si el presupuesto máximo de licitación desglosa los costes directos e indirectos y esos cálculos están fundamentados quiera obtenerse un precio más bajo como criterio básico de selección. O el precio más bajo es anormal o si no puede ser así calificado es un precio que no se corresponde con una práctica empresarial ordenada»⁵⁷. O bien, añado yo, la baja en el precio se ha logrado sacrificando calidad, técnica, ambiental, social o de otra índole, en detrimento de la prestación que es la causa del negocio⁵⁸.

No obstante, la Ley continúa admitiendo que el precio pueda ser el único criterio de adjudicación de un contrato público, como se desprende del inciso inicial del art. 146.3 LCSP, «salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente...»⁵⁹. Sí es cierto que, como ya se ha indicado, la LCSP muestra una clara preferencia por que, tanto cuando se usen varios criterios, como cuando se use uno solo, el órgano de contratación se decante, en lugar del precio, por un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida (arts. 145.1 y 146.1 LCSP). Pero incluso cuando el órgano de contratación siga esta preferencia legal y opte por el coste, el precio no tiene por qué desaparecer sin más, sino que se subsumirá en aquel, toda vez que el precio final del producto, obra o servicio normalmente será uno de los elementos que conformen el coste de su ciclo de vida. Y, por supuesto, cuando se atienda al precio como único

56. GIMENO FELIÚ (2022: p. 3, *pro manuscrito*).

57. BLANCO LÓPEZ (2018: p. 1284).

58. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2022: pp. 27-28, *pro manuscrito*). Desde otro punto de vista, subraya GONZÁLEZ GARCÍA (2018) en relación con el valor atribuido al precio en la adjudicación, que no solo se han de incorporar elementos de calidad que deben ser ponderados, sino que se debe atribuir al precio una ponderación pequeña.

59. Otras referencias al precio como criterio único se encuentran en las letras f) y g) del art. 145.3, así como en los arts. 146.1 y 149.2.a) LCSP.

criterio, la adjudicación habrá de hacerse a favor de la oferta que incorpora el precio más bajo, como expresamente exige el art. 150.1, pfo. 2º, último inciso, LCSP y como se deriva del principio de eficiencia y de la obligación de seleccionar siempre la oferta económicamente más ventajosa (art. 1.1 LCSP). Ello sin perjuicio de que, si el órgano de contratación presume que la oferta más baja no podrá ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, deban aplicarse las reglas contenidas en el art. 149 LCSP relativas a las ofertas anormalmente bajas, pudiendo llegarse, tras la pertinente solicitud de explicaciones al licitador y la obtención de los informes oportunos, a excluir tal oferta de la clasificación y adjudicar el contrato a la siguiente mejor oferta según el orden de puntuación.

En todo caso, y al margen de la mencionada preferencia legal por el coste en lugar del simple precio, conviene detener la atención en varias cuestiones de no poca trascendencia en orden a identificar hasta qué punto la apuesta por la calidad pone en jaque al precio o, dicho en otros términos, hasta qué punto es posible orillar el precio: a) ¿cabe no tener en cuenta el precio a la hora de adjudicar un contrato público y hacerlo única o fundamentalmente con base en criterios de calidad?; b) ¿es posible limitar y, en su caso, hasta qué punto, el peso que pueda corresponder al precio por comparación con los demás criterios?; y c) ¿cabe articular la adjudicación en varias fases de modo que quepa excluir ofertas exclusivamente por motivos de calidad sin tener en cuenta el precio?

a) Por lo que a la primera de las cuestiones planteadas se refiere cabe observar que con arreglo a la legislación española anterior ya se planteaba la *posibilidad de prescindir del precio y adjudicar el contrato con arreglo a criterios distintos*; es decir, si el precio debía ser siempre o no uno de los criterios con arreglo a los cuales efectuar la valoración de las ofertas⁶⁰. La entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ahora de Contratación Pública del Estado⁶¹, no obstante señalar lo excepcional del supuesto, sí lo admitía con base en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995. En efecto, en varios informes afirma que el art. 87 LCAP/1995 «señala una serie de criterios, entre los que figura el precio, precedidos por la expresión ‘tales como’ y haciendo alusión a ‘otros semejantes’ lo que viene a demostrar que su enumeración ni es exhaustiva —pueden existir otros criterios objetivos— ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso, por lo que la primera conclusión que debe mantenerse es la de que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos relativos a bienes y servicios informáticos»⁶². Posibilidad que extiende incluso, por vía de hipótesis, a los contratos de obras, si bien, advierte que «es difícil imagi-

60. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2014: pp.: 32-33).

61. En adelante, JCCA o JCCPE.

62. Informe de la JCCA 28/95, de 24 de octubre de 1995.

nar que en este tipo de contratos carezca de interés el factor precio hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso»⁶³. A igual conclusión llegaba DOMÉNECH PASCUAL interpretando *a contrario sensu* las previsiones del art. 150.1, pfo. 2º, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, a cuyo tenor «cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo», de donde se deduce que no es obligado ponderar el precio cuando se utilizan varios criterios⁶⁴.

La actual LCSP, por su parte, exige que entre los criterios de adjudicación, cualquiera que sea el sistema elegido, mejor relación calidad-precio, mejor relación coste-eficacia o un único criterio, siempre se tenga en cuenta uno relacionado con los costes, que puede ser el precio o el coste del ciclo de vida⁶⁵. En cambio, la Directiva sí admite que el precio quede completamente al margen de los criterios de adjudicación y que los licitadores compitan con arreglo a otros criterios distintos y, en particular, a criterios de calidad entre los que se encuentren aspectos ambientales o sociales. En efecto, si bien el primer párrafo del art. 67.2 DCP afirma que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador ha de determinarse «siempre» sobre la base del precio o coste, pudiendo incluir además la mejor relación calidad-precio, el segundo párrafo permite que el factor coste adopte la forma de un precio o coste fijo, previamente determinado por el órgano de contratación, no susceptible de mejora por minoración y «sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad». En este contexto, los criterios de adjudicación en verdad únicamente serían estos últimos.

Es cierto que esta posibilidad que brinda a los poderes adjudicadores la Directiva no ha sido recogida de modo expreso en nuestra LCSP a pesar de que varias enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley manifestaron la necesidad de incluirla⁶⁶. Sin embargo, también lo es que el precepto señalado de la Directiva, como han concluido los Tribunales Administrativos de Contratación Pública⁶⁷, posee efecto directo por lo que sería de

63. Informe de la JCCA 29/98, de 11 de noviembre de 1998, en el que reproduce literalmente la doctrina sentada en su Informe 28/95, de 24 de octubre de 1995.

64. DOMÉNECH PASCUAL (2012: p. 46).

65. Cabe plantear únicamente la hipótesis, más teórica que real, de que habiéndose optado, como prefiere la Ley, por el coste del ciclo de vida, este no incluya el precio final del producto, obra o servicio. Así parece admitirlo el art. 148.2 cuando afirma que «el cálculo del coste del ciclo de vida incluirá, según el caso, *la totalidad o una parte de los costes siguientes* en que hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra: a) los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como: 1º. los costes relativos a la adquisición...». Esto es, el tenor literal del precepto no exige que siempre y en todo caso el cálculo del coste del ciclo de vida incluya los costes relativos a la adquisición de la prestación de que se trate, es decir, el precio.

66. Véanse las enmiendas 261 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana y 890 de Francesc Homs Molist (Grupo Parlamentario Mixto) en relación con los contratos de servicios intelectuales.

67. Vid., «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Documento de estudio presentado y aprobado en la reunión de Madrid el 1 de

aplicación al menos en los contratos sujetos a regulación armonizada cubiertos por aquella.

Las dudas proceden de la posible incompatibilidad de la ausencia del precio como criterio de adjudicación con el principio de eficiencia en la gestión de los fondos públicos consagrado en los arts. 31.2 CE y 1.1 LCSP; principio que es, además, una de las razones expresamente esgrimidas para revisar y modernizar las normas vigentes en materia de contratación pública por la Directiva⁶⁸.

Suele pensarse, en efecto, que la introducción de criterios ambientales en la contratación pública conlleva a menudo mayores costes (que, no obstante, en ocasiones podrían no ser tales si se toma en cuenta la perspectiva del ciclo de vida), lo que cabría considerar como poco respetuoso con dicho principio de eficiencia en el uso de los fondos públicos. Pero la idea de eficiencia debe ser replanteada para superar su consideración pura y estrictamente económica (la obtención del menor precio a toda costa⁶⁹) para pasar a una concepción más amplia que tenga en cuenta otros aspectos, ambientales o sociales, que, por otra parte, también tienen su traducción económica como bien se demuestra, por ejemplo, en el cálculo del coste del ciclo de vida. Es justamente en este sentido como deben interpretarse las palabras recogidas en la *Estrategia Europa 2020* cuando, en aras de asegurar un saneamiento inteligente de las finanzas públicas para un crecimiento a largo plazo, exige que la política de contrataciones públicas garantice un uso más eficaz de los fondos públicos⁷⁰. Asimismo, el Consejo Europeo, con el objetivo de establecer incentivos adecuados para la inversión y el crecimiento sostenibles e innovadores en la UE a través de la contratación pública, ha destacado el carácter crucial de la transparencia, la rendición de cuentas y la competencia leal para garantizar el uso eficaz y eficiente de los recursos para la transición ecológica y los esfuerzos de recuperación. Y subraya que «la eficiencia de la contratación pública será, por tanto, un importante factor de éxito para la recuperación, el crecimiento y la creación de empleo justo, con lo que se fortalecerá la resiliencia económica y social de la Unión, así como la protección de la salud de sus ciudadanos y del medio ambiente»⁷¹.

La oferta económicamente más ventajosa, por tanto, no siempre —ni habitualmente siquiera— será la determinada exclusiva o principalmente por el menor precio⁷², sino la que en su conjunto resulte más ventajosa «económica-

marzo de 2016, p. 43: «Artículo 67: Criterios de adjudicación del contrato. Tiene efecto directo, excepto el último párrafo del apartado 2».

68. Considerando 2 DCP.

69. Sostiene VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2022: p. 28, *pro manuscrito*) que «el pago del menor precio posible en un contrato público no es necesariamente síntoma de una gestión pública eficiente».

70. Comunicación de la Comisión, Europa 2020. *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3.3.2010 COM(2010) 2020 final, p. 30.

71. Conclusiones del Consejo, *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente* (2020/C 4121/01), 31.11.2020, pp. 4 y 2.

72. Es más, advierte incluso GIMENO FELIÚ (2022: p. 3, *pro manuscrito*) que «una inadecuada política de ahorros desproporcionados puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo

mente», entendido este término en sentido amplio, como economía social y sostenible, puesto que pueden formar parte del concepto económico aspectos como la calidad, las consideraciones ambientales, sociales, etc., que como digo también tienen a la postre traducción económica⁷³. La protección del medio ambiente, el uso eficiente de los recursos naturales, de la energía, del agua, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación y la inclusión social o lograr las mejores condiciones posibles para obtener servicios públicos de alta calidad, pueden y deben constituir, sin duda, parte principal del concepto de eficiencia⁷⁴.

En esta línea, la Comunicación de la Comisión *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, al referirse a los potenciales beneficios de la CPE, observa que «una utilización más sostenible de los recursos naturales y de las materias primas beneficiaría tanto al medio ambiente como a la economía en su conjunto, y crearía oportunidades para las economías ‘ecológicas’ emergentes»⁷⁵. Dicho cambio podría impulsar al propio tiempo la competitividad de la industria al promover la innovación en el ámbito de las tecnologías ecológicas. Observa, en fin, la Comunicación que la CPE puede ser rentable, especialmente en aquellos ámbitos en los que los productos ecológicos no resultan más caros que las alternativas no ecológicas si se toma en consideración el coste de todo el ciclo de vida de los productos.

Todo ello sin olvidar que en ciertos casos la adquisición de prestaciones con alto valor ambiental ya está disponible en el mercado a un coste similar al de sus equivalentes menos sostenibles y que, en otros supuestos, el menor consumo energético puede contribuir a paliar las posibles diferencias. Estas razones, entre otras, han llevado al legislador europeo, por ejemplo, a imponer mínimos de eficiencia energética en los equipos ofimáticos que se adquieran por las autoridades gubernamentales⁷⁶.

ineficiencias».

73. Véase PERNAS GARCÍA (2014a: p. 346): «La exigencia de eficiencia en las compras públicas admite la consideración de aspectos sociales y ambientales, no exclusivamente económicos». Cabe establecer cláusulas o criterios que «permitan identificar la prestación más eficiente desde una perspectiva económica nueva», que toma en consideración no solo el precio de compra de las prestaciones objeto del contrato, «sino también los costes del ciclo de vida de los productos y los derivados de sus externalidades sociales».

74. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2016: pp. 80-82).

75. 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*, Bruselas, 16.7.2008 COM(2008) 400 final, p. 2.

76. Considerando 11 del Reglamento (CE) n° 106/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativo a un programa de la Unión de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos (texto refundido), modificado por Reglamento (UE) n° 174/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de febrero de 2013: «Dado que la mayor parte del equipo ofimático de alta eficiencia energética está disponible por un coste adicional moderado o sin coste adicional alguno, el menor consumo de electricidad permite amortizar, en muchos casos, cualquier posible coste adicional en un plazo razonablemente reducido. Por consiguiente, los objetivos de

Como subraya GIMENO FELIÚ frente a una incorrecta lectura del principio constitucional de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de conectar dicho principio con el estándar de calidad más adecuado para la prestación de que se trate, «en línea de una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Calidad y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental»⁷⁷.

La concepción de la contratación pública como herramienta para el cumplimiento de objetivos de carácter ambiental, entre otros, se ha impuesto de forma ya irreversible, pues constituye un instrumento de mercado que coadyuva a garantizar una más racional y eficiente y, por tanto, sostenible, utilización de los recursos, a reactivar la actividad económica y a fomentar la innovación. Por ello, la noción de eficiencia se reinterpreta en el sentido apuntado, como eficiencia global, no exclusivamente económica en sentido estricto, una eficiencia que tiene en cuenta la calidad, pues conjuga la obtención de la máxima rentabilidad social y ambiental de las inversiones públicas con el menor gasto posible. Como muy expresivamente afirma GONZÁLEZ GARCÍA la LCSP «ha modificado un mal entendimiento de la eficiencia solo de naturaleza economicista (es más eficiente lo más barato, sin analizar ningún otro elemento) y lo ha articulado mediante una vinculación con la calidad; es más eficiente lo que nos da más por el precio que pagamos»⁷⁸.

En definitiva, es perfectamente admisible, con independencia de lo frecuente que ello pueda llegar a ser, que la Administración establezca un precio fijo e invite a los licitadores a presentar ofertas que versen sobre ciertos aspectos cuantitativos o cualitativos de la prestación contractual, y entre ellos los de carácter ambiental⁷⁹.

b) En supuestos distintos de los que se acaban de exponer, es decir, cuando el precio no es fijo y forma parte de una pluralidad de criterios de adjudicación, la segunda cuestión anticipada plantea *hasta qué punto es posible limitar el peso que pueda corresponder al precio* por comparación con los demás criterios.

El legislador ha mostrado una especial preocupación por otorgar a la calidad un subrayado protagonismo exigiendo que los criterios relacionados con ella representen, al menos, el cincuenta y uno por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas en determinados contratos de servicios [en concreto, los de servicios sociales del Anexo IV y los de servicios que tengan por

ahorro energético y de reducción de dióxido de carbono pueden alcanzarse de forma rentable en este ámbito, sin inconvenientes para los consumidores o para la industria».

77. GIMENO FELIÚ (2022: p. 25, *pro manuscrito*).

78. GONZÁLEZ GARCÍA (2018).

79. Así, DOMÉNECH PASCUAL (2012: p. 46): «El principio de eficiencia exige que se escoja la oferta contractual que entrañe una óptima relación de costes y beneficios sociales. Pero ese óptimo puede alcanzarse de diversas maneras. La licitación puede utilizarse, por ejemplo, para minimizar el precio que la Administración ha de pagar por una prestación enteramente predeterminada —como ocurre en el caso de las tradicionales subastas— o para maximizar la utilidad social de la prestación que el contratista ha de realizar a cambio de un precio absolutamente predeterminado».

objeto prestaciones de carácter intelectual, como los de ingeniería y arquitectura (art. 145.4, pfo. 2º, LCSP)]. Así pues, en estos supuestos el criterio precio tendrá en todo caso un papel minoritario en la ponderación que, al no haberse establecido tope mínimo alguno, podría llegar a ser prácticamente irrelevante o incluso nulo⁸⁰.

Mas cabe plantearse también si, con carácter general, la discrecionalidad de la que goza el órgano de contratación para articular los criterios de adjudicación encuentra algún tipo de límite (distinto de los que se analizarán en el apartado IV siguiente) a la hora de determinar el peso que en cada caso se atribuya al criterio precio o coste. Y ello en dos sentidos. El primero, referido a la concreta ponderación que se le asigne. El segundo, a si son admisibles los denominados índices de saciedad como fórmula para empoderar la calidad.

Por lo que al primero se refiere, el límite podría venir dado por la exigencia de impedir que este criterio quede *de facto* neutralizado por los demás, en aparente contradicción con el principio de eficiencia y con el mandato de la Directiva y de la Ley española que quieren que la mejor relación calidad-precio se evalúe con arreglo a criterios no solo cualitativos sino también económicos. Otorgar al precio o coste una ponderación relativa muy reducida, por ejemplo del uno por ciento, equivaldría en la práctica a prescindir de él como criterio de adjudicación⁸¹. En este aspecto, el Tribunal General de la Unión Europea, tras resaltar la discrecionalidad con que cuentan las entidades adjudicadoras para elegir los criterios de adjudicación y determinar su ponderación, ha indicado que *salvo en circunstancias excepcionales*, el requisito de garantizar la mejor relación ‘coste/resultado’ o ‘calidad/precio’, supone que la ponderación relativa atribuida al criterio económico no puede ser tal que neutralice dicho criterio en la elección del adjudicatario del contrato⁸².

En esta línea de dar preponderancia a la calidad, ha de traerse a colación el que estimo muy avanzado art. 3.1 del reciente Decreto-ley extremeño 1/2022, de 2 de marzo, por cuanto impone límites, «en todo caso», a la ponderación que se otorgue al precio en los contratos de obras y de servicios tramitados por procedimiento abierto. En ellos la ponderación del precio no podrá superar el sesenta por ciento ni ser inferior al cuarenta por ciento de la valoración total de la oferta, salvo para la excepción contenida en el artículo 145.3.g), pfo. 1º, LCSP (contratos de servicios en los que el único factor determinante de la adjudicación es el precio dado que las prestaciones están perfectamente definidas técni-

80. El Decreto-ley extremeño 1/2022, de 2 de marzo, de medidas urgentes de mejora de la calidad en la contratación pública para la reactivación económica, va más allá e iguala a todos los contratos de servicios que se liciten por procedimiento abierto, estableciendo que «el criterio precio no podrá superar el treinta por ciento del total de puntos asignable en la valoración de las ofertas» (art. 3.2).

81. DOMÉNECH PASCUAL (2012: pp. 46-47).

82. STG 494/2011, de 20 de septiembre, As. T-461/08, *Evropaïki Dynamiki —Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Banco Europeo de Inversiones*, ECLI:EU:T:2011:494, apartado 194.

camente y no es posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase).

El segundo sentido mencionado conecta con la controvertida cuestión de la admisibilidad de los denominados *umbrales de saciedad*. Este sistema consiste en fijar en los pliegos un porcentaje máximo de baja a partir del cual el licitador ya no podrá obtener mayor puntuación. Su efecto es bien claro: más allá del umbral se compite únicamente sobre criterios de calidad⁸³.

El TACRC⁸⁴ venía considerando como contrarias al principio de economía en la gestión de los recursos públicos las fórmulas que establecen umbrales de saciedad, más allá de los cuales los licitadores no reciben una puntuación superior⁸⁵. En la misma línea, la JCCA había dicho que estos umbrales determinan que «el comportamiento de los licitadores pasa a ser previsible/conocido no de un modo cierto pero sí aproximado. Esta circunstancia socava, en cierta medida, el espíritu y finalidad de la norma, esto es, que la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor tenga lugar con total autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, sin ningún tipo de distorsión que pudiera venir del conocimiento de la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas o porcentajes. Adicionalmente, parece claro, así lo indica el escrito de consulta, que si la mayoría de los licitadores obtienen la misma puntuación por el criterio precio (40 puntos), van a ser el resto de criterios, principalmente los dependientes de un juicio de valor (50 puntos), los determinantes de cara a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En ese sentido conviene recordar que la Ley da preferencia o prioridad al establecimiento en los pliegos de criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, que si bien es cierto en el pliego que nos ocupa formalmente sería sí, sin embargo la realidad práctica podría evidenciar lo contrario»⁸⁶.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LCSP, el TACRC ha cambiado su criterio a partir de la resolución 976/2018, de 26 de octubre, posteriormente confirmada por numerosas otras posteriores, en lo que puede ya considerarse como doctrina bien consolidada en un sentido abiertamente favorable a su admisibilidad⁸⁷. Convine detenerse en las apreciaciones del TACRC porque son del máximo interés a nuestros efectos.

83. Afirma DOMÉNECH PASCUAL (2020) que «por umbral de saciedad (o saturación) en sentido estricto podemos entender aquel punto a partir del cual una oferta contractual no recibe una mayor valoración en relación con un ‘criterio evaluable de manera automática’, es decir, ‘cuantificable mediante la mera aplicación de fórmulas’ matemáticas».

84. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

85. Así, por ejemplo, resolución del TACRC 873/2016, de 28 de octubre.

86. Informe de la JCCA 42/12, de 7 de mayo de 2013. Sigue esta línea contraria a la legalidad de los umbrales de saciedad la resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

87. Así, resoluciones del TACRC 1230/2021, de 23 de septiembre; 496/2021, de 30 de abril; 247/2021, de 12 de marzo; 172/2021, de 19 de febrero; 110/2021, de 5 de febrero; 997/2020, de 18 de septiembre; 400/2020, de 19 de marzo; 853/2019, de 18 de julio; 725/2019, de 27 de junio; o 484/2019,

Sostiene el TACRC que son diversas las causas o razones que pueden justificar que se module el criterio precio y se establezcan límites a las bajas de los licitadores. Así, por ejemplo, obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, la formulación rigurosa del presupuesto del contrato con arreglo a precios de mercado, desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios cualitativos por los bajos precios ofertados, o evitar problemas en la ejecución del contrato. Por tanto, afirma que la libertad del órgano de contratación ampara modular «el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas».

Niega que los umbrales de saciedad provoquen lesión alguna de los principios de control del gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, «puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto. Así, si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio respecto de los demás criterios objetivo y subjetivos, con mayor razón puede aumentar la ponderación de aquel y fijar un límite máximo de la reducción de precio que los licitadores pueden ofertar a partir del cual no obtengan puntos adicionales».

A mayor abundamiento el TACRC refuerza su argumentación con base en la Directiva y en la LCSP. Recuerda a estos efectos el tenor literal del art. 67 DCP, para concluir que este precepto «no determina en ningún caso que en esa relación coste-eficacia o en la relación calidad-precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo. Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su art. 67.2, que: ***‘El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad’***⁸⁸. A partir de ese texto normativo hemos de considerar que si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración». A lo que añade que el art. 67.5 DCP atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que la propia Directiva establece.

A su vez, el TACRC recuerda que la LCSP ha incorporado al ordenamiento jurídico español la Directiva y con ella sus disposiciones sobre la determinación

de 9 de mayo. En la jurisprudencia defiende esta posición también la STSJCLM 2421/2020, de 25 de septiembre, ECLI:ES:TSJCLM:2020:2421, FJ núm. 6.

88. Subrayado original.

de la oferta económicamente más ventajosa y la incorporación de criterios sociales, ambientales y de innovación, «que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el art. 1.3 LCSP».

Y concluye: «Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite».

Por su parte, la Junta Consultiva estatal, en su informe 1/21⁸⁹, afirma compartir en su integridad la doctrina del TACRC, si bien matiza de inmediato, con apoyo en resoluciones del Tribunal de Cuentas, que «el establecimiento en los criterios de adjudicación de un umbral de saciedad en el precio puede no ser ajustado, en determinados casos, al principio de economía en la gestión de los fondos públicos, razón por la cual su admisibilidad debe quedar limitada estrictamente a aquellos supuestos en que exista una plena justificación, intrínseca al contrato en cuestión y a sus características»⁹⁰.

En cualquier caso, la posición favorable a la admisibilidad de los umbrales de saciedad ha tomado ya carta de naturaleza en la normativa autonómica de la mano del citado Decreto-ley extremeño 1/2022, de 2 de marzo, cuyo art. 4, bajo la rúbrica «umbral de saciedad en el criterio precio», permite utilizar estos umbrales en los contratos de obras y de servicios (no, por tanto, en los de suministros) para modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de estos. A tal efecto, requiere que la posibilidad de modular el criterio precio para lograr el máximo nivel de calidad se exprese en relación con las características de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato y se justifique en el expediente⁹¹.

89. Informe de la JCCPE 1/21, de 28 de julio de 2021.

90. Más en línea con el TACRC, el Informe de la Junta Superior de Contratación Pública de la Comunidad Valenciana 4/2021, de 28 de julio, sostiene que la DCP «no determina en ningún caso que en esa relación coste-eficacia o en la relación calidad-precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo». La propia DCP, continúa, admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto permite que «se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su art. 67.2, que ‘el factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad’». Lo que le lleva a concluir que «el órgano de contratación, valoradas las circunstancias, puede establecer en base al binomio coste-eficacia únicamente criterios de valoración de calidad. Cuando exista un único criterio de valoración este deberá ser necesariamente el precio».

91. Resultan de interés las consideraciones que se recogen en el apartado I de la Exposición de Motivos del Decreto-ley extremeño para justificar los umbrales de saciedad: «[...] debe posibilitarse la

En conclusión, siempre que los umbrales de saciedad hayan sido fijados de antemano en los pliegos, de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma⁹², resultan admisibles dado que no restringen la competencia sino que la orientan hacia los criterios cualitativos⁹³, coadyuvando, así, a la obtención de obras, servicios o suministros de gran calidad, en cumplimiento estricto del mandato impuesto a los órganos de contratación por el art. 145.4 LCSP.

c) La tercera de las cuestiones anunciadas gira en torno a la admisibilidad de que *el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases* como otra fórmula más para dispensar un mayor protagonismo a los criterios de calidad en detrimento del precio. El sistema consiste en diseñar una o varias fases en las que se compite sobre uno o varios criterios. En cada fase ha de obtenerse una puntuación mínima sobre tales criterios para pasar a la siguiente. El objetivo es asegurarse de que los licitadores que llegan a la fase de evaluación de los criterios automáticos reúnen todos ellos los niveles mínimos de calidad técnica establecidos en los pliegos. El sistema está expresamente admitido en el art. 146.3, pfo. 2º, LCSP, que permite que cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación previsto este se articule en varias fases. Para ello habrá de indicarse en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios. El precepto exige establecer un umbral mínimo del cincuenta por ciento de la puntuación en el con-

utilización de fórmulas de valoración de las ofertas económicas que, poniendo en valor la relación entre la calidad de las prestaciones a contratar y su coste, eviten la presentación de ofertas mediocres a causa de la minoración de los precios ofertados o que no puedan llegar a ejecutarse [...]. Es por ello, que en estos momentos se apuesta por la reducción progresiva de la valoración de las ofertas a partir de un determinado nivel de baja o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra, los denominados por la doctrina como umbrales de saciedad, haciendo efectivas las expresiones recogidas en la legislación estatal de oferta económicamente más ventajosa, la mejor relación coste-eficacia, la mejor calidad-precio, y el menor coste del ciclo de vida. Todas ellas se refieren y llevan intrínseca la relación entre el precio, la viabilidad económica y la calidad de las ofertas. Incluir umbrales de saciedad, desde un punto de vista práctico, reduce las diferencias en las puntuaciones que obtienen las empresas en las proposiciones económicas y, por ende, se les concede un mayor protagonismo a las puntuaciones relativas a cuestiones técnicas, de calidad, organizativas, etc. Esta forma de valorar las proposiciones económicas, perfectamente válidas y compatibles con las buenas prácticas en los procedimientos de contratación, es una herramienta más para tratar de evitar que determinadas propuestas económicas afecten a los objetivos de la contratación pública en términos de calidad final de las prestaciones del contrato, evaluadas a lo largo de todo su ciclo de vida».

92. Véase, por ejemplo, la STJ 553/2001, de 18 de octubre, As. 19/00, *SIAC Construction Ltd y County Council of the County of Mayo*, ECLI:EU:C:2002:553, apartado 42.

93. DOMÉNECH PASCUAL (2020). Añade este autor que «con estos topes se puede neutralizar el peligro de que los licitadores hagan ofertas demasiado agresivas en cuanto al precio y descuiden la calidad de la prestación. E igualmente se pueden prevenir ofertas anormalmente bajas, si existen razones fundadas que permiten pensar que el riesgo de incumplimiento del contrato es demasiado elevado cuando el precio queda por debajo de aquellos».

junto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo, garantizando así ese nivel mínimo de calidad de las ofertas⁹⁴.

El problema que pudiera suscitar esta posibilidad tiene que ver con el hecho de que la Directiva lo prevé únicamente para los procedimientos de licitación con negociación, dialogo competitivo y asociación para la innovación, pero no para los procedimientos abierto o restringido (art. 65 DCP), lo que hizo albergar dudas sobre su admisibilidad en los contratos sujetos a regulación armonizada.

Las dudas han sido definitivamente despejadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia *Montte SL* respecto, precisamente, de la legislación española, tras el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euzkadi en relación con el art. 150.4 TRLCSP/2011 que contenía una previsión similar a la del mencionado art. 146.3 LCSP vigente⁹⁵. Parte el Tribunal de Justicia de que los poderes adjudicadores tienen libertad para determinar, con arreglo a sus necesidades, el nivel de calidad técnica que las ofertas presentadas deben garantizar, en función de las características y del objeto del contrato de que se trate, y para establecer el límite mínimo que esas ofertas deben respetar desde un punto de vista técnico. Aclara entonces que el art. 67 DCP «no se opone a la posibilidad de que, en la fase de adjudicación del contrato, se comience por excluir las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica». Y ello porque le resulta evidente que una oferta que no alcanza ese límite mínimo, en principio, no responde a las necesidades del poder adjudicador y, por tanto, no debe tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa. Ante esta tesitura el poder adjudicador no viene obligado a determinar si el precio de esa oferta es inferior a los de las demás no eliminadas por haber alcanzado el límite mínimo y responder a las necesidades del poder adjudicador⁹⁶. Concluye, por tanto, que la Directiva «no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evalua-

94. Por su parte, el mencionado Decreto-ley extremeño 1/2022, recoge esta facultad en su art. 7, para los contratos de obras, de servicios y contratos mixtos que se liciten por procedimiento abierto. En ellos cabe establecer requisitos mínimos para valorar aspectos técnicos que, de no superar el umbral establecido, suponga la exclusión de la oferta. Esta posibilidad se somete al cumplimiento de una regla de transparencia que consiste en la obligación de determinar claramente en los pliegos los criterios para valorar los aspectos técnicos relacionados con el objeto del contrato que utilizarán, así como el mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Aunque no impone limitación alguna a la hora de establecer dicho mínimo de puntuación, la aplicación del precepto citado de la LCSP, que es básico, permite afirmar que al menos debe ser del cincuenta por ciento.

95. STJ 752/2018, de 20 de septiembre, As. C-546/16, *Montte SL c. Musikene*, ECLI:EU:TJ:2018:752. Citada por GIMENO FELIÚ (2019: p. 219).

96. Apartado 32.

ción quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio»⁹⁷.

Como puede observarse, el Tribunal de Justicia toma partido a favor de los elementos cualitativos de las ofertas como elementos determinantes de la contratación pública, con el fin de evitar que ofertas técnicas deficientes puedan resultar adjudicatarias en virtud del peso atribuido al precio⁹⁸.

Así pues, no puede otorgarse un papel determinante a este en detrimento de los criterios de calidad y, en particular por lo que aquí más importa, de los criterios ambientales, en una visión puramente economicista, de ahorros a corto plazo, que orille la visión estratégica que tanto la Directiva, como la LCSP, han convertido en el principal eje de la contratación⁹⁹. Y es que el precio, sostiene GIMENO FELIÚ, «no es un elemento esencial del contrato público» y «en mercados regulados —como sucede, por ejemplo, con el del medicamento— podría incluso ser sustituido por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con otros criterios como plazos, seguimiento, etc. [...] la calidad de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad»¹⁰⁰. En este mismo sentido, sostiene la Comisión Europea que «la aplicación de la contratación circular implica ir más allá de buscar el precio de compra más bajo. En la fase de adjudicación, el poder contratante evaluará la calidad y los aspectos de circularidad de las ofertas sirviéndose de criterios de adjudicación preestablecidos»¹⁰¹.

IV. REQUISITOS Y LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AMBIENTALES

La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública ha venido siendo admitida desde la conocida Sentencia *Concordia Bus Finland* de 17 de septiembre de 2002¹⁰². En ella el Tribunal de Justicia parte de dos afirmaciones previas que ya nos constan; una, que no todos los criterios de adjudicación deben tener naturaleza mera y exclusivamente económica; y dos, que los Tratados imponen el principio de integración ambiental en todas las políticas y acciones públicas. La combinación de ambos argumentos, conduce al Tribunal a afirmar que la Directiva 92/50¹⁰³, aplicable por razones temporales al asunto

97. Apartado 39.

98. GIMENO FELIÚ (2019: p. 219).

99. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2022: p. 28 *pro manuscrito*).

100. GIMENO FELIÚ (2019: p. 104 y 2022: p. 27 *pro manuscrito*).

101. Documento de la Comisión Europea, *Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018

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

103. Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

controvertido, no excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora utilice criterios de adjudicación relativos a la conservación del medio ambiente.

Sin embargo, matiza de inmediato que ello no significa que cualquier criterio de ese tipo resulte admisible. Antes bien, los que deseen utilizarse, ambientales o no, deben cumplir varios requisitos: a) que estén relacionados con el objeto del contrato; b) que no confieran a la 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 de la hoy Unión Europea y, en particular, el principio de no discriminación. Concluye, pues, que cuando una entidad decide adjudicar un contrato de prestación de servicios de transporte urbano en autobús al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxido 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 y, en particular, el principio de no discriminación»¹⁰⁴.

Esta doctrina ha venido reiterándose en muchas sentencias posteriores, sin perjuicio, como se verá, de importantes matices, pues la clave está en la interpretación que se dé a los requisitos mencionados y, principalmente, al de la vinculación con el objeto, cuya rigurosa aplicación podría constituir un freno a la utilización de criterios ambientales y con ello a la utilización estratégica de la contratación pública¹⁰⁵. En cualquier caso, la mencionada doctrina jurisprudencial se encuentra ya plasmada tanto en la DCP, como en nuestra LCSP. En esta última, el art. 145.5 establece los requisitos que debe cumplir todo criterio de adjudicación y, por ende, también los de carácter ambiental. Dichos requisitos son los siguientes: a) que se establezcan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, o en el documento descriptivo, así como en el anuncio de licitación del contrato; b) que no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; c) que garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia real; d) que vayan 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 presentadas cumplen los criterios de adjudicación; e) que estén formulados de manera objetiva; f) que respeten los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; g) que estén vinculados al objeto del contrato.

104. Apartado 69.

105. Vid. la crítica que efectúa al requisito de la vinculación GONZÁLEZ GARCÍA (2015: pp. 29-30).

1. Exigencia de previsión expresa en los pliegos y en el anuncio de licitación

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—, han de estar predeterminados, prefijados, es decir, deben constar en los pliegos y también en el anuncio de licitación. Dicha predeterminación debe precisar, además, la ponderación relativa que se atribuya a cada uno de los criterios elegidos salvo, naturalmente, que el único criterio sea el precio (arts. 67.5 DCP y 146.3 LCSP). Ponderación que 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.

La exigencia de que consten de antemano todos los criterios de adjudicación y su ponderación en el pliego de cláusulas administrativas y en el anuncio de licitación tiene por objeto que los operadores económicos potencialmente interesados conozcan los elementos que se tomarán en consideración para identificar la oferta más ventajosa. Así, todos los licitadores conocen los criterios de adjudicación a los que deben responder sus ofertas, así como su importancia relativa¹⁰⁶.

Pero no es suficiente dicho conocimiento derivado de la mera publicidad o predeterminación de los criterios, sino que es preciso, además, que cumpla una regla de transparencia, íntimamente conectada con los principios de igualdad de trato y no discriminación, conforme a la cual todos los criterios, y su ponderación, deben estar 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 forma¹⁰⁷. Así se desprende del considerando 90 DCP cuando en su párrafo tercero afirma que para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, los poderes adjudicadores deben estar obligados a procurar la transparencia necesaria para permitir a todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato.

106. STJ 161/1996, de 25 de abril, As. C-87/94, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica*, ECLI:EU:C:1996:161, apartado 88.

107. Así, SSTJ 284/2012, de 10 de mayo, As. C-368/10, *Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:2012:284, apartado 88 o 553/2001, de 18 de octubre, As. 19/00, *SIAC Construction Ltd y County Council of the County of Mayo*, ECLI:EU:C:2002:553, apartado 42.

2. Prohibición de conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada

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 a la hora de fijar los criterios de adjudicación, en ningún caso dicha facultad puede interpretarse como la atribución de una libertad incondicional de elección. Por tanto, 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 trate¹⁰⁸.

Esta doctrina ha sido plenamente asumida por la DCP, tanto en sus considerandos como en su articulado. En efecto, el considerando 92, tras subrayar que los poderes adjudicadores han de poder elegir criterios de adjudicación que les permitan obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades, matiza que los criterios elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, a la par que deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

En consecuencia, el art. 76.4 DCP dispone que «los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una 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, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores». Esta prohibición se recoge también, como se ha visto, por la LCSP en su art. 145.5.b).

Así pues, es necesario que los criterios de adjudicación estén definidos de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no se atribuye al órgano de contratación la referida libertad de decisión ilimitada. El grado de concreción exigible en los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo previamente los criterios y su ponderación y al órgano de contratación efectuar la valoración de las ofertas. A la hora de su valoración, la discrecionalidad técnica de la que este goza cuando se trata de criterios cualitativos sometidos a juicio de valor, como sucede en ocasiones con los ambientales, debe operar sobre parámetros previamente explicados en los pliegos de modo que, en todo caso, sea posible el control, judicial o por los tribunales de recursos contractuales, de la solución alcanzada¹⁰⁹.

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

109. Véase, en este sentido, aunque no se trate de un criterio ambiental, la STSJ GAL 6206/2020, de 4 de noviembre, ECLI:ES:TSJGAL:2020:6206, FJ núm. 6.

Téngase en cuenta que solo son legítimos aquellos criterios que se dirijan a identificar la oferta económicamente más ventajosa¹¹⁰, debiendo 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. Como afirma el art. 145.4 LCSP, debe procurarse elegir aquellos criterios de adjudicación que permitan obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades del órgano de contratación.

3. Principales aplicaciones del principio de proporcionalidad a los criterios de adjudicación ambientales

Los criterios de adjudicación de cualquier clase, además de no conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, deben formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, conforme exige el art. 145.5 LCSP, en línea con el art. 18.1 DCP.

La admisibilidad en cada caso de los criterios de adjudicación elegidos, especialmente cuando se trata de criterios de índole estratégica, ambiental o social, se vincula al respecto del principio de proporcionalidad¹¹¹, pues es notorio que la persecución de objetivos de carácter ambiental ha de conciliarse con otros bienes jurídicos inherentes a la actividad contractual, como son los de libre competencia, libertad de empresa, igualdad de trato o utilización eficiente de los fondos públicos en el sentido matizado en el epígrafe III.3 anterior.

3.1. Ponderación de los criterios

La conexión con el principio de proporcionalidad es aún más acusada cuando se trata de fijar su ponderación, es decir, de atribuir a cada uno de ellos un peso determinado. Las exigencias del principio referido se cifran en la exigencia de que no se le atribuya un valor ponderado demasiado amplio o desmesurado¹¹². Si el órgano de contratación es, en principio, libre para decidir la importancia de cada criterio, esa libertad no es ilimitada pues habrá de respetar la

110. STJ 422/1988, de 20 de septiembre, As. 31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Estado de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:1988:422, apartado 19. Pueden verse, asimismo, más recientemente la STG 445/2013, de 16 de septiembre, As. T-402/06, *Reino de España c. Comisión Europea*, ECLI:EU:T:2013:445, apartado 76 o las SSTJ STJ 693/2009, de 12 de noviembre, As. C-199/07, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica*, ECLI:EU:C:2009:693, apartado 54; 644/2005, de 27 de octubre, Ar. C-234/03, *Contse S.A., Vivisol, S.R.L., y Oxigen Salud, S.A., c. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), anteriormente Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 68; 553/2001, de 18 de octubre, As. 19/00, *SIAC Construction Ltd y County Council of the County of Mayo*, ECLI:EU:C:2002:553, apartado 36, entre otras.

111. GÓMEZ FARIÑAS (2021: pp. 216 y ss.).

112. GALLEGO CÓRCOLES (2019: p. 117).

máxima de la proporcionalidad, a la par que los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Para determinar la ponderación correspondiente, el órgano de contratación debe prestar atención a varios aspectos. Por un lado, a la importancia de los objetivos ambientales para el contrato, en comparación con otras consideraciones como la calidad técnica o de otra índole o el coste; por otro, a la medida en que estas consideraciones se abordan mejor en los criterios de adjudicación, como complemento o en lugar de especificaciones, criterios de selección y cláusulas de ejecución del contrato; finalmente, a cuántos puntos puede asignar en función de la concreta prestación demandada y de las condiciones del mercado. Así, por ejemplo, si el grado de variación de los precios relativos a un producto es bajo pero el rendimiento ambiental varía mucho, tiene sentido asignar más puntos para evaluar las características ambientales¹¹³.

En este sentido, el Tribunal de Justicia en su Sentencia *EVN-Wienstrom*¹¹⁴, tras recordar la doctrina *Concordia Bus* sobre la admisibilidad de los criterios ecológicos, aceptó para un contrato de suministro de electricidad el criterio «energía generada a partir de fuentes de energía renovables», así como que se otorgara a este criterio un coeficiente de ponderación del cuarenta y cinco por ciento. Y ello por dos órdenes de consideraciones. De un lado, porque la referida libertad de elección no juega solo a la hora de escoger los criterios, sino también para determinar su ponderación, siempre que «esta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa» y el coeficiente de ponderación mencionado no lo impide; y, de 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 combatir¹¹⁵.

A estos efectos, resulta del máximo interés la resolución del *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* 349/2020¹¹⁶ que resuelve dos recursos presentados contra los pliegos del contrato del servicio de transporte escolar colectivo de una comarca de Girona. Entre otras cuestiones impugnadas, la resolución analiza la procedencia del establecimiento de dos criterios de adjudicación ambientales: el «Criterio ambiental: etiqueta ambiental» de hasta treinta puntos, que preveía otorgar hasta diez puntos por cada vehículo con distintivo ambiental

113. Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica, 3ª ed., 2016, p. 49.

114. STJ 651/2003, de 4 de diciembre, C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH y Republik Österreich*, ECLI:EU:C:651, apartados 37 a 43.

115. 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.

116. La resolución citada no aparece en el buscador del TCCSP, pero sí en la Memoria 2020, aunque únicamente un resumen de la principal doctrina contenida en la misma.

«ECO» o «0 emisiones» y el «Criterio ambiental: distancias a las instalaciones» de hasta quince puntos. El TCCSP estima respecto del primer criterio que, desde el punto de vista de la proporcionalidad, se trata de un requerimiento previsto en la normativa analizada y su puntuación se estima razonable y ajustada a la finalidad que se quiere conseguir, otorgar una mayor puntuación si el vehículo es más respetuoso con el medio ambiente. Considera correcta la motivación del criterio pues se incardina en dar cumplimiento a previsiones normativas ambientales: la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del Cambio Climático —que persigue la reducción de los gases de efecto invernadero y el aseguramiento de la reducción de un cincuenta por ciento de la dependencia de los combustibles fósiles, especialmente de los derivados del petróleo, en el ámbito del transporte hasta 2040— y a la Directiva 2009/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

Aplicando también el principio de proporcionalidad al segundo de los criterios mencionados, en concreto, el de las distancias, el TCCSP concluye que la configuración de estos tramos o intervalos responden a la finalidad de hacer efectiva la reducción de las emisiones de gases, resultando de nuevo razonable y justificada la explicación dada por el órgano de contratación respecto de la distancia a valorar, los efectos a nivel ambiental y la puntuación a alcanzar; y todo ello para hacer efectivas las políticas públicas ambientales en la licitación. Además, también considera que el peso de este criterio es proporcional en el conjunto de la configuración de los criterios de adjudicación, ya que representa quince puntos respecto de los ochenta y cinco totales.

Así pues, ambos criterios se estiman justificados en razón de su conexión con objetivos ambientales previstos en la normativa vigente y de que la ponderación atribuida a los mismos no resulta desproporcionada por comparación con la puntuación total.

Cabe afirmar, en conclusión, que el principio de proporcionalidad en relación con los criterios de adjudicación ambientales opera en una doble vertiente que habrá de analizarse caso por caso atendiendo a la específica configuración de estos y a la naturaleza de la prestación contractual. Primero, como parámetro a manejar por el órgano de contratación a la hora de establecerlos y de concretar su ponderación; así, en contratos cuyo objeto tenga un contenido marcadamente ambiental —por ejemplo, elaboración de un plan o proyecto para implantar un sistema de gestión ambiental o para la recuperación de la flora en peligro de extinción de un determinado lugar, o para gestionar la calidad del aire o aquellos a los que se refiere el art. 145.3.h) LCSP— el peso de los criterios ambientales deberá ser determinante de la adjudicación, mientras que en otro tipo de contratos su ponderación podrá ser menor. Después, como guía para valorar las ofertas, de modo que no se altere el sistema diseñado en los pliegos¹¹⁷.

117. GÓMEZ FARIÑAS (2021: p. 222).

3.2. Principio de proximidad

El denominado criterio de territorialidad, arraigo o proximidad, esto es, el otorgamiento de una determinada puntuación en la valoración de una oferta en virtud de la implantación de la empresa en un determinado territorio se ha estimado contrario al principio de no discriminación y al principio de objetividad en el sentido de que no cumple el requisito de la vinculación al objeto del contrato¹¹⁸.

El problema ha vuelto a plantearse en relación con un contrato de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios licitado por el Servicio Vasco de Salud que incluyó como criterio de adjudicación la «Proximidad a la planta de gestión de residuos» por el que se otorgan hasta siete puntos (sobre un total de cien) a las empresas que cuenten con una planta de gestión de residuos (considerándose a estos efectos que la gestión es solo el tratamiento, y no el almacenamiento) que se halle muy próxima a las capitales vascas. El asunto fue inicialmente resuelto por el OARC¹¹⁹ partiendo de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Contse y otros*¹²⁰ en la que dejó sentado que un criterio de adjudicación que prima el arraigo territorial solo es admisible si cumple cuatro requisitos: que se aplique de forma no discriminatoria; que esté justificado en razones imperiosas de interés general; que sea adecuado para garantizar el objetivo que se persigue; y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (proporcionalidad).

El OARC rechaza el recurso al observar que el criterio se aplica de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social; está justificado porque responde a un interés general tal y como lo definen las normas nacionales y el Derecho de la Unión (Reglamento 1013/2006 y Directiva 2008/98), como es satisfacer el principio de proximidad conforme al cual los residuos destinados a la eliminación deben ser tratados en el punto más cercano posible al lugar en el que se producen¹²¹; y es una medida proporcionada, ya que no es excluyente por no ser requisito de admisión, su valoración dentro de la ponderación global es relativamente reducida (un siete por ciento), se determina en razón exclusiva de la distancia sin hacer referencia a que la planta radique en

118. Informe JCCA 9/09, de 31 de marzo de 2009 y BERNAL BLAY (2011: p. 143).

119. Resolución 084/2017, de 24 de julio 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

120. STJ 589/2005, de 27 de octubre, As. C-243/03, Contse, S.A., Vivisol, S.R.L., Oxigen Salud, S.A. c. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, ECLI:EU:C:2005:589, apartado 25.

121. El OARC cita en apoyo de este argumento la STJ 820/2013, de 12 de diciembre, As. C-292/12, *Ragn-Sells AS y Sillamäe Linnavalitsus*, ECLI:EU:C:2013:820, referida a un procedimiento de adjudicación de una concesión de servicios de recogida y transporte de residuos generados en un término municipal. Afirma esta sentencia que la normativa europea avala que se pueda limitar la circulación de los residuos para garantizar la protección del medio ambiente (apartado 49) y admite incluso que se adopten medidas de alcance general (incluidas las prescripciones de un contrato público) que limiten los traslados de residuos para aplicar el principio de proximidad (apartado 56).

una u otra Comunidad autónoma y la disponibilidad de las plantas no se exige en el momento de la presentación de las ofertas.

Esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹²² y finalmente por el Tribunal Supremo¹²³. Afirma el TS que existe «una razón de interés general para primar el criterio de proximidad en la adjudicación de este tipo de contratos» particularmente porque dicha exigencia de proximidad está prevista de modo expreso en el art. 16 Directiva 2008/98¹²⁴. Subraya, además, que el principio de proximidad es uno de los principios que preside la gestión de los residuos y está directamente relacionado con el principio de corrección de la contaminación en su origen. Además, el criterio no introduce discriminación alguna por razón de nacionalidad ni domicilio social de la empresa, pues tanto las empresas pertenecientes a otros Estados miembros, como las que tienen su domicilio social en otras Comunidades autónomas pueden concurrir a la licitación y pueden beneficiarse de este criterio de baremación por razones de proximidad siempre que sus plantas de gestión estén radicadas a las distancias indicadas en la cláusula¹²⁵. Y finaliza observando que la ponderación de la puntuación por razones de proximidad de las instalaciones de gestión de residuos tan solo alcanza el siete por ciento en una ponderación global, por lo que no puede considerarse desproporcionada.

Encontramos aquí un nuevo punto de conexión y mutua influencia entre el Derecho ambiental y el de la contratación pública que origina repercusiones recíprocas capaces de actuar incluso sobre los principios inspiradores de esta última, modulándolos¹²⁶. Pero su alcance, como destaca TEJEDOR BIELSA, es específico y limitado (en este caso, en materia de gestión de residuos), y dependiente de la concreta articulación que los pliegos realicen del criterio de adjudicación con arreglo al principio ambiental de proximidad. Este, en determinadas condiciones, proporcionadas y no discriminatorias, actúa como razón de interés general que afecta a principios esenciales de la contratación pública. Pero precisamente por ello la concurrencia de otras razones de interés general habrá de apreciarse restrictivamente y con la máxima cautela¹²⁷.

3.3. Etiquetas

Para ayudar en la elaboración y evaluación de los criterios de adjudicación también pueden utilizarse etiquetas referidas a las características ambientales de las prestaciones demandadas. Así lo autorizan expresamente los arts. 43.1 DCP

122. STSJ PV 1731/2019, de 5 de abril, ECLI:ES:TSJPV:2019:1731.

123. STS 4631/2021, de 9 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4631.

124. Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas.

125. FJ núm. 3.

126. Sobre la recíproca conexión entre la legislación ambiental y la contractual, FERNÁNDEZ ACEVEDO (2016: *in totum*).

127. TEJEDOR BIELSA (2022).

y 127.2 LCSP. Las etiquetas ecológicas son distintivos que informan sobre los productos y servicios con menores repercusiones sobre el medio ambiente¹²⁸ y permiten distinguirlos de otros similares. 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 ambiental. Las exigencias ambientales son a menudo complejas tanto en su formulación como en la posterior evaluación de su 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 segura¹²⁹.

Los requisitos para su admisibilidad son los mismos que en el caso de otras fases del procedimiento de contratación pública, a saber: a) vinculación con el objeto del contrato de todos los requisitos que la etiqueta incluye y adecuación de los mismos para definir las características de la prestación; b) que los requisitos se basen en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; c) que la etiqueta se haya adoptado con arreglo a un procedimiento abierto y transparente; d) que sea accesible a todos; e) que los requisitos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el que el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva; y f) que las referencias a la etiqueta no limiten la innovación.

Para evitar restricciones indebidas a los derechos de los operadores económicos interesados, cuando se requiera una etiqueta específica como medio de prueba de que la prestación cumple las características exigidas para la obtención de la etiqueta, se establece, por un lado, que deberán aceptarse todas las etiquetas que cumplan criterios equivalentes; y, por otro, que en los casos en que los licitadores no puedan obtener una etiqueta en los plazos estipulados por motivos que no les sean imputables¹³⁰, deberán admitirse otros medios adecuados de prueba. Por otro lado, cuando la etiqueta hace referencia a especificaciones vinculadas al objeto del contrato junto con otras que no lo están, no puede exigirse la etiqueta como tal, sino que se han de precisar las características concretas que las prestaciones ofer-

128. *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed., 2016, pp. 49-50. De conformidad con el art. 127.1 LCSP, «se entenderá por ‘etiqueta’: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos». Y para la ISO 1420 «el etiquetado ambiental está constituido por un conjunto de herramientas voluntarias que intentan estimular la demanda de productos y servicios con menores cargas ambientales ofreciendo información relevante sobre su ciclo de vida para satisfacer la demanda de información ambiental de los compradores».

129. PERNAS GARCÍA (2014b: p. 22).

130. El art. 43.1, pfo. 4º, DCP exige que la obtención de la etiqueta indicada por el poder adjudicador o de una equivalente le sea «manifiestamente imposible».

tadas deben cumplir. En todo caso, es importante destacar que, a pesar de que se indique una etiqueta específica en las prescripciones técnicas, el órgano de contratación tiene la obligación de detallar con claridad en los pliegos las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta especificada pretende probar (art. 127.5 LCSP). Esto implica que el requisito no puede ser estar certificado con una determinada etiqueta o su equivalente, sino cumplir unas determinadas características y requisitos ambientales respecto de los que la etiqueta sirve como medio de prueba¹³¹.

Las etiquetas ambientales pueden ser útiles para distinguir aquellos productos y servicios que permitirán ahorrar energía y agua o que se fabrican con un alto estándar de sostenibilidad. Mediante la inclusión de todos o parte de sus requisitos en los criterios de adjudicación, se pueden ponderar estas consideraciones en función del coste o de otros factores, como la disponibilidad del producto o el plazo de entrega.

3.4. Certificados de calidad o gestión ambiental

Mayores dificultades de aceptación como criterios de adjudicación entrañan los certificados de calidad o gestión ambiental. De hecho el TACRC mantuvo una opinión contraria hasta la resolución 786/2019, de 11 de julio que abrió la puerta a su admisibilidad condicionada, posición que ha mantenido posteriormente en diversos pronunciamientos. Admisibilidad condicionada, en primer término, porque el principal problema que plantean este tipo de certificados es que no son admisibles como criterio de adjudicación cuando hacen referencia genéricamente a todos los procesos productivos de la empresa, esto es, a una característica de la propia empresa, pero no a una característica de la prestación en sí misma que permita, como exige la DCP en su considerado 92, «efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato». Y es que los aspectos ambientales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación demandada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca, lo que no sucede cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política ambiental, social o corporativa de la empresa, en lugar de las características concretas de la prestación¹³².

En uno de sus últimos pronunciamientos sobre este tipo de certificados, el TACRC¹³³ resuelve sobre la impugnación de una cláusula que valora el compro-

131. Véase el documento de Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno vasco, «Errores habituales en la introducción de criterios ambientales en la contratación pública», pp. 9-11.

132. De ahí que, por ejemplo, el citado documento «Errores habituales en la introducción de criterios ambientales en la contratación pública», recomiende no valorar que las licitadoras dispongan de certificados de gestión ambiental y, en su lugar, aconseje considerar de forma indirecta los sistemas de gestión ambiental, valorando los aspectos, procedimientos y medidas concretas que las empresas van a implementar en la ejecución del servicio (pp. 20-23).

133. Resolución del TACRC 101/2022, de 27 de enero; asimismo, resolución 1283/2021 de 29 de septiembre.

miso de implantación del sistema de prevención de riesgos laborales mediante la norma OSHAS 18001 o similar, hasta un máximo de dos puntos (criterio 4.1); el compromiso de implantación del sistema de gestión ambiental mediante certificado ISO 14001 o similar, hasta un máximo de dos puntos (criterio 5.1); y el compromiso de implantación del sistema de gestión de eficiencia energética mediante certificado ISO 50001 o similar, hasta un máximo de dos puntos (criterio 5.2).

El TACRC admite la valoración de los certificados de calidad entre los criterios de adjudicación; pero matiza, siempre que estén claramente vinculados con el objeto del contrato, es decir, cuando se refieran o integren en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. A tal efecto, aprecia que las ISO solicitadas se enmarcan en la fase de prestación del servicio municipal de abastecimiento de agua, donde se tiene como principal objetivo garantizar la óptima gestión ambiental, de prevención de riesgos y de gestión de la eficiencia energética, materias íntimamente conectadas con el objeto del contrato. Destaca además la importancia de la energía en el servicio de abastecimiento de agua al hacer referencia al criterio relacionado con la sostenibilidad de la adjudicación sobre el origen renovable de la energía. Por su parte, los citados criterios 5.1 y 5.2 valoran, dice la resolución, a los licitadores que, con el objetivo de identificar, priorizar y gestionar los riesgos ambientales inherentes a los servicios objeto del contrato, acrediten el compromiso de implantación de los sistemas de gestión ambiental y los sistemas de gestión de eficiencia energética mediante los certificados mencionados. A juicio del TACRC, la vinculación con el objeto de la concesión de estos dos criterios de adjudicación es patente pues ambos se refieren de manera directa a la prestación contratada y tienen incidencia en la misma. Finalmente su aplicación conjunta como criterio de adjudicación no resulta desproporcionada, en razón de la escasa puntuación otorgada a cada uno de ellos.

4. El requisito de la objetividad

a) La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y 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 ventajosa¹³⁴.

El requisito de la objetividad apela aquí a la propia configuración de los criterios que debe ser tal que permita diferenciar entre las diversas ofertas y compararlas en pie de igualdad. Como ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la regla de la objetividad de los criterios «garantiza que la com-

134. Considerando 90 DCP. Véase, STJ 752/2018, de 20 de septiembre, As. C-546/16, *Montte SL c. Musikene*, ECLI:EU:TJ:2018:752, apartado 31.

paración y la evaluación de las ofertas se hagan de manera objetiva y, por tanto, en condiciones de competencia efectiva»¹³⁵. Así lo requiere el art. 145.5.c) LCSP a cuyo tenor los criterios «deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva».

Entraña, además, un elemento adicional referido a la *verificabilidad*. En efecto, si los criterios de adjudicación están relacionados con factores que no pueden ser verificados por el órgano de contratación, será difícil demostrar que se han aplicado de forma objetiva. Así pues, debe reflexionarse previamente acerca de los medios de prueba que podrán aportar los licitadores para cada criterio de adjudicación y sobre la forma de evaluarlos¹³⁶. Por eso el art. 67.4 DCP dispone que en caso de duda «los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores». Y en la misma línea, el citado art. 145.5.c) LCSP continúa prescribiendo que los criterios «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». Aunque estos preceptos sugieren que no siempre es preciso verificar las declaraciones de los licitadores, cuando se trata de criterios ambientales dicha comprobación parece pertinente para evitar el denominado blanqueo ecológico y asegurar que realmente se proporcionan los niveles de rendimiento ambiental prometidos¹³⁷.

En cualquier caso, como afirma la citada Sentencia *EVN-Wienstrom*, si la entidad adjudicadora establece un criterio de adjudicación sin estar en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, está vulnerando con ello el principio de igualdad de trato, puesto que dicho criterio no garantiza ni la transparencia ni la objetividad del procedimiento de adjudicación. De hecho en el caso litigioso la mencionada entidad adjudicadora admitió no estar técnicamente capacitada para controlar si la electricidad suministrada había sido efectivamente generada a partir de fuentes de energía renovables, así como que no había exigido que los licitadores acreditasen sus obligaciones concretas de suministro o sus contratos de suministro de electricidad ya concluidos. Por tanto, el Tribunal concluye que un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores es contrario a los principios del Derecho de la Unión en materia de contratación pública¹³⁸.

135. STJ 284/2012, de 10 de mayo, As. C-368/10, *Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:2012:284, apartado 87.

136. Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica, 3ª ed., 2016, pp. 46-47 y 34.

137. Id., p. 47 en nota 86.

138. STJ 651/2003, de 4 de diciembre, As. C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH y otros*, ECLI:EU:C:2003:651, apartados 51 y 52.

b) El principio de objetividad adquiere su sentido al identificar un *vínculo, directo o indirecto, con el objeto del contrato*, con la prestación que constituye su causa, con independencia de las cuestiones que afectan a los elementos personales de la relación contractual¹³⁹. Se trata de 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 exigen tanto el art. 67.2 DCP, como el art. 145.5.a) LCSP.

La jurisprudencia europea ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre este requisito a partir de la citada Sentencia *Concordia Bus*¹⁴⁰. 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 él¹⁴¹. 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, introduce la Directiva y acoge nuestra LCSP, 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 fue ampliamente destacada por el ya citado *Libro Verde sobre la modernización de la contratación pública* en el sentido, afirma, de que asegura que la compra siga siendo el elemento central del proceso, contribuyendo así a asegurar que se hace un uso eficiente del dinero público; responde, al propio tiempo, a las exigencias del principio de no discriminación, pues ayuda a evitar que los operadores económicos de un determinado país resulten favorecidos en detrimento de los de otro Estado miembro; persigue también dar seguridad y previsibilidad a las empresas, evitando que puedan pedirse distintos requisitos para cada contratación o para cada poder adjudicador.

Se plantea, con todo, cuál ha de ser el grado mínimo de vinculación al objeto contractual que debe cumplirse para estimar que el criterio es aceptable desde un punto de vista jurídico, así como 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

139. BERNAL BLAY (2011: pp. 132 y 140-141).

140. Al requisito de la objetividad de los criterios se refiere también, entre otras, la STJ 718/2005, de 24 de noviembre, As. C-331/04, *ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc c. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia y Comune di Venezia*, ECLI:EU:C:2005:718, apartado 21.

141. STJ *Concordia Bus*, apartado 59.

él. Así, como ya nos consta, la repetida Sentencia *EVN-Wienstrom*, aceptó 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, porque, si bien el producto adquirido es el mismo, electricidad, un criterio que se refiera no al producto en sí, a sus cualidades físicas o materiales, sino únicamente a su modo de producción puede también cumplir el requisito de vinculación al objeto del contrato¹⁴².

En la misma línea, la Sentencia 284/2012¹⁴³, recordando la doctrina *EVN-Wienstrom*, 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 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»¹⁴⁴.

Recogiendo esta línea jurisprudencial, la DCP, y con ella nuestra LCSP, con el propósito de favorecer la integración de aspectos sociales y ambientales en la contratación pública, adopta un enfoque que cabe calificar de amplio. En efecto, habilita 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,

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

143. STJ 284/2012, de 10 de mayo, As. C-368/10, *Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos*, ECLI:EU:C:2012:284, apartados 91 y 92.

144. 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 284/2012.

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 material¹⁴⁵. Así, los arts. 67.3 DCP y 145.6 LCSP sientan una presunción *iuris et de iure* de que los criterios de adjudicación de las ofertas elegidos por el poder adjudicador están vinculados al objeto del contrato público siempre que «se refieran a las obras, los suministros o los 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: a) en el proceso específico de producción, prestación, comercialización de las obras, suministros o servicios 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». Esta amplia perspectiva permite la 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 justo¹⁴⁶.

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, que no cabe considerar como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, servicios o suministros objeto del contrato. Por tanto, «los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa»¹⁴⁷.

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 contrato, pero sin eliminarlo.

En la práctica el camino por recorrer sigue siendo largo como bien demuestra la Circular que en materia de contratación ha aprobado la Comunidad de Madrid¹⁴⁸. En efecto, esta Circular no se muestra favorable a la introducción de criterios de adjudicación sociales y ambientales, ni a la interpretación relajada del requisito de vinculación. En este último aspecto, su cláusula novena exige para introducirlos como criterios cualitativos de adjudicación que los mismos estén «claramente» vinculados al objeto del contrato, así como justificar dicha

145. Considerando 97, pfo. 2º, DCP.

146. PERNAS GARCÍA (2014b: p. 456).

147. PERNAS GARCÍA (2014b: p. 456).

148. «Circular por la que se establecen criterios de homogeneización de la actividad contractual» de la Consejería de Hacienda y Función Pública de la Comunidad de Madrid de 17 de enero de 2020.

vinculación en la memoria explicativa del contrato. El mensaje que la Circular envía parece claro, en franca contradicción con la legislación vigente, ambiental y de contratos públicos, pues no va precisamente en la línea de impulsar la CPE y genera inseguridad a los órganos de contratación con el «aviso» que encierra de forma poco velada. Bueno será recordar que uno de los principales problemas detectados por la Comisión Europea al poner en práctica la CPE estriba, justamente, en la falta de seguridad jurídica sobre la correcta interpretación del requisito de vinculación al objeto del contrato y el temor a posibles litigios¹⁴⁹.

Esto resulta especialmente crítico en un momento en el que se trata de poner en marcha proyectos con cargo a los fondos *Next Generation EU* en cuyo diseño y selección, como afirma GIMENO FELIÚ, «se debe ‘pensar en verde’ y en ‘sostenibilidad social’, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor [...]. Las exigencias y criterios vinculados a la sostenibilidad (como concepto paraguas), continúa, deben ser el pilar fundamental de toda contratación pública derivada de estos fondos, superando inercias formalistas que exigen una vinculación estricta con el objeto de la licitación»¹⁵⁰.

V. ALGUNOS AVANCES, FRENO Y MARCHA ATRÁS

Como avances en el sentido propugnado en este trabajo conviene comenzar por el Plan de Contratación Pública Ecológica de la AGE (2018-2025) aprobado en enero de 2019 por el Consejo de Ministros, pues entre sus objetivos prioritarios está el de promover la incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública. Detengo la atención ahora sobre dos previsiones del Plan particularmente relevantes. Por un lado, su esfuerzo por reducir la huella de carbono de los bienes, obras y servicios adquiridos por las Administraciones públicas. Para ello entiende que *es preciso incluir* en la contratación de los veinte grupos de bienes, obras y servicios prioritarios de que trata el Plan¹⁵¹, un *criterio de adjudicación* que valore la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (creado por Real Decreto 163/2014,

149. Informe de la Comisión Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior, Bruselas 20.5.2021 COM(2021) 245 final, p. 9.

150. GIMENO FELIÚ (2021: p. 30).

151. Los 20 grupos de bienes, obras y servicios a los que se refiere el Plan son los siguientes: Alimentación y servicios de restauración; iluminación interior de edificios; alumbrado público exterior y semáforos; aparatos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector de la asistencia sanitaria; calefactores a base de agua; diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas; diseño, construcción y mantenimiento de carreteras; electricidad; equipos de impresión; eventos; grifería sanitaria; inodoros y urinarios de descarga; mobiliario y paneles murales; ordenadores y monitores; papel para copias y papel gráfico; productos textiles; productos y servicios de jardinería; productos y servicios de limpieza; sistemas combinados de calor y electricidad; sistemas de climatización; transporte.

de 14 de marzo¹⁵²) o esquema similar, en el marco de lo previsto en la normativa sobre contratación pública. El objetivo final propuesto es que en 2025 el cincuenta por ciento de los contratos licitados incluyan dicho criterio. Tenemos, pues, que al menos la mitad de los contratos públicos del ámbito estatal referidos a la adquisición de alguno de los veinte grupos de prestaciones mencionados, *deben* incluir este criterio de adjudicación. Por otro lado, el Plan, con el fin de lograr los objetivos de CPE, propone a los órganos de contratación utilizar como posibles los criterios de selección, los criterios de adjudicación, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales de ejecución de los contratos relativos a los bienes, obras y servicios que detalla en una tabla adjunta. Así, por ejemplo, respecto de los contratos relativos al diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas de titularidad pública, propone como criterios de adjudicación relacionados con la eficiencia energética, otorgar puntos adicionales: a aquellos licitadores que garanticen un cumplimiento más exigente de los requisitos básicos de ahorro de energía; a la realización de un estudio sobre la huella de carbono del edificio, tanto en su fase de construcción como de uso, utilizando herramientas propias o las disponibles públicamente, facilitando información sobre las distintas opciones barajadas y proponiendo de manera motivada una opción final; a la realización de un seguimiento del consumo energético del equipamiento consumidor de energía a lo largo de un período de tiempo determinado, con el objeto de comprometer a la empresa instaladora en el alcance de los rendimientos energéticos esperados; a la certificación del grado de sostenibilidad de los edificios mediante alguno de los sellos existentes: LEED, BREAM, Verde, o cualquier otro similar; o a la inclusión de puntos de recarga para vehículos que utilicen energías alternativas en nuevas edificaciones.

En el ámbito autonómico, recientemente, el *Consello* de la Xunta de Galicia ha aprobado la utilización del pliego de cláusulas administrativas particulares de referencia para todos los procedimientos de contratación de edificación y obra civil de la Xunta de Galicia¹⁵³ en el que recoge los criterios de adjudicación cualitativos en contratos de obras. Entre ellos, propone incluir como criterio de adjudicación ambiental dependiente de un juicio de valor contar con un «Programa de actuaciones medioambientales». A tal efecto, deberá presentarse un Esquema del Plan de Gestión Ambiental, elaborado por el licitador, que deberá contener una memoria que incluya un análisis del proyecto desde el punto de vista ambiental, destacando los puntos que requieren especial atención según el cri-

152. El art. 10 del Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, dispone que, a los efectos de lo dispuesto en la legislación de contratos públicos, «el órgano de contratación podrá incluir entre las consideraciones de tipo medioambiental que se establezcan en el procedimiento de contratación, las relativas a la huella de carbono, que podrán acreditarse mediante certificados equivalentes u otros medios de prueba de medidas equivalentes de gestión medioambiental».

153. Acuerdo del *Consello* de la Xunta de Galicia de 3 de marzo de 2022 por el que se aprueba la utilización del pliego de cláusulas administrativas particulares de referencia para todos los procedimientos de contratación de edificación y obra civil de la Xunta de Galicia.

terio del licitador; dicho plan debe pronunciarse sobre ocho aspectos concretos que serán objeto de valoración¹⁵⁴. Junto a este criterio sujeto a juicio de valor, el pliego aprobado identifica también varios criterios de adjudicación ambientales no sujetos a juicio de valor, tales como, la distancia de transporte del material excedentario y no reutilizable de la obra; la asignación a la jefatura de la obra de un vehículo dotado de tecnologías tendentes a la reducción del nivel de emisiones; la certificación ambiental; la reducción de la huella de carbono; el establecimiento de medidas para paliar la huella de carbono; o la disponibilidad de planta de fabricación de mezcla bituminosa en caliente.

Por su parte, la Comisión Europea viene desde hace tiempo elaborando criterios de CPE de la UE para veinte grupos de productos que actualiza periódicamente para garantizar que reflejen el desarrollo tecnológico y de mercado más reciente. Los últimos aprobados son los relativos a ordenadores, monitores, tabletas y teléfonos inteligentes¹⁵⁵ y al ámbito del transporte por carretera¹⁵⁶. El objetivo que se pretende es facilitar a las autoridades públicas la adquisición de bienes, obras y servicios con un impacto ambiental reducido. Su aplicación por los poderes adjudicadores es voluntaria, pero si se decide utilizarlos habrán de hacerlo respetando la normativa de contratación pública europea y nacional. Los criterios están formulados de tal modo que, si la autoridad correspondiente lo considera adecuado, puede incorporarlos (parcial o totalmente) a sus pliegos de condiciones tras una mínima revisión. Son, pues, un instrumento muy adecuado para facilitar e impulsar la CPE y, en particular, la utilización de criterios de adjudicación ambientales tal y como en cada uno de los instrumentos aprobados se especifican.

En definitiva, se cuenta ya con una muy amplia gama de instrumentos, normativos y de *soft law*, que obligan, permiten, facilitan y, en todo caso, impulsan decididamente la CPE y, dentro de ella, la utilización de criterios de adjudicación ambientales. Y no obstante ello el porcentaje de contratos públicos que en nues-

154. Son los siguientes: La identificación de las unidades de obra y/o procesos constructivos que puedan generar impactos, de acuerdo con el Programa de Vigilancia Ambiental y la DIA preceptiva en el caso de obras que deban contar con ella, así como las medidas adoptadas para su eliminación, disminución o corrección y la disponibilidad de instrucciones de trabajo (solo se indicará su título y contenido esencial); la organización física de la obra;; el uso de materiales, con certificados de aprovechamiento sostenibles reciclables; el uso de materiales reciclados; la ubicación de vertederos; la estimación de los tipos y cantidades de residuos producidos, identificados por su código LER, según lo establecido en la Lista Europea de Residuos y los destinos autorizados para la recepción de cada uno de ellos; la evaluación de impactos ambientales y las posibles propuestas de minimización, en concreto, deberán incluir, entre otras, medidas de reducción y compensación de emisiones de gases de efecto invernadero; la identificación de los requisitos legales ambientales aplicables a la ejecución de la obra desde el punto de vista europeo, estatal y autonómico.

155. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Criterios en materia de contratación pública ecológica de la UE para ordenadores, monitores, tabletas y teléfonos inteligentes*, Bruselas, 5.3.2021, SWD(2021) 57 draft.

156. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Criterios en materia de contratación pública ecológica de la UE en el ámbito del transporte por carretera*, Bruselas, 18.10.2021 SWD(2021) 296 draft.

tro país los incluyen es a día de hoy bajísimo. Así lo acredita el informe de la OIREscon¹⁵⁷ de 2022: «En lo referente a los criterios de adjudicación para la selección de la mejor relación calidad-precio, el análisis realizado pone de manifiesto que los órganos de contratación *no incorporan criterios sociales, medioambientales o de innovación en un 82,43% de los contratos*. Solo en el 17,57% de las contrataciones se han incluido criterios de adjudicación de carácter social, medioambiental o de innovación»¹⁵⁸. Y qué porcentaje corresponde a los criterios ambientales en concreto, pues según el informe un exiguo 3,83%. En consecuencia, dando por buenos estos datos, se concluye que más del 96% de los contratos no incluye criterio de adjudicación ambiental alguno.

E incluso encontramos Administraciones públicas que parecen caminar en sentido opuesto, como la de la Comunidad de Madrid que ha dictado la ya referida «Circular por la que se establecen criterios de homogeneización de la actividad contractual» cuya cláusula novena, rubricada «Cláusulas sociales y medioambientales vinculadas al objeto del contrato», parece querer exigir («deberían de establecerse», ¡sic!) que cuando se introduzcan aspectos ambientales o sociales en los criterios cualitativos de adjudicación, estos «no supongan un incremento del coste del contrato» y «en el caso *excepcional* de que introdujesen características que supongan un incremento del coste del contrato, deberán reflejar en la memoria justificativa del presupuesto del contrato, el coste que supone así como la justificación de la necesidad de introducir dichas características en el contrato». Esta Circular, como se advirtió, no se muestra nada favorable a la introducción de criterios de adjudicación sociales y ambientales, pues poco menos que exige sacrificar la calidad en el altar del precio, en franca contradicción con las previsiones legales vigentes.

Finalmente, debe advertirse de la gran asignatura pendiente en este tema, como en casi todos los relativos a la contratación pública, el control de la ejecución y, en este caso, el control del cumplimiento durante la ejecución del contrato de los criterios ambientales que sirvieron de base para su adjudicación. Como denuncia BLANCO LÓPEZ «el órgano de contratación, extenuado con los trámites largos y procelosos para la adjudicación de los contratos ha abandonado, por imposibilidad material o por deficiente actitud profesional, el seguimiento de la ejecución del contrato público. Las unidades de contratación, cuando existen, con una insuficiente dotación de medios humanos y baja cualificación técnica, no pueden atender también el seguimiento riguroso de la ejecución del contrato. El propio diseño de las prescripciones técnicas no establece en ocasiones los indicadores de calidad que debe cumplir el contratista y, si lo hacen, no se verifican»¹⁵⁹. En estas condiciones, el cumplimiento de los requisitos ambien-

157. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

158. Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, OIREscon, marzo de 2022, p. 61, cursiva no original.

159. BLANCO LÓPEZ (2018: pp. 1295-1296).

tales comprometidos queda a la buena voluntad de los contratistas lo que es tanto como poner al lobo a cuidar de las ovejas.

VI. CONCLUSIONES

La compra pública ecológica se ha consolidado ya desde todas las instancias, regionales, nacionales, europeas e internacionales, como uno de los mecanismos más adecuados y, en todo caso, imprescindible, para cambiar nuestros modos de producir y nuestros hábitos de consumo. Y no es solo que el extraordinario poder de compra del sector público deba ponerse al servicio de la denominada sostenibilidad, sino que, además, debe servir de modelo o ejemplo para el sector privado, aunando esfuerzos en la lucha contra el cambio climático y el logro de los ODS. Así, el sector público cuando compra debe mirar no solo la concreta prestación demandada, que también, sino más allá, en pos de tales objetivos.

Ya no puede ser de elección velar por el establecimiento de condiciones y, entre ellas, criterios de adjudicación, que permitan obtener prestaciones de gran calidad, ambiental, social o de otra índole, y que respondan lo mejor posible a las necesidades de la entidad contratante. En efecto, la apuesta por la calidad constituye un elemento irrenunciable de todo el proceso contractual público (art. 1.3 LCSP), también de la adjudicación, que ha de realizarse, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de la mejor relación calidad-precio (arts. 131.2 y 145.1 LCSP).

La inclusión de aspectos ambientales en los criterios de adjudicación ha recibido un notable impulso en la última década que, sin llegar aún a convertirla con carácter general en obligatoria, de la mano de cierta normativa sectorial, destacadamente la legislación de cambio climático tanto estatal como autonómica, se van dando pasos en el camino que lleva del simple fomento y recomendación a la obligación, en una suerte de efecto crisálida. Y es que cada vez va siendo mayor el número de contratos públicos en los que para su adjudicación, para determinar la oferta más ventajosa, es obligado tomar en consideración criterios verdes o ambientales.

Pero la apuesta por la calidad pasa por poner en jaque al precio. Este ya no puede ser el protagonista de la contratación pública en detrimento de la calidad. La apuesta legal por la mejor relación calidad-precio y, en todo caso, por el coste del ciclo de vida en la mejor relación coste-eficacia, así lo requieren. El principio de eficiencia en el manejo de los fondos públicos debe replantearse para superar su consideración pura y estrictamente económica, en el sentido de menor gasto, para pasar a una concepción amplia que tenga en cuenta aspectos ambientales o sociales, que permitan hablar de una eficiencia global o social. Mejorar la eficiencia en este sentido, debe ser el reto y el compromiso con la sociedad para hacer frente también a la situación de crisis, ya casi permanente, en la que estamos instalados. Hoy, la eficiencia o es social y ambiental o no es verdadera eficiencia.

En este sentido, la posibilidad de que el órgano de contratación determine el factor coste estableciendo un precio o coste fijo —cuando aprecie que no

podrá ser minorado sin menoscabo del estándar de calidad que la prestación requiere—, el establecimiento de límites a la ponderación del precio en relación con los demás criterios de calidad —técnica, ambiental o social—, la admisibilidad de los umbrales de saciedad o la posibilidad de articular el procedimiento de adjudicación en varias fases aplicando en cada una de ellas criterios de calidad eliminatorios, constituyen otras tantas técnicas que poco a poco van llevando al precio al lugar menor, secundario, que en realidad le corresponde.

Si bien se mira, una correcta, estricta y exacta determinación por el órgano de contratación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, con arreglo a precios de mercado, debería limitar mucho las posibilidades de competencia efectiva sobre este criterio.

Pero no todo vale a la hora de incorporar criterios de adjudicación ambientales, pues obviamente han de respetarse los principios de la contratación pública y, en particular, el de proporcionalidad, la prohibición de conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y la necesaria vinculación de los criterios al objeto del contrato. Con todo, esta vinculación debe interpretarse en sentido amplio, relajado, tal y como se deriva de la Directiva y de la LCSP que en este punto la copia literalmente. Se trata de ampliar el papel que pueda corresponder a los criterios ambientales y sociales en línea con la visión estratégica de la contratación pública, sin olvidar que los mismos deben servir, en primer término, a la determinación de la oferta más ventajosa.

El diseño de los criterios en el pliego debe ser preciso, contar con una ponderación adecuada y con un método de valoración apropiado para permitir una evaluación sintética de los mismos. Para todo ello es preciso que la entidad contratante tenga la capacidad técnica necesaria para, por un lado, evaluar la medida en que las ofertas los cumplen y, por otro y muy destacadamente, para verificar y exigir que en la fase de ejecución de los contratos se lleva a cabo por el contratista un cumplimiento efectivo de los criterios ambientales que sirvieron de base para la adjudicación.

Finalmente, si en verdad se quiere que la contratación pública cumpla la función estratégica que tiene asignada, que sea realmente estratégica, debe trascenderse a cada uno de los contratos considerados individualmente, de modo que se lleve a cabo un examen y seguimiento agregado de todos ellos, para valorar su impacto ambiental conjunto, tarea que corresponde en primer término a cada entidad contratante y, en particular, a la OIREscon.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2021): *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2011): «El principio de objetividad en la contratación pública», en *DA. Revista Documentación Administrativa* núm., enero-abril, pp. 129-150.

- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2018): «Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica», en GIMENO FELIÚ, J.M^a (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 1271-1296.
- DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. extra 19, ejemplar dedicado a *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, pp. 141-177.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel (2020): «Umbral de saciedad y principios de eficiencia, igualdad y libre competencia en las licitaciones públicas», en *Observatorio de Contratación Pública*.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel (2012): «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 30, pp. 1-59.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2018a): «Los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOL, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1417-1483.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2018b): «Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública y, en particular, en los criterios de adjudicación», en LAZO VITORIA, X. (Dir.), *Contratación pública verde*, Atelier, Barcelona, pp. 29-51.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2018c): «Negocios y contratos excluidos», en GIMENO FELIÚ, J.M^a. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 281-323.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2016): «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, M.M^a. (Dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 77-127.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2014): «Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo Derecho europeo de la contratación pública», en *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 131, mayo-junio, pp. 26-46.
- FUEYO BROS, Manuel (2009): «Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal* n° 15-16, pp. 2196-2332, tomo 2, Editorial La Ley.
- GALLEGU CÓRCOL, Isabel (2019): «Posibilidades y límites de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y desempate», en PARDO LÓPEZ, M^a.M. y SÁNCHEZ GARCÍA, A. (Dir.), *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 107-125.
- GALLEGU CÓRCOL, 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 (2022): «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, pp. 1-40, *pro manuscrito*.
- GIMENO FELIÚ, José María (2021): «El desafío de los fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública», en BERNAL BLAY, M.A. y NAVARRO MOLINES, G. (Eds.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración pública. Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 21-41.
- GIMENO FELIÚ, José María (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- GIMENO FELIÚ, José María (2013): «Compra pública estratégica», en PERNAS GARCÍA, J.J. (Dir.), *Compra pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 45-79.
- GÓMEZ FARIÑAS, BEATRIZ (2021): *El principio de proporcionalidad en la contratación pública. Un análisis de su aplicación desde la óptica del Derecho europeo y español*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2018): «Calidad y eficiencia en la contratación pública», en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/> (último acceso 21/03/2022).
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2015): «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública», en *Revista Española de Derecho Europeo*, octubre-diciembre, pp. 13-42.
- LAZO VITORIA, Ximena (2021): «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en GIMENO FELIÚ, J.M^a. (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 177-204.
- LAZO VITORIA, Ximena (2018): «La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida», en LAZO VITORIA, X. (Dir.), *Compra pública verde*, Atelier, Barcelona, pp. 129-144.
- MIRANZO DÍAZ, Javier (2017): «Los criterios de adjudicación ambientales en las directivas de 2014», en RAZQUIN LIZARRAGA, M.M^a. (dir.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 383-403.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2014a): «La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 345-379.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2014b): «Contratación pública y eficiencia energética», en PERNAS GARCÍA, J.J. (Dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 283-328.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2013): «Contratación pública y eficiencia energética», en PERNAS GARCÍA, J.J. (Dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 283-328.

TEJEDOR BIELSA, Julio (2022): «El principio de proximidad y la contratación pública», en <https://www.administracionpublica.com/> (último acceso 30/03/2022).

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2022): «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos. ¿Son admisibles?», en *Revista de Administración Pública* núm. 217, enero-abril, *pro manuscrito*.

LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN MEDIOAMBIENTALES: PALANCA PARA EL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Juan Martínez Martínez

Técnico de la Subdirección General de Coordinación
de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

Sumario. I. LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. 1. ¿Qué son las CEE de carácter medioambiental? 2. Diferencia con figuras afines. 3. Clases de CEE. 4. Finalidad de las condiciones de ejecución medioambientales. 5. ¿Por qué son importantes las CEE medioambientales en la contratación? 6. ¿Qué requisitos deben cumplir? 6.1. *Deben estar vinculadas al objeto de contrato.* 6.2. *Se deben referir a obligaciones a cumplir por el adjudicatario durante la ejecución del contrato.* 6.3. *Que no sean directa o indirectamente discriminatorias.* 6.4. *Que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.* II. OBLIGATORIEDAD DE ESTABLECER CEE. 1. Carácter obligatorio. 2. ¿A quién afecta la obligación de establecer CEE? 3. ¿En qué tipo de contratos procede establecer las condiciones medioambientales? III. ¿CÓMO INCORPORAR UNA CEE? 1. Justificándola adecuadamente. 2. Incorporándola a los pliegos. 3. Utilizando recursos. 4. ¿Qué CEE elegir para cada contrato? 5. Necesidad de sensibilización, formación y asistencia. 6. Algunos ejemplos de CEE medioambientales. IV. CONTROL DE LAS CEE. 1. ¿Quién debe cumplir las CEE? 2. ¿Quién debe comprobar el correcto cumplimiento? 3. ¿En qué momento ha de acreditarse el cumplimiento? 4. ¿Cómo se puede acreditar el cumplimiento? 5. Consecuencias del incumplimiento. 5.1. *Imposición de penalidades.* 5.2. *Resolución del contrato.* 5.3. *Prohibición para contratar.* V. REFLEXIONES FINALES.

I. LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1. ¿Qué son las condiciones especiales de ejecución de carácter medioambiental?

En primer lugar, procede delimitar conceptualmente qué son las condiciones especiales de ejecución (en adelante CEE) que pueden establecerse en los contratos públicos. En palabras de la Directiva 2014/24/UE «el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución».

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 1/2020, de 16 de marzo¹, señala que las CEE del contrato son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato.

Cuando su objetivo es coadyuvar a implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia medioambiental, especificando que los productos se suministren o los servicios u obras se ejecuten de forma que se reduzca al mínimo su impacto ambiental, la CEE tiene este calificativo.

2. Diferencia con figuras afines

La distinción de las CEE a veces presenta dificultades, pues otras figuras del procedimiento de contratación también proyectan obligaciones que han de cumplirse en la fase de ejecución del contrato. Por ello, para diferenciarlas, será imprescindible aplicar criterios hermenéuticos que permitan deslindar las CEE de esas otras obligaciones afines.

Así, por ejemplo, las prescripciones técnicas describen los aspectos técnicos que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades. Es verdad que todos los requerimientos técnicos deberán cumplirse en fase de ejecución del contrato, igual que las CEE, pero con la especificación técnica se trata de exigir sólo aquello que es necesario para definir el objeto del contrato. La CEE añade aquello que, a juicio del órgano de contratación, es conveniente desde el punto de vista de la consecución de otras consideraciones, en este caso medioambientales. Por tanto, fijar las prescripciones técnicas que conforman la obligación principal es siempre necesario mientras que las CEE aportan un valor añadido, son un plus o requisito adicional orientado a fomentar determinados fines.

1. <https://www.hacienda.gob.es/documentacion/publico/d.g.%20patrimonio/junta%20consultiva/informes/informes%202020/2020-001clausulassociales.pdf>

Un segundo ejemplo de diferencia lo encontramos con la solvencia. Esta se refiere a los medios «participantes en el contrato» o de los que «se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones» (artículos 90.1.b), 88.1.f) y 90.1.h)). Consecuentemente, la solvencia aportada por el adjudicatario se convierte en un compromiso contractual. Como puede apreciarse tanto las condiciones de solvencia como las CEE se proyectan a la fase de ejecución. Los elementos diferenciadores de la solvencia con las CEE son la finalidad perseguida y el momento en que han de acreditarse. La finalidad de la solvencia es acreditar la capacidad del licitador para la ejecución del contrato y la finalidad de las CEE cumplir un objetivo secundario al objeto del contrato, imponiendo al adjudicatario una forma de ejecución que se considera indispensable. El nivel de solvencia se ha de acreditar en el momento previo a la adjudicación del contrato, mientras que las CEE se acreditarán durante la ejecución, bastando previamente la mera aceptación del compromiso recogido en los pliegos.

El artículo 76 de la LCSP, titulado «concreción de las condiciones de solvencia», establece que los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario. La redacción del artículo 76, va muy en paralelo a la del 202 respecto de las CEE. Como se ha indicado, la finalidad y el momento de acreditar su cumplimiento son los elementos distintivos de la solvencia con las CEE. El compromiso de adscripción de medios tiene como finalidad asegurar que se tienen los medios para la correcta ejecución del contrato, no pretende cumplir ningún objetivo adicional al principal como ocurre con las CEE. De conformidad con el artículo 150 de la LCSP una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, el propuesto como adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de disponer de los medios a que se hubiere comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato. Las CEE se acreditarán posteriormente, durante la ejecución.

Como diferencia con los criterios de adjudicación cabe señalar que las CEE no inciden en la evaluación comparativa de la calidad de las ofertas. Incluir en la oferta, o no hacerlo, el cumplimiento de un requisito valorable como criterio de adjudicación, es voluntario y solo deberá ser cumplido por quien lo oferte. De ello dependerá la puntuación que se obtenga en ese criterio, ponderando los licitadores, para ofrecerlo, su coste o su relación con otros criterios. En cambio, las CEE son de obligado cumplimiento para todos los licitadores. Algunas veces los aspectos que se plantean como criterios de adjudicación sería posible incluirlos como CEE y viceversa. La opción de configurar una u otra figura depende de si el órgano de contratación considera, en función del caso, que dichos aspectos deben incluirse en ese contrato determinado como de obligado cumpli-

miento por el contratista, exigiéndolos a todos los licitadores, o si entiende que resulta suficiente que se ejecuten solo cuando voluntariamente sean ofertados por los licitadores, recompensando buenas conductas ambientales, pero sin excluir a la empresa que no los cumpla.

Las CEE medioambientales se diferencian de las obligaciones legales en que estas vienen establecidas por la legislación sectorial, son de general aplicación a la actividad de la empresa y por ello de preceptiva observancia con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato. Por su naturaleza se aplican y exigen *per se*, por imperativo legal, por lo que no hay que establecerlas para la correcta ejecución de este. Mediante las CEE los poderes adjudicadores pueden establecer exigencias de protección ambiental mayores, adicionales o distintas a las reguladas en la legislación. Por ello, puede afirmarse que es una mala praxis incluir como CEE una o varias obligaciones legales.

Finalmente cabe señalar que las CEE de carácter ambiental son compatibles con otras figuras que también apliquen criterios verdes a la contratación como la solvencia técnica o los criterios de adjudicación.

3. Clases de CEE

Una CEE puede configurarse simplemente como tal o añadirle el calificativo de esencial cuando su cumplimiento resulta algo necesario e imprescindible para alcanzar el objetivo del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés público. Es decir, cuando se considera que su incumplimiento tiene un efecto equivalente al de la prestación principal del contrato por impedir que se alcance el fin previsto. Por ello, el incumplimiento operará como causa de resolución a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 de la LCSP. Una CEE no siempre es una obligación contractual esencial, tal carácter le será atribuido, en su caso, por los pliegos, tal como se indica en el artículo 202 LCSP. La decisión de otorgar el carácter esencial a la CEE competará al órgano de contratación en función de la relevancia que le otorgue para el adecuado cumplimiento del contrato.

4. Finalidad de las condiciones de ejecución medioambientales

En muchos contratos públicos, tanto como la prestación en sí misma, al comprador público le interesa también el proceso para la obtención, comercialización, uso y deshecho del bien o servicio, protegiendo con una dimensión medioambiental, todo el ciclo de vida de los productos objeto de la contratación. En esos supuestos, mediante la introducción de CEE se persigue obtener la mejor relación calidad [medioambiental]-precio.

La legislación promueve la incorporación de consideraciones medioambientales en los contratos a través de las CEE con las finalidades que se mencionan en el artículo 202 de la LCSP así como en el artículo 105 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al orde-

namiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDL 3/2020).

Como posibles CEE medioambientales están aquellas que persigan como objetivos la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, la prevención y reducción de la contaminación atmosférica, 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.

La relación contenida en los artículos 202 y 105 antes citados no constituye un listado cerrado de CEE propiamente dichas, sino de las finalidades que pueden alcanzarse a través de las que en cada caso se establezcan, pudiendo el órgano de contratación diseñar otras que satisfagan, a su vez, otros objetivos ambientales. La condición seleccionada como obligatoria para la ejecución del contrato no puede consistir solo en enunciar uno de esos objetivos, sino que, en función del objeto del contrato, ha de indicar cómo ha de ser el proceso de ejecución contractual para lograrlo. Por ejemplo, en un contrato de servicios de mensajería postal no sería válida una CEE consistente en «la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero», sino que se deberán detallar las obligaciones concretas que asumirá el adjudicatario que van a conseguir tal finalidad, como «los vehículos de reparto serán (en un determinado número o porcentaje de la flota adscrita a la ejecución del servicio) vehículos que no emitan gases de efecto invernadero». Con ello quiere decirse que las CEE deben contener auténticas obligaciones y no meras reiteraciones genéricas e inespecíficas de posibles finalidades que no concretan el modo de alcanzarlas en cada contrato.

5. ¿Por qué son importantes las CEE medioambientales en la contratación?

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas² y la Cumbre del Clima de París de 2015³, han estimulado múltiples medidas adoptadas en relación con el cambio climático, la descarbonización y el Green deal⁴. Así, a nivel nacional, podemos citar las Directrices Generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030⁵, el Mecanismo de Transición Justa⁶, la

2. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

3. https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_es

4. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es

5. https://www.agenda2030.gob.es/recursos/docs/Directrices_EDS.pdf

6. <https://www.miteco.gob.es/es/transicion-justa/default.aspx>

regulación relativa a los Fondos Next Generation⁷ y, evidentemente, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética⁸. Todas ellas tienen repercusión en la contratación pública y una forma de contribuir al cumplimiento de sus objetivos puede ser incluir CEE medioambientales. La mayor parte de la ciudadanía ve como un aspecto positivo el respeto al medioambiente, el compromiso político con estos valores se puede plasmar durante la gestión contractual generando con ello una opinión favorable a los promotores de estas políticas.

La actuación del sector público repercute en la vida de miles de personas y, por ello, debe tener una actitud ejemplarizante. La contratación verde estimula los mercados medioambientalmente responsables y sirve de modelo a organizaciones privadas. Si los contratos incorporan CEE ambientales podremos decir que la compra pública actúa como palanca en el uso estratégico de la contratación para la conciencia medioambiental en la actividad económica, incitando a los productores y consumidores a un modelo de consumo más ecológico (por ejemplo, si en los servicios de comedor se sirve comida ecológica los usuarios se acostumbran y probablemente replicarán este tipo de alimentación en sus hogares). Sectores de notable repercusión presupuestaria como pueden ser la construcción, la alimentación y restauración, los vehículos, la gestión de residuos, el suministro de energía, la movilidad, el urbanismo, gestión de redes e infraestructuras, son muy apropiados para la exigencia de CEE ecológicas, con capacidad de influir en el mercado, al tener que adaptar los licitadores su producción a las condiciones verdes exigidas y servir de modelo a otro tipo de consumidores.

Además del efecto directo sobre objetivos ambientales, mediante el establecimiento de CEE los compradores públicos fomentan la innovación y el aumento de la competencia, incitando al mercado a crear soluciones teniendo en cuenta el punto de vista medioambiental que se convierten en un motor de innovación, al proporcionar a la industria incentivos reales para desarrollar productos y servicios ecológicos con proyección de mercado. Las CEE de tipo medioambiental sirven también como estímulo económico para fomentar el empleo en sectores emergentes como son las energías renovables o la innovación en tecnologías más ecológicas. Aunque sea brevemente, cabe señalar también los efectos positivos de las condiciones ambientales sobre el consumo energético, los beneficios sociales y sobre la salud de las personas.

Cabe destacar la importancia de las CEE como instrumento para la ejecución del gasto público. Los fondos *Next Generation*⁹ y el Marco de Financiación Plu-

7. Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

8. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-8447

9. https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es

rianual (2021-2027)¹⁰, que suponen una financiación extraordinaria del gasto público, y que se ejecutarán con la colaboración del sector privado, dedicarán más del 39,7% de su importe a inversiones y actuaciones ligadas al cambio climático y la protección ambiental. Con ellos se orienta buena parte de los proyectos de inversión nacionales, financiados con los fondos indicados, a la consecución de los objetivos de transición ecológica. Un tercio de los 1,8 billones de euros de inversiones del plan de recuperación Next Generation EU y el presupuesto de siete años de la UE financiarán el Pacto Verde Europeo.

El Reglamento (UE) 2021/241¹¹, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, establece que, si un Estado miembro desea recibir una contribución financiera, deberá presentar a la Comisión un plan en el que figure una explicación de cómo se garantiza que ninguna de las medidas de ejecución de las reformas e inversiones incluidas en el mismo causa un perjuicio significativo a objetivos medioambientales. Esto supone una condicionalidad verde del objeto de los contratos financiados con estos fondos, así como un mayor peso de los objetivos ambientales en los procesos de elegibilidad de los proyectos nacionales, de preparación de los pliegos y documentos contractuales y de la certificación final de las inversiones.

Desde el punto de vista presupuestario los gastos públicos serán más eficaces si se incluyen CEE medioambientales en los contratos, pues su ausencia genera un coste indirecto sobre las partidas de gasto destinadas a la gestión de residuos, a la lucha contra la emisión del CO² y otras de política ambiental.

6. ¿Qué requisitos deben cumplir?

6.1. Deben estar vinculadas al objeto del contrato

El Informe de la Comisión Europea sobre «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior» (COM (2021) 245 final), de 20 de mayo de 2021,¹² señala como uno de los principales problemas que han encontrado al poner en práctica la compra pública ecológica la falta de seguridad jurídica sobre la correcta interpretación del requisito de «vinculación al objeto del contrato» y el temor a posibles litigios.

El considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE señala que «a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para

10. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/29/el-marco-financiero-plurianual>

11. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0241&from=ES>.

12. http://www.obcp.es/sites/default/files/2021-09/Comunicacion_COM2021_245_final.pdf

el producto hasta la fase de la eliminación del producto, 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. (...) No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos».

En este sentido se pronuncia también la «Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones Públicas», elaborada la Comisión Europea en 2010. Asimismo, la jurisprudencia de la UE ha admitido que los criterios medioambientales guardan relación con el objeto del contrato. Así, la STJUE de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland¹³, señala en el considerando 55 que «no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora», (...) «puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato».

La introducción de CEE debería verse favorecida porque el requisito de vinculación se beneficia de la misma flexibilidad que se ha ido admitiendo respecto de los criterios de adjudicación reflejada en la nueva redacción del artículo 145 de la LCSP.

Sin embargo, como se indica en el Informe trienal de la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020¹⁴, elaborado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: sería deseable que desde la UE se clarificara el marco jurídico de la contratación pública estratégica, y en especial cómo debe interpretarse el requisito de vinculación del criterio o condición con el objeto del contrato, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE. Esta clarificación vendría a complementar lo indicado por la Comisión Europea en sus documentos sobre contratación pública socialmente responsable, por lo que se solicita a la Comisión clarificar esta cuestión capital para el avance de la contratación pública estratégica, tan necesario para contribuir a la recuperación económica con la ayuda de los Fondos Next Generation EU.

6.2. Se deben referir a obligaciones a cumplir por el adjudicatario durante la ejecución del contrato

El considerando 98 de la directiva 2014/24/UE razona que «Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato

13. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=EN>

14. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/trienal2021.pdf>

relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate». Esto supone que no es admisible una CEE que se refiera, por ejemplo, a la obligación del contratista al cumplimiento de tratados internacionales o la normativa medioambiental. Es decir, exigencias que, de suyo, suponen una imposición ajena a la relación contractual y, en consecuencia, no añaden valor a ésta.

6.3. Que no sean directa o indirectamente discriminatorias

El principio de igualdad de trato impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. El hecho de que sólo un número reducido de empresas pueda cumplir la condición de ejecución que se considera fundamental para la adecuada ejecución no constituye, por sí solo, una violación del principio de igualdad de trato. Así, la STJUE de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland¹⁵, señala que «El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, 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».

6.4. Que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos

Cualquier CEE, lógicamente, debe indicarse con antelación, a fin de garantizar que los interesados en la licitación conozcan dichas obligaciones y puedan tenerlas en cuenta al valorar su participación en el procedimiento y calcular el precio de sus ofertas. Así, el artículo 122.2 de la LCSP establece que los PCAP incluirán, como contenido, las consideraciones ambientales que como CEE se establezcan. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 63/2011, de 17 de julio de 2012¹⁶, señala que la exigencia de constancia formal en los pliegos reguladores del contrato responde a la voluntad del legislador de acabar con la inseguridad jurídica que ocasionaba la anterior legislación, que planteaba el problema de interpretar qué obligaciones eran esenciales y cuáles no lo eran.

15. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=EN>

16. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes%202012/Informe%2063-2011%20jcca.pdf>

II. OBLIGATORIEDAD DE ESTABLECER CEE

1. Carácter obligatorio

El carácter voluntario que otorgaba la legislación anterior a la LCSP de 2017 para la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación se manifestó como un fracaso, pues al ser una posibilidad opcional no fueron incorporadas a los contratos sino de forma muy ocasional.

La nueva legislación es el impulso necesario hacia la inclusión proactiva de requisitos medioambientales en la contratación pública. La LCSP, con carácter imperativo, ordena establecer en el pliego al menos una de las CEE que se enumeran en el artículo 202, que pueden ser de tipo medioambiental, por lo que no es obligatorio que todos los contratos contengan previsiones medioambientales. En igual sentido, el artículo 105 del RDL 3/2020, impone a las entidades contratantes la obligación de incluir al menos una condición de ejecución que puede tener carácter medioambiental. Es obligatorio establecer una CEE, pero la que se establezca es de configuración voluntaria.

El informe anual de supervisión de la OIREscon de 2020¹⁷ recomienda que en criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución es precisa una mayor implicación dada la obligación preceptiva (artículo 1.3. LCSP); en este sentido, las dificultades que pueden surgir para su incorporación como criterios de adjudicación deben ser salvadas a través de las CEE, en cuyo ámbito se detecta por segundo año resultados que han de ser mejorados.

2. ¿A quién afecta la obligación de establecer CEE?

Por su incardinación sistemática el artículo 202 de la LCSP obliga, en primer lugar, a las Administraciones Públicas. Ahora bien, con diferente intensidad según se trate de contratos administrativos o privados. El artículo 202 de la LCSP es aplicable, en principio, a todos los contratos administrativos que celebren las entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas. Los contratos administrativos especiales, si tienen normas específicas éstas les serán de aplicación en primer término. De no tenerlas se rigen, supletoriamente, por lo dispuesto en la LCSP que incluye la obligación de incorporar una condición especial de ejecución de las previstas en el artículo 202. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas, en lo que respecta a los efectos, modificación y extinción, se regirán por el derecho privado. No obstante, a los contratos mencionados en los números 1º y 2º de la letra a) del artículo 25.1 LCSP (determinados servicios financieros y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos), cuando estén sujetos a regulación armonizada,

17. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2020/ias-2020.pdf>

también les será de aplicación lo establecido en los artículos de dicha Ley relativos a las CEE.

Los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas se regirán por las normas del artículo 316 y siguientes de la LCSP. En particular, el 319 establece que a los efectos y extinción de estos contratos les será aplicable lo dispuesto en el artículo 202 sobre CEE.

Los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores se regirán, en cuanto a sus efectos, por las normas de derecho privado. En consecuencia, no les resulta directamente aplicable lo dispuesto en el artículo 202 LCSP.

El artículo 105 del RDL 3/2020 establece, para las entidades contratantes que actúen dentro del ámbito de aplicación del mismo, la obligatoriedad de establecer, en el pliego, condiciones de ejecución que pueden ser de tipo medioambiental, lo que supone que la obligatoriedad de establecer CEE también se extiende a estas entidades contratantes en los contratos excluidos de la LCSP que se rigen por dicha norma.

3. ¿En qué tipo de contratos procede establecer las condiciones medioambientales?

- Contratos administrativos, tanto armonizados como no sujetos a regulación armonizada.
- Los contratos privados de los poderes adjudicadores y contratos privados de las administraciones públicas.
- En todo tipo de contratos en los que su objeto lo permita.
- Para los contratos completos o bien para alguno de los lotes.
- En todo tipo de procedimiento, incluso los contratos menores si su objeto lo permite.
- Si es posible, en los contratos que se formalicen en el extranjero (DA 1ª LCSP).
- Contratos de los denominados sectores especiales (RDL 3/2020).

III. ¿CÓMO INCORPORAR UNA CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN?

1. Justificándola adecuadamente

Según el art. 116.4 LCSP en el expediente se justificará adecuadamente «Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo». En la memoria justificativa de la contratación debe incluirse la argumentación relativa a la motivación de todas

las circunstancias que concurren en la contratación, como las razones que han llevado a elegir la CEE que se pretende incluir, el momento y modalidad de su exigencia, explicando la vinculación de la CEE respecto del objeto del contrato y la finalidad con ella pretendida.

2. Incorporándola a los pliegos

Según el artículo 122 de la LCSP en los PCAP se incluirán, entre otras cuestiones, las consideraciones ambientales que como CEE se establezcan. Asimismo, el artículo 43 del RDL 3/2020, establece que en los pliegos de condiciones se incluirán las consideraciones ambientales que como CEE se establezcan. Es la manera de garantizar una adecuada publicidad y que los licitadores conozcan dichas obligaciones. Esta afirmación no es obstáculo para que en los procedimientos que no requieren pliegos como los contratos menores, la tramitación de emergencia o la contratación en el extranjero, si la naturaleza del contrato lo permite, en el contrato también se establezcan CEE ambientales. Si la CEE exigida en el contrato supone un coste añadido en la ejecución del mismo, esta circunstancia deberá tenerse en cuenta y reflejarse adecuadamente en el presupuesto base de licitación.

3. Utilizando recursos

Es normal que al enfrentarse a la preparación de un contrato nuevo el gestor no sepa qué poner como CEE ambiental. Una manera de encontrar ejemplos de CEE es examinar los contratos que salen a licitación en la Plataforma de Contratación Pública, pues muchas veces estas cláusulas son replicables para otros similares. Otras veces la peculiaridad del contrato exigirá una labor de innovación, debiendo ser pioneros.

Un primer recurso para seleccionar una CEE medioambiental puede ser que antes de redactar el pliego del contrato se lleve a cabo una consulta preliminar del mercado, de manera que el órgano de contratación informe de sus planes y requisitos a los operadores económicos y, al mismo tiempo, obtenga del mercado la información necesaria y actualizada para conocer los nuevos desarrollos de productos, el coste/beneficio durante el ciclo de vida que puede suponer una exigencia medioambiental, o el plazo adecuado para que el adjudicatario del contrato alcance los resultados esperados.

Otro recurso puede ser la utilización de los canales de asistencia técnica puestos a disposición de los gestores. Para facilitar la inclusión de requisitos ecológicos en la compra pública la Comisión Europea ha ofrecido desde hace años asesoramiento y al efecto creó el servicio de asistencia técnica sobre contratación pública ecológica (GPP)¹⁸ en enero de 2010 como uno de los medios

18. <https://ec.europa.eu/environment/gpp/helpdesk.htm>

para ayudar a las autoridades públicas a ecologizar sus decisiones de compra. El objetivo principal del servicio de asistencia es proporcionar respuestas oportunas y precisas a las consultas de las partes interesadas y promover y difundir información sobre la CPE. Las partes interesadas (básicamente cualquier persona que trabaje en CPE) pueden enviar sus preguntas por correo electrónico a gpp-helpdesk@iclei.org.

La UE desarrolla criterios de compra pública ecológica¹⁹ que tienen como objetivo alcanzar un buen equilibrio entre las consideraciones medioambientales, las de costes, la disponibilidad del mercado y la facilidad de verificación, si bien las autoridades contratantes pueden elegir, de acuerdo con sus necesidades y nivel de ambición, incluir todos o solo ciertos requisitos en sus documentos de licitación. La lista de fichas con criterios medioambientales de productos elaborada hasta el momento es la siguiente:

1. Servicios de limpieza de interiores	11. Alimentos, servicios de restauración y máquinas expendedoras
2. Centros de datos, salas de servidores y servicios en la nube	12. Servicios y productos textiles
3. Papel para copias y papel gráfico	13. Mantenimiento de espacios públicos
4. Aparatos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector de la asistencia sanitaria	14. Grifería sanitaria
5. Calentadores a base de agua	15. Inodoros y urinarios de descarga
6. Aparatos de reproducción gráfica, bienes fungibles y servicios de impresión	16. Pinturas, barnices y marcas viales
7. Diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas	17. Diseño, construcción y mantenimiento de carreteras
8. Transporte por carretera	18. Electricidad
9. Muebles	19. Infraestructura de aguas residuales
10. Iluminación de carreteras y semáforos	20. Ordenadores, monitores, tabletas y teléfonos inteligentes

19. https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

En el capítulo 15 este libro se incluye una relación de diversas fuentes e instrumentos que facilitan la labor de incorporar criterios medioambientales a la contratación pública, donde se pueden encontrar ejemplos de CEE.

4. ¿Qué CEE elegir en cada contrato?

Los poderes adjudicadores y entidades contratantes disponen de un amplio margen de discrecionalidad para establecer CEE que tengan por objeto la protección del medio ambiente. Resulta necesario analizar del ciclo de vida de cada contrato y los factores relativos al coste de los productos disponibles en el mercado para comprobar si resulta adecuado incorporar alguna CEE a la ejecución del contrato y cuál es la más adecuada.

El órgano de contratación es el encargado de escoger la CEE a incluir en cada procedimiento de contratación ponderando para ello sus costes y el beneficio obtenido. La CEE deberá reflejarse adecuadamente en el presupuesto base de licitación. Es el momento de ponderar si el objetivo buscado a través de la CEE es proporcional al gasto que supone, para dar cumplimiento al principio de eficiencia, puesto que el empresario repercutirá en el precio del contrato el coste de hacer frente a dichas CEE. No quiere esto decir que las CEE medioambientales encarecen la ejecución de los contratos, sino que para el cálculo del presupuesto hay que tener en cuenta todos los gastos que las obligaciones de ejecución del contrato suponen y es el momento de comprobar, en términos de coste de ciclo de vida y gasto de las políticas ambientales, si se trata de una CEE adecuada en función de los retornos que se consiguen, valorar otra opción de CEE o la inclusión de criterios ambientales de otro tipo. Dicho en otro sentido, en el balance gasto/beneficio ambiental debe valorarse también el coste de no incluir la CEE. Resulta fundamental tener en consideración no solo el coste del contrato en el momento de ejecutar la obra o adquirir el bien/servicio sino el coste de todo el ciclo de vida según la definición del artículo 148 LCSP. El menor importe de adquisición no supone mayor eficiencia del gasto si durante la explotación de la obra, uso del bien/servicio, o al final de su vida útil va a tener unos costes de mantenimiento, de consumo de energía y otros recursos o recogida, reciclado y eliminación más caros. Por ejemplo, si una posible CEE es la formación medioambiental del personal que ejecutará un contrato de transporte (técnicas de conducción ecológica), habría que analizar los beneficios medioambientales en menores emisiones que se obtendrán según el kilometraje previsto, el ahorro de gastos de combustible, y los gastos que supone debido a los honorarios de los formadores y pérdida de horas de trabajo durante la formación. Otro ejemplo, si en un contrato de servicio de comedor se pone como CEE la exigencia de que los electrodomésticos tengan una etiqueta de alta eficiencia energética la ponderación tendrá en cuenta el coste de adquisición/sustitución de los electrodomésticos y del otro lado el ahorro de energía obtenido y las menores emisiones de gases y partículas contaminantes.

Los certificados medioambientales a que se refiere el artículo 94 de la LCSP (ISO 14001, certificado EMAS, etc.), pueden ser empleados como criterio de solvencia o como CEE dependiendo de su configuración en los pliegos, lo que incidirá en cuál es el momento para su acreditación. Para que sea válida la exigencia como CEE debe preverse en el pliego que la empresa adjudicataria implante durante la ejecución del contrato un sistema de gestión ambiental de acuerdo con la referida norma y que se acredite su implantación en alguna fase de la ejecución de la contratación mediante la obtención del certificado por órgano independiente. Si se opta por solicitar estos certificados como criterio de solvencia deben acreditarse en el momento previo a la adjudicación del contrato y su no justificación implica la exclusión del procedimiento. En cambio, si estos certificados se incluyen como CEE bastará con el compromiso de su cumplimiento y deberán acreditarse durante la fase de ejecución del contrato.

Por otro lado, los artículos 127.2 de la LCSP y 46.1 del RDL 3/2020 permiten que cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental puedan exigir, en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica que cumpla todas las condiciones que enumera, como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, siempre que se cumplan todas las condiciones que el citado artículo enumera. El ecoetiquetado es un distintivo que informa sobre los productos y servicios con menores repercusiones en el medio ambiente. Existen en la actualidad diversos sistemas de etiquetado de información ambiental. En el Cuaderno de Comercio y Sostenibilidad: Etiquetado Ecológico de Productos²⁰, editado por la Generalitat Valenciana, hay una exhaustiva relación de algunos de los sistemas de etiquetado de información ambiental que se pueden encontrar en el mercado.

Pese a que el artículo 127 de la LCSP dice que se puede exigir una etiqueta «específica» lo es a los meros efectos de resumen descriptivo, porque el órgano de contratación tiene la obligación de detallar con claridad en los pliegos las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta especificada pretende probar. Si algunos requisitos exigidos para la obtención de una etiqueta no guardan relación con el objeto del contrato o si no se quiere que cumplan todos esos requisitos sino sólo una parte, las CEE se podrán definir por referencia a esa parte de ellos, indicando a cuáles se está haciendo referencia.

Evidentemente, los órganos de contratación, cuanto exijan tanto certificados ambientales como etiquetas específicas, deberán aceptar todas aquellas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos equivalentes a los exigidos para su obtención. Por tanto, la exigencia de una etiqueta o certificado específico en los pliegos debe ir acompañado de la mención «o equivalente».

20. <https://www.camaravalencia.com/es-ES/informacion/publicaciones-de-interes/publicaciones-y-documentos/comercio-distribucion/Documents/etiquetado-ecologico.pdf>

5. Necesidad de sensibilización, formación y asistencia

El mandato legal de integración de criterios ambientales en las decisiones de compra pública debe ser aplicado en el marco de la preparación de los contratos. Son los gestores de la contratación los que proponen la inclusión de una u otra, pues a ellos corresponde cumplimentar los pliegos y la documentación preparatoria de los contratos.

Por ello, como base previa a la implantación de CEE de carácter medioambiental, es necesaria la concienciación. El informe anual de supervisión de la contratación de la OIREscon de 2020²¹ recomienda que las distintas autoridades competentes han de lograr de sus órganos de contratación una mayor sensibilización respecto de estas pautas legales que se encuentran en el marco políticas implicadas en un desarrollo económico eficiente y sostenible.

La contratación pública se vuelve más compleja a medida que se imponen cada vez más demandas a los profesionales de la contratación, porque en ella concurren muchas normas sectoriales, como pueden ser las relativas a la consecución de objetivos estratégicos con la compra pública, y los servicios de contratación están formados fundamentalmente en la propia normativa contractual. La configuración de las CEE medioambientales presenta dificultades derivadas de la complejidad de la materia y el desconocimiento de la misma por parte del personal gestor de la contratación. Muchos compradores públicos no conocen los impactos ambientales de los productos o servicios a adquirir o como calcular los costos del ciclo de vida. No es suficiente rellenar un apartado de los pliegos con cláusulas genéricas, desconociendo la materia objeto del contrato y las posibilidades de utilización estratégica del mismo, cláusulas muchas veces puestas evitando toda novedad para evitar una posible impugnación. El éxito de la aplicación de las CEE depende especialmente de la concienciación y profesionalización de las personas que preparan el expediente de contratación.

También hay que tener en cuenta que en España hay muchas administraciones, principalmente locales, abundando los ayuntamientos pequeños, con una estructura muy precaria, a veces con un único empleado secretario-interventor, y por tanto tienen una gran carencia de personal en los servicios de contratación. La escasa dotación de personal y la necesidad de que este atienda a actividades reguladas por múltiples normas sectoriales conlleva que se proceda a contratar sin contar con la preparación ni la orientación experta suficientes para atender todas ellas.

Por ello, para incluir aspectos medioambientales con criterios que contribuyan a superar la inhibición y las reticencias al avance de la compra estratégica, fomentando actuaciones pioneras, los gestores de la contratación deberían contar con herramientas como: conocimientos especializados y un apoyo técnico-ambiental para la determinación de la CEE más adecuada. Al efecto sería necesario celebrar jornadas, seminarios, talleres y cursos divulgativos sobre las CEE. Consciente de ello, la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de

21. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2020/ias-2020.pdf>

octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, insta a los Estados miembros a elaborar y aplicar estrategias de profesionalización.

La labor de formación y sensibilización debe ir acompañada de asistencia técnica, poniendo a disposición de los gestores de la contratación canales de ayuda, soporte técnico y resolución de dudas. Al hablar de los recursos para incorporar CEE ambientales ya vimos que la Comisión Europea ofrece desde hace años asesoramiento y al efecto creó el servicio de asistencia técnica sobre contratación pública ecológica. A nivel nacional tal vez una solución sería la colaboración del órgano competente en materia de medio ambiente de cada administración para con su ayuda, como órgano especializado, seleccionar cuál es la CEE más adecuada en el contrato objeto de consulta. Si se trata de una administración local que no cuenta con medios especializados se podría recurrir a los servicios de apoyo de su Diputación Provincial o de la Comunidad Autónoma.

6. Algunos ejemplos de CEE medioambientales

En su Comunicación de 4 de julio de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública,²² la Comisión Europea cita como ejemplos de condiciones de ejecución: entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades; recuperación o reutilización a cargo del contratista del material envasado y de los productos usados; suministro de bienes en recipientes reutilizables; recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto o después; posibilidad de exigir un concreto tipo de transporte, siempre que en las circunstancias concretas del contrato tal requisito no origine discriminación.

Asimismo, el considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE señala que «Entre las condiciones de ejecución de un contrato relativas a las consideraciones medioambientales pueden figurar, por ejemplo, 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 residuos y la eficiencia energética.»

A continuación, incluyo una serie de ideas de CEE obtenidas de las Guías publicadas para la inclusión de cláusulas medioambientales en la contratación y en diversas licitaciones públicas que pueden servir de orientación a los gestores.

- Recogida selectiva de residuos:
 1. Recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto.
 2. El adjudicatario deberá realizar la gestión de residuos bio-sanitarios, aportando los justificantes en caso necesario y a requerimiento del responsable del contrato.

22. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0274:FIN:ES:PDF>

- Incorporar a la ejecución del contrato personal con formación medioambiental: Formación de los conductores en técnicas de conducción ecológica con el fin de ahorrar emisiones y combustible, o una formación medioambiental del personal que participe en la ejecución del contrato señalando las horas anuales a impartir.
- Entrega de bienes usados para reciclar como forma de pago del precio.
- Ecoetiqueta de los productos elaborados/adquiridos.
- Uso de maquinaria con menor emisión de ruido durante la ejecución del contrato.
- Suministro de bienes en recipientes reutilizables.
- La etiqueta de eficiencia energética de los productos.
- Contratos de servicios de limpieza: La adjudicataria vendrá obligada a utilizar bolsas de basura compuestas por material biodegradable o reciclado.
- Contratos de suministro de papel: Si el papel a suministrar contiene algún tipo de impresión, la tinta o tóner utilizados deberán ser libres de materiales pesados
- Mobiliario: La madera procederá de bosques de gestión sostenible y contará con certificado de explotación forestal sostenible y de cadena de custodia.
- Economía circular: El contratista debe garantizar:
 - la durabilidad o la reparabilidad de productos.
 - la reutilización y el reciclado de materiales.
 - la reducción de residuos en la fase de ejecución del contrato.
 - que los bienes adquiridos son de segunda mano.
- Contratos de transporte o cuya ejecución requiera el uso de vehículos o camiones: La composición de la flota de vehículos incluirá un determinado porcentaje de vehículos que cumplan criterios de bajas emisiones de gases de efecto invernadero y de contaminantes atmosféricos.

Suministro de energía eléctrica

El art. 3 de la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables propone como objetivo de la Unión Europea: «que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea de al menos el 32 % del consumo final bruto de energía de la UE en 2030». Asumiendo tal objetivo, el art. 3.1.c) de la reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, establece como objetivo nacional «Alcanzar en el año 2030 un sistema eléctrico con, al menos, un 74 % de generación a partir de energías de origen renovables».

El propio artículo 202 de la LCSP establece como una de las consideraciones de tipo medioambiental a que pueden referirse las CEE el fomento del uso de las energías renovables. Las CEE que incluyan el uso de este tipo de energías contribuirán a lograr estos objetivos. Se trata entonces de ver cómo podemos incorporar estas CEE a un contrato.

Entre los criterios de compra ecológica que elaboró la Comisión Europea figura uno aplicable a la electricidad²³ y unas estipulaciones técnicas a incorporar en las licitaciones públicas que admiten la posibilidad de incluir como CEE la obligación de revelar el origen de la electricidad suministrada a la autoridad contratante, a fin de demostrar que al menos el 50 % de esta procede de fuentes de energía renovables y/o de cogeneración de alto rendimiento. En el País Vasco la Red de Economía Alternativa y Solidaria ha editado, en la colección de Guías prácticas para la compra pública responsable, una correspondiente a la Contratación de Suministro de Energía Eléctrica (REAS Euskadi. Noviembre 2020), donde se muestran posibles CEE.²⁴

En los contratos de suministro de electricidad una CEE puede consistir en que se acredite que la electricidad suministrada procede de fuentes renovables mediante los certificados de garantías de origen (GdO) expedidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta CEE fue considerada ajustada a la LCSP en la bien motivada Resolución 256/2017 del TACP de la Comunidad de Madrid, de 19 de septiembre de 2017, y en la Resolución del TACRC 1358/2020, de 17 de diciembre.

La resistencia a la introducción de consideraciones medioambientales en los contratos de suministro de electricidad ha sido grande. Las licitaciones que han incorporado cláusulas a favor de la compra de energía eléctrica con origen en fuentes renovables han sido recurridas por grandes comercializadoras. Incluso la CNMC, en su Informe INF/DP/0017/14, de 1 de octubre de 2014, respecto de los pliegos del acuerdo marco de suministro de energía eléctrica para la AGE (que imponía que las empresas adjudicatarias deberán certificar que un 40% de la energía suministrada proviene de fuentes de energía renovables mediante la presentación de GdO), consideraba una posible restricción de la competencia si esta CEE generase un riesgo de exclusión de un número relevante de operadores que, aun siendo comercializadores, no pudiesen disponer de energía renovable certificada en el mismo porcentaje que otros potenciales licitadores, pareciéndole razonable un replanteamiento a la baja del porcentaje exigido. Recordemos que el TJUE en la anteriormente citada sentencia *Bus Finland*²⁵ consideró que el principio de igualdad no se ve afectado por el hecho de que en el mercado haya más o menos productores de lo demandado como objeto del contrato.

La dificultad del caso es cómo se puede garantizar el origen renovable de la energía suministrada si la electricidad producida por las distintas instalaciones, renovables y no renovables, se mezcla en la red de distribución y a partir de ahí es indiferenciable. Las GdO acreditan el origen de la electricidad producida por fuentes renovables e instalaciones de cogeneración de alta eficiencia. Pero en realidad, cuando se exige como CEE la aportación certificados de GdO no se garantiza que la electricidad que se suministra tenga origen renovable. Todas las

23. https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf

24. <https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/CPR-2020-03-energia-cas.pdf>

25. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=EN>

comercializadoras suministrarán la misma electricidad existente en la red, que será la mezcla de la generada en cada momento por las distintas instalaciones de generación. Lo que sí se consigue con esta CEE es incentivar el mercado de estas acreditaciones para que las comercializadoras preferentemente compren electricidad a las productoras de energía de fuentes renovables.

En el sector de la alimentación

Ya sea en los comedores colectivos o escolares, residencias de la tercera edad, hospitales, centros penitenciarios, o en los suministros de comidas para reuniones y eventos, el sector público es responsable de abastecer importantes volúmenes de alimentos y bebidas. Estos contratos son apropiados para introducir CEE medioambientales. El mismo artículo 202 de la LCSP revela que «se podrán establecer condiciones especiales de ejecución que primen los alimentos frescos o de temporada, y con un ciclo corto de distribución».

Otras posibles CEE en estos contratos pueden ser:

- Uso de los materiales que sean más respetuosos con el medio ambiente.
- Medidas tendentes a optimizar los consumos de agua.
- Optimizar los consumos de energía (p. ejem. exigiendo eficiencia energética de los electrodomésticos) y fomentar el origen de fuentes renovables.
- Inclusión de alimentos ecológicos en el menú.
- Formación del personal sobre el impacto medioambiental de su trabajo.
- Reducir al mínimo los residuos alimentarios y de envases de alimentos.

Algunos ejemplos más se pueden encontrar en la Guía editada por Justicia Alimentaria. Criterios de justicia alimentaria en la compra pública de alimentos. Guía para las administraciones públicas. 2020.²⁶

IV. CONTROL DE LAS CEE

El seguimiento y control de las CEE es fundamental para que no queden en un contenido de los pliegos sin ninguna transcendencia ni consecuencias en caso de incumplimiento. Si no se hace un adecuado seguimiento, el instrumento deja de ser eficaz. El PCAP debe recoger la manera de comprobar el cumplimiento de las CEE, haciendo constar:

- Cómo se ha de acreditar/comprobar el cumplimiento.
- En qué momento o con qué periodicidad.

26. https://justicialimentaria.org/sites/default/files/docs/guia_administraciones_publicas_criterios_0.pdf

- Los mecanismos de control.
- Las consecuencias del incumplimiento, estableciendo un sistema de graduación en graves y leves, penalidades a imponer y cuándo es causa de resolución.

1. ¿Quién debe cumplir las CEE?

El contratista

En primer lugar, evidentemente, la CEE debe ser cumplida por el adjudicatario del contrato. Y en los casos de novación subjetiva por el cesionario, por el sucesor de la empresa en los casos de fusión o escisión, por el acreedor hipotecario si se subroga en el cumplimiento de las obligaciones del concesionario de obras y también por el adjudicatario de un procedimiento de ejecución hipotecaria de una concesión.

En caso de cesión contractual, dentro de los límites establecidos en el artículo 214 de la LCSP, la modificación subjetiva de los contratos implicará que el cesionario asume los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, entre ellos el cumplimiento de las condiciones de ejecución, poniéndose en la posición del contratista inicial.

Los subcontratistas

Según el artículo 202.4 LCSP, «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». Con idéntica redacción el artículo 105.4 del RDL 3/2020 traslada la obligación de cumplir las CEE a los subcontratistas de los contratos regulados por la normativa de los sectores especiales. Lógicamente si un contrato admite la posibilidad de subcontratación deberá garantizar el cumplimiento de las CEE a lo largo de toda la cadena de participantes en la ejecución. Los subcontratistas quedarán obligados frente al contratista principal el cual asumirá la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, incluido el cumplimiento de las CEE medioambientales.

2. ¿Quién debe comprobar el correcto cumplimiento?

El Manual sobre la contratación pública ecológica²⁷ de la Comisión Europea, propone tres métodos fundamentales de supervisión del cumplimiento del contrato: que el proveedor proporcione pruebas de cumplimiento, que la autoridad contratante lleve a cabo comprobaciones sobre el terreno, o que se contrate a

27. https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf

un tercero para que supervise el cumplimiento. Cabe añadir también el control del cumplimiento por parte de la ciudadanía. Las sugerencias o quejas recibidas ayudarán al responsable del contrato a conocer la ejecución real de las CEE. El diseño del control en cada contrato puede optar por alguno de estos medios o incluir un sistema mixto.

La figura del responsable del contrato se erige en fundamental. Los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar la ejecución, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato es el encargado de verificar la documentación presentada por el contratista y evaluar su adecuación a la CEE impuesta, o de realizar comprobaciones de la ejecución del contrato. En su caso, deberá informar al órgano de contratación de los eventuales incumplimientos, proponiendo el inicio del expediente de imposición de penalidades o de resolución contractual.

3. ¿En qué momento ha de acreditarse el cumplimiento?

En primer lugar, en el momento de valorar las ofertas ha de aceptarse el contenido del pliego relativo a la ejecución del contrato. Basta, en principio, con que los licitadores se comprometan, al presentar su oferta, a cumplir la CEE en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajusta al pliego y no podrá, por tanto, ser seleccionada. En cambio, al ser algo reservado a la fase de ejecución, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones en el momento de presentación de la oferta.

Según la reciente STJUE de 8 de julio de 2021, *Sanresa* UAB, dictada en el asunto C-295/20²⁸, «El artículo 70 de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 18, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se rechace la oferta de un licitador por el único motivo de que este no haya aportado la prueba, en el momento de presentación de la oferta, de que cumple una condición de ejecución del contrato de que se trate.»

En cada caso dependerá de lo establecido en los pliegos indicando cómo se ha de acreditar el cumplimiento durante la ejecución del contrato, en qué momento y con qué periodicidad.

4. ¿Cómo se puede acreditar el cumplimiento?

Si se exigen etiquetas específicas como medio de prueba de que la prestación objeto del contrato cumple las características exigidas, pueden utilizarse

28. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=E9C80656689CA2078A91575C21367408?text=&docid=243869&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6438827>

aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, eficiencia energética, etc., que cumplan todas las condiciones establecidas en el artículo 127 LCSP. Aunque dicho artículo admita la referencia a una etiqueta «específica» para definir la CEE, para justificar su cumplimiento se deberán aceptar todas las etiquetas equivalentes, así como otros medios adecuados de prueba.

Con relación a los informes de prueba o certificados, el artículo 128 de la LCSP establece que «Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato.

Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

(...)

2. Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso.»

5. Consecuencias del incumplimiento

En los pliegos se establecerán las consecuencias del incumplimiento de las CEE medioambientales. Los órganos de contratación podrán optar, atendiendo a las circunstancias, por establecer penalidades, contemplar la resolución del contrato si el incumplimiento de la cláusula se hubiera configurado como una obligación contractual esencial o, cuando el incumplimiento no se tipifique como causa de resolución, calificarlo como una infracción grave a los efectos de considerarlo una prohibición para contratar siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

5.1. Imposición de penalidades

Como cumplimiento defectuoso que es, los pliegos podrán prever penalidades para el supuesto de incumplimiento de las CEE del contrato si se hubiesen establecido conforme al apartado 3 del artículo 202. Igualmente, el artículo 43 del RDL 3/2020, señala que en el pliego o en el contrato se podrán establecer penalidades para el caso de incumplimiento de las CEE, o atribuírseles el carácter de obligaciones contractuales esenciales.

Las penalidades, de carácter económico, serán proporcionales a la gravedad o reiteración de los incumplimientos, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Los graves pueden dar lugar, además, a la resolución del contrato en los casos previstos en el correspondiente pliego.

5.2. Resolución del contrato.

Los incumplimientos de las obligaciones contractuales esenciales generan un daño grave al interés público, siendo la razón de una consecuencia tan drástica como es la resolución contractual.

El carácter formal atribuido por el artículo 211.f). 2º de la LCSP impide la resolución del contrato sin incluir la enumeración precisa, clara e inequívoca de las causas de resolución. No es admisible una remisión genérica a la posibilidad de resolución del contrato por incumplir las CEE.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 63/2011, de 17 de julio de 2012, mantiene que «Esta exigencia responde a la voluntad del legislador de acabar con la inseguridad jurídica que ocasionaba la anterior legislación, que planteaba el problema de interpretar qué obligaciones eran esenciales y cuáles no lo eran». El reconocimiento expreso del carácter esencial que tiene el adjudicatario del contenido obligacional al aceptar el pliego le impide argumentar desconocimiento en casos de incumplimiento.

La interpretación jurisprudencial no admite una resolución por un incumplimiento cualquiera y exige que para conllevar la resolución del contrato el mismo sea grave y de naturaleza sustancial (SSTS de 29 de mayo de 2000 y de 10 de marzo de 1999). El ejercicio de la potestad resolutoria de los contratos, en los casos en los que la Ley faculta para ello, no es obligatorio para la Administración, sino que tiene carácter potestativo.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de la LCSP se establezca. Si el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5.3. Prohibición para contratar

Es circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la LCSP, en las condiciones establecidas en el artículo 73.2.b), haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las CEE establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios. La declaración de prohibición para contratar corresponderá al órgano de contratación y afectará limitadamente al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, si bien se

puede extender al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación y excepcionalmente al conjunto del sector público.

V. REFLEXIONES FINALES

Para incorporar consideraciones medioambientales en la fase de ejecución contractual un mecanismo adecuado son las CEE. Éstas deben estar vinculadas con el objeto del contrato y difundirse con antelación. Una CEE puede especificar que los productos se suministren o los servicios u obras se ejecuten de forma que se reduzca al mínimo su impacto ambiental y su incumplimiento puede implicar la imposición de penalidades o llevar consigo la resolución del contrato.

El impulso definitivo a la compra pública verde en España ha venido de la mano de la obligatoriedad legal de incorporar en cada contrato al menos una CEE, que puede referirse a consideraciones de tipo medioambiental. El carácter imperativo ha obligado a la aplicación de criterios ambientales, tomando nota de su potencial como palanca para el uso estratégico de la contratación para obtener beneficios económicos y sociales y promover en otros sectores la utilización de estos criterios ambientales.

Por otro lado, esta evolución precisa de la necesaria concienciación, profesionalización y asesoramiento técnico de los órganos de contratación, dotando al personal de herramientas e información, para aplicar las posibilidades de las CEE de forma generalizada. No es bastante la loable labor de elaboración de fichas con criterios medioambientales para determinados sectores, pues no son suficientemente conocidas por los gestores de la contratación y faltan fichas con criterios para muchos objetos contractuales.

El cumplimiento de las CEE deberá supervisarse durante la fase de ejecución del contrato, y la responsabilidad en caso de incumplimiento habrá de quedar claramente indicada en los pliegos. Para desincentivar cualquier incumplimiento de los compromisos medioambientales el contrato deberá establecer las sanciones adecuadas en forma de penalidades o causa de resolución.

Los subcontratistas y los supuestos de sucesión del contratista también deben ser actores del cumplimiento de las CEE en los aspectos medioambientales de los trabajos que realicen.

El proceso de compra verde mediante la incorporación de CEE cuenta también con obstáculos importantes que deberán ser removidos. Altos cargos del sector público todavía no son muy conscientes de la importancia de la compra verde y no la impulsan en sus ámbitos de gestión. Poco ayuda a la utilización de las posibilidades de compra pública verde de la LCSP la doctrina reaccionaria de alguno de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación. Falta también una jurisprudencia nacional y del TJUE clarificadora y definitiva sobre la materia que aligere el camino para implantar una compra pública estratégica en lo ambiental. O lo que es aún más importante (como indica el resumen ejecutivo del Informe trienal de la Contratación

Pública en España en 2018, 2019 y 2020²⁹, elaborado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado), una modificación de la legislación para delimitar el requisito de vinculación al objeto del contrato³⁰.

29. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/trienal2021.pdf>

30. «En tercer lugar, el Informe hace algunas consideraciones generales acerca de la complejidad de la contratación pública estratégica, identificando como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca del principio de vinculación de las cláusulas estratégicas (sociales, medioambientales, innovadoras) con el objeto del contrato. En este sentido se considera conveniente que desde la Comisión se fijara una interpretación clara, lo que allanaría el camino a los órganos de contratación».

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y COMPRA PÚBLICA VERDE: LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EUROPEO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE*

Javier Serrano Chamizo

Asesor Jurídico del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC / KEAO)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO. II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 2001. III. LA SENTENCIA CONCORDIA. IV. LA SENTENCIA EVN - WIES-TROM. V. LA SENTENCIA COMISIÓN / PAÍSES BAJOS. VI. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

La denominada «compra pública verde» es, junto con la «compra socialmente estratégica», uno de los exponentes del denominado «uso estratégico de la contratación pública» o «compra socialmente responsable». En síntesis, se trataría de utilizar la influencia de los poderes adjudicadores como compradores para introducir en el procedimiento de selección de la oferta o en el clausulado del contrato requisitos u obligaciones tendentes a garantizar el cumplimiento de la

* Este trabajo recoge la ponencia presentada el 28 de octubre en el I Congreso Internacional de Compra Pública Verde y Cambio Climático, Universidad de Alcalá.

legislación medioambiental o la consecución de objetivos en este campo.¹ El «uso estratégico», generalmente considerado como positivizado en las directivas «de cuarta generación»,² superaría la visión «economicista» de la contratación pública. Según esta última perspectiva, el objetivo primario es la adquisición de los bienes y servicios que precisan los poderes adjudicadores una vez identificada la proposición económicamente más ventajosa (no necesariamente la de precio más bajo) de entre las que presentan los operadores del mercado. Por el contrario, la compra pública verde introduce en el procedimiento de selección de la oferta y en el clausulado contractual criterios y estipulaciones de contenido medioambiental para conseguir objetivos estratégicos en ese ámbito por responder a cuestiones de alcance global que trascienden al objeto del contrato y a su finalidad más inmediata.

La compra pública verde, en el estado legal y doctrinal en el que ahora mismo se encuentra, puede considerarse como el producto último de un proceso (inacabado) de evolución del Derecho de la Unión Europea (UE). Este proceso parte de la ausencia en las primeras generaciones de Directivas de contratación pública de mención alguna a los temas medioambientales y llega hasta las vigentes Directivas, que incluyen múltiples referencias a los aspectos medioambientales de la compra pública.³

Particular importancia tiene en este proceso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Como es bien conocido, el TJUE actúa frecuentemente como un órgano judicial creador de Derecho más que como mero intérprete del mismo. De hecho, algunos conceptos centrales de la legislación europea sobre contratación pública son, en muy buena medida, la positivización de creaciones (o, si se prefiere, de «interpretaciones creativas») jurisprudenciales previas.⁴ Esta influencia está admitida en las propias Directivas de contratación pública, que reconocen abiertamente, por ejemplo, que incorpo-

1. Ver, por ejemplo, GIMENO FELIU, J.M., *El nuevo paquete legislativo como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Ed. Aranzadi (2014)

2. Se trata de las siguientes normas:

— Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, a la que nos referiremos especialmente (en adelante, Directiva 2014/24).

— Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

— 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.

3. Ver, sin ánimo exhaustivo, los artículos 18.2 (principios de la contratación), 42.3 a) (especificaciones técnicas descritas en términos de rendimiento funcional medioambiental), 43 (etiquetas), 62 (normas de gestión medioambiental), 67.2 (criterios de adjudicación) y 68 (cálculo del coste del ciclo de vida) de la Directiva 2014/24.

4. Es el caso, por ejemplo, de las «operaciones internas» o «in house providing» (ver la STJUE de 18/11/1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562), actualmente recogidas en el artículo 12, apartados 1 a 3, de la Directiva 2014/24, o de las «condiciones especiales de ejecución» (STJUE de 20/9/1998, C31/87, ECLI:EU:C:1998:422), que actualmente figuran en el artículo 70 de dicha Directiva.

ran determinados contenidos de la jurisprudencia del TJUE o que señalan el mantenimiento del valor interpretativo de su doctrina para las nuevas normas.⁵

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el objeto de este trabajo es hacer una breve biografía de la «compra pública verde» con especial atención a los hitos que para su desarrollo han significado las sentencias más relevantes del TJUE sobre la materia y la correspondiente influencia o positivización de su contenido en las Directivas. Finalmente, se apuntarán, a partir de las líneas que pueden adivinarse en este estudio, una proyección de los siguientes temas o tendencias de la contratación medioambiental que marquen su próxima evolución.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 2001

Las primeras generaciones de Directivas de contratación pública no contenían referencia alguna a la protección del medio ambiente, su relación con los principios básicos de este sector normativo o su inserción en el procedimiento de adjudicación o en el clausulado contractual. Sin embargo, ello no significa que las instituciones de la UE no tuvieran inquietud alguna al respecto, tal y como queda plasmado, especialmente, en el documento que analizamos en este epígrafe⁶ (al que, en adelante, nos referiremos como «la Comunicación»).

Este documento, a falta de normativa o jurisprudencia, fue especialmente relevante. Cabe recordar que una Comunicación interpretativa expone la visión de la Comisión sobre un sector del Derecho de la UE pero carece de fuerza normativa. En efecto, no se trata de un instrumento de Derecho positivo (suele considerarse como ejemplo de los «instrumentos jurídicos no vinculantes» o «soft law»). Su valor radica, por una parte, en la «autoridad» de la institución que la emite y la calidad que suele caracterizar a sus documentos legales y, por otro lado, en la confianza legítima que genera en los operadores jurídicos, a los que muy difícilmente podría la Comisión denunciar o penalizar por incumplimiento del Derecho de la UE en el caso de que se siguieran los criterios plasmados por esta institución en una Comunicación (por ejemplo, en la ejecución de fondos europeos mediante contratos públicos subvencionados).⁸

La Comunicación se caracteriza, ante todo, por aprovechar al máximo lo que la Comisión entendía entonces que eran todas las posibilidades que podían de-

5. Ver, por ejemplo, los Considerandos 2,10,11,31,89,97,107 de la Directiva 2014/24/UE.

6. Se trata de 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/2001/0274 final)

7. No obstante, la propia Comunicación cita el precedente de la Comunicación de la Comisión titulada «Los contratos públicos en la Unión Europea», adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998, que ya trata sobre la cuestión de la compatibilidad entre los aspectos medioambientales y la normativa comunitaria de contratación pública. [COM (1998) 143 final].

8. Ver ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario», *Revista de administración pública*, nº 154, 2001, disponible en el siguiente enlace: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17520.pdf>

ducirse del contenido y la interpretación de las Directivas para introducir en la contratación pública aspectos medioambientales. Desde ese punto de vista, no cabe duda de que se trata de un documento ambicioso, por lo que fue durante mucho tiempo una referencia fundamental. Además, la Comunicación anticipa algunos cambios legislativos que se producirían tras propuestas de la Comisión, e introduce algunos conceptos que posteriormente van a aparecer reiteradamente en sucesivos instrumentos jurídicos, como las etiquetas ecológicas o el coste del ciclo de vida. Se señalan también algunos límites a la compra pública verde, los cuales se señalan de manera explícita o se deducen de significativas declaraciones del texto de la Comunicación, como son los siguientes:

- a) La contratación pública es una política autónoma dentro de las políticas de mercado interior, cuyo objetivo estratégico es, especialmente, la libre circulación de mercancías, personas y servicios; consecuentemente, los aspectos medioambientales se integran en ella, pero no como objetivos primarios. Aunque se señala la necesidad de que el crecimiento económico respete el medio ambiente y de que la contratación pública considere las «preocupaciones medioambientales», la finalidad «primordial» de la contratación pública es de índole económica y se busca que la política medioambiental sea rentable.
- b) La Comisión acepta los criterios de adjudicación medioambientales a pesar de no mencionarse en las Directivas entonces vigentes y formula detalladas observaciones al respecto. No obstante, es interesante comprobar que esta institución opta en esta materia por una posición relativamente «conservadora» respecto a la que, como veremos, adoptará poco después el TJUE. Concretamente, entiende que el criterio de adjudicación medioambiental debe identificar una ventaja económica relacionada con la «calidad intrínseca» del bien o servicio que beneficie al poder adjudicador y que pueda ser cuantificable de modo directo o indirecto.⁹

III. LA SENTENCIA CONCORDIA

La «sentencia Concordia»¹⁰ es el primer pronunciamiento del TJUE sobre la posibilidad de introducir aspectos medioambientales en el procedimiento de adjudicación de un contrato público, concretamente se analizó en ese caso la posibilidad de hacerlo como criterio de adjudicación. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial sobre la adecuación a la Directiva 92/50/CEE¹¹ (Directiva de

9. Apartado 3.1 de la Comunicación.

10. STJUE de 17/9/2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, antes Stagecoach Finland Oy Ab contra Helsingin kaupunki y HKL-Bussiliikenne, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495.

11. Se trata de la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. El fallo de la sentencia Concordia aclara que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas no sería distinta si el

«segunda generación») de criterios de adjudicación «ecológicos», establecidos en el marco de un contrato para la adquisición de autobuses, y que premian los bajos niveles de emisiones de óxido de nitrógeno o de ruido de los vehículos.¹²

Vista en retrospectiva, la importancia de la sentencia Concordia no radica tanto en la respuesta que ofrece, de por sí relevante, sino en que en las apreciaciones del TJUE y en las alegaciones de las partes ya se traslucen algunas de las líneas del debate sobre el alcance de la compra pública verde (y, en parte, de la compra pública estratégica en general) que guiarán la evolución legislativa y jurisprudencial del Derecho de la UE. Así, se discute quién puede ser el beneficiario (directo o indirecto) de la ventaja ecológica identificada por el criterio de adjudicación, la vinculación del criterio con el objeto del contrato, el alcance del concepto de «oferta económicamente ventajosa», el respeto de los principios generales del Derecho de la UE que afectan al mercado único o la integración transversal en la contratación pública de la política medioambiental.

La respuesta del TJUE a todos estos interrogantes es que los criterios discutidos sí se ajustan a la Directiva. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se basa en tres argumentos:

- (i) No hay un listado exhaustivo de los criterios de adjudicación que puede establecer la entidad adjudicadora, lo que implica que la falta de mención de los criterios medioambientales no supone su prohibición.
- (ii) Las Directivas no imponen que todos y cada de los criterios empleados para la adjudicación del contrato deban ser necesariamente de naturaleza económica; por lo tanto, no puede excluirse que factores no puramente económicos puedan influir en el valor de la oferta para la entidad adjudicadora. El TJUE se apoya en la literalidad de la norma, que cita, entre los ejemplos de criterios aceptables, las características estéticas del producto, lo que sería un ejemplo de criterios de naturaleza no económica.
- (iii) Las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y la realización de las políticas comunitarias, como indican los propios Tratados.

Los argumentos (i) y (iii) son difícilmente discutibles, pero también parecen escasamente persuasivos e insuficientes, por genéricos, para justificar un aspecto medioambiental tan concreto en el procedimiento de adjudicación sin apoyo directo en el derecho positivo. El argumento más decisivo es el del punto (ii) porque es el que se acoge más claramente a un precepto concreto de la Direc-

contrato estuviera en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

12. Además de este tema, la sentencia se pregunta (con respuesta negativa) si el principio de igualdad de trato se ve perjudicado por el hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea uno de los pocos operadores económicos que pueden ofrecer autobuses que satisfagan los citados criterios.

tiva, específicamente aplicable y que se estima favorable a la admisión de los criterios de adjudicación medioambientales. A mi juicio, este razonamiento es la parte más endeble de la motivación de la sentencia y también la más «creativa» porque supone una lectura diferente del concepto y la funcionalidad de la «oferta económicamente más ventajosa» en la jurisprudencia anterior. El requisito de que las entidades sujetas a las Directivas solo puedan guiarse por criterios económicos para adjudicar contratos públicos (lo que no abarcaba, ni entonces ni después ni ahora únicamente el precio más bajo, sino también otros aspectos de la proposición que aporten ventajas económicas) es, precisamente, el fin último de las citadas Directivas. A partir de ahí, parece difícil admitir la introducción de criterios de adjudicación distintos de los económicos.¹³ No es excesivamente convincente el ejemplo de los criterios estéticos: un bien o producto bello aporta más satisfacción a sus usuarios, lo que incrementa su funcionalidad y hace que sea razonable pagar más por él, por lo que se trata también de un criterio «económico» (de hecho, la única o principal funcionalidad de un objeto y el motivo por el que se adquiere pueden ser precisamente su belleza y el placer estético que produce). Esta objeción no es ya trascendente a estas alturas, dada la admisión expresa por las sucesivas Directivas 2004/18 y 2014/24 de los criterios medioambientales para la identificación de la oferta económicamente más ventajosa. Si se menciona aquí es porque es un ejemplo incipiente de un problema aún no del todo resuelto por el Derecho de la contratación pública: la dificultad conceptual para determinar cuál es y cómo debe definirse la ventaja económica que aportan a la oferta ciertos criterios de adjudicación medioambientales y, sobre todo, sociales o laborales, no ligados a lo que la Comisión llamaba la «calidad intrínseca» del bien o servicio.¹⁴

El TJUE, sin embargo, aclara que esta argumentación no garantiza, por sí sola, que cualquier criterio de adjudicación ecológico sea adecuado al Derecho de la UE. Además, deben satisfacerse los siguientes requisitos:

- (i) Estar relacionados con el objeto del contrato.
- (ii) No conceder a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para adjudicar el contrato a un licitador.
- (iii) Respetar las normas de procedimiento de la Directiva, especialmente las de publicidad, de modo que se mencionen en los pliegos o el anuncio de licitación
- (iv) Respetar los principios fundamentales del Derecho de la UE, especialmente el principio de no discriminación en materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.

13. Ver, por ejemplo, la STJUE de 16/10/2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544, especialmente su apartado 92, así como las sentencias que se citan en él.

14. Seguramente, el criterio de adjudicación que valora los salarios de los trabajadores que vayan a ejecutar ejecutan la prestación, cuya legalidad es ampliamente debatida, es el ejemplo más claro.

Estos cuatro requisitos eran (y son) comunes a cualquier criterio de adjudicación. Es llamativa su mención expresa por el TJUE, que podría considerarse superflua en lo que se refiere a los requisitos (i) a (iii) en tanto que las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente no requerían la opinión del TJUE al respecto. En cambio, el análisis de la concurrencia del requisito (iv) sí era pertinente porque dicho órgano pregunta también por la relevancia para la legalidad de los criterios debatidos del hecho de que la empresa de transportes propiedad de la entidad adjudicadora sea uno de los pocos operadores económicos que puede ofertar vehículos que los satisfagan. En cualquier caso, esta mención marca un camino claro para el despliegue de los criterios de adjudicación ecológicos (extensible a otros aspectos medioambientales, como las condiciones especiales de ejecución) en la compra pública y es que, en todo caso, deben respetar la normativa generalmente aplicable como cualquier otro criterio de adjudicación.

La huella de la sentencia Concordia es palpable en las Directivas de «tercera generación». El primer Considerando de la Directiva 2004/18/UE reproduce casi literalmente su doctrina, mencionando que se aclaran las posibilidades de los poderes adjudicadores para «atender las necesidades de los ciudadanos afectados». Además, el artículo 53.1 a) cita las características medioambientales entre los ejemplos de criterios de adjudicación que pueden utilizarse para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

IV. LA SENTENCIA EVN - WIESTROM

La sentencia EVN - WIESTROM,¹⁵ dictada también en el marco de las Directivas de «segunda generación»¹⁶ avanza en la línea iniciada por la sentencia Concordia, y ello en dos sentidos. Por un lado, aplica su doctrina para considerar que los criterios de adjudicación medioambientales son, en general, aceptables; por otro, recuerda, igual que la citada sentencia, que dicha aceptación está condicionada al cumplimiento de los principios generales del Derecho de la UE. La sentencia es especialmente valiosa porque, a partir del análisis de un criterio de adjudicación medioambiental, sienta algunas reglas generales sobre su acreditación y evaluación que luego han sido positivizadas en las vigentes Directivas como aplicables para cualquier criterio de adjudicación. En síntesis, se responde una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional austriaco sobre la adecuación al Derecho de la UE de un criterio de adjudicación que premia el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables teniendo en cuenta que:

- se le atribuye un coeficiente de ponderación del 45%

15. STJUE de 4/12/2003, EVN AG, Wienstrom GmbH y Republik Österreich, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651.

16. Concretamente, se trata de la Directiva 93/36/CEE (contratos de suministro).

- no se establecen requisitos que permitan controlar efectivamente la exactitud de la información contenida en las ofertas, ni permite necesariamente alcanzar el objetivo perseguido
- no establece un plazo de suministro determinado, y
- exige a los licitadores que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes renovables que pueden suministrar a una clientela indeterminada y atribuye la máxima puntuación a quien mencione la mayor cantidad, aunque solo se valora la parte de dicha cantidad que excede del consumo previsible en el contrato de referencia.

La respuesta del TJUE parte de la posibilidad de aplicar criterios de adjudicación medioambientales, y añade que las entidades adjudicadoras no solo pueden elegir dichos criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa, sino también fijar su ponderación, siempre que se permita una «evaluación sintética» de todos los criterios escogidos.

No obstante, siguiendo la sistemática de la sentencia Concordia, el criterio debatido se considera contrario a los principios del Derecho de la UE en materia de contratación pública por los siguientes motivos:

- (i) El principio de igualdad de trato exige que los licitadores estén en pie de igualdad en el momento de preparar sus ofertas y también en el de ser evaluadas. Esta última prevención implica que el poder adjudicador debe poder verificar que las proposiciones satisfacen efectivamente los criterios de adjudicación. Consecuentemente, se vulnera dicho principio, y la objetividad y la transparencia del procedimiento, cuando, como en el caso analizado, no se puede comprobar si la oferta cumple o no el criterio.
- (ii) Los citados principios de igualdad de trato y transparencia exigen que los criterios de adjudicación se formulen y publiquen de tal modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma manera, lo que podría no suceder en este caso.
- (iii) Se opone al requisito de vinculación con el objeto del contrato que un criterio de adjudicación se refiera a la cantidad de energía eléctrica procedente de fuentes renovables que sobrepase el consumo anual previsible fijado en la concreta licitación.

Más allá del campo de los aspectos medioambientales de la compra pública, la influencia de la sentencia EVN - WIESTROM es perceptible en el tratamiento de los criterios de adjudicación de las Directivas de cuarta generación (habida cuenta de la su fecha de dictado, no pudo influir en las de tercera generación, cuyo procedimiento de aprobación estaba ya muy avanzado en ese momento). Especialmente, debe llamarse la atención sobre el artículo 67.4 de la Directiva 2014/24/UE, que establece que dichos criterios «garantizarán la posibilidad de una 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» y que «en caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.» Finalmente, debe destacarse que al aceptar un criterio de adjudicación relativo al origen de fuentes renovables de la energía eléctrica (aunque dicha aceptación no se explicita argumentalmente por no ser objeto de la cuestión prejudicial), abre el camino para que la jurisprudencia posterior reconfigure el concepto de «vinculación al objeto» como no necesariamente ligado a la materialidad de la prestación.

V. LA SENTENCIA COMISIÓN / PAÍSES BAJOS

La sentencia Comisión / Países Bajos¹⁷ es el origen jurisprudencial de buena parte del contenido de las Directivas de cuarta generación en materia de criterios de adjudicación y de solvencia sociales y medioambientales. La sentencia resuelve un recurso de incumplimiento presentado por la Comisión contra el Reino de los Países Bajos a propósito de la adjudicación de un contrato público de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café, sujeto a la Directiva 2004/18. Las cuestiones relevantes para el objeto de este trabajo y la decisión del TJUE sobre ellas son las siguientes:

- Exigencia, como especificación técnica, de una etiqueta concreta u otra equivalente a ella¹⁸ que certifique que los productos adquiridos proceden de la agricultura ecológica.

El TJUE entiende contrario a la Directiva 2004/18 que el poder adjudicador exija que los productos suministrados estén provistos de una etiqueta ecológica determinada, en lugar de utilizar especificaciones detalladas. Un argumento análogo le servirá al TJUE para descartar dichas etiquetas como criterio de adjudicación, cuando no se hayan explicitado los contenidos en los que se basan ni se hayan autorizado otros medios adecuados de prueba de que los bienes ofertados se ajustan a tales contenidos.

- Requerimiento, como requisito de aptitud (solvencia técnica), de criterios de sostenibilidad de las compras y de contribución a mejorar la sostenibilidad del mercado del café y una producción de café responsable desde el punto de vista ecológico, social y económico.

El TJUE entiende que la Directiva 2004/18 contiene un listado exhaustivo de factores para apreciar la capacidad técnica y profesional de los licitadores, y que

17. STJUE de 10/5/2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

18. Se trata de la etiqueta EKO.

los niveles mínimos de solvencia que puede fijar la entidad adjudicadora deben necesariamente tener relación con ellos. Partiendo de esa base, el Tribunal establece que el criterio de solvencia debatido no está autorizado por la Directiva. La influencia de esta decisión jurisprudencial se percibe claramente en el Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE que establece (si bien a propósito de los criterios de adjudicación) que «...los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa».

- Conformidad con la Directiva de un criterio de adjudicación que premia que los productos suministrados procedan del «comercio justo»¹⁹.

Ésta es, seguramente, la mayor innovación de la sentencia. Frente a la Comisión, que se opuso a la legalidad del criterio de adjudicación por entenderlo referido a la política general de la empresa y por lo tanto no vinculado con el objeto del contrato, el TJUE lo aceptó en términos generales,²⁰ básicamente, por los siguientes motivos:

- (i) La Directiva 2004/18 ya incluye en su listado no exhaustivo del artículo 53 criterios «cualitativos» (como los medioambientales) y no solo económicos. Además, el Considerando 46 acepta los criterios de adjudicación destinados a satisfacer las exigencias sociales de los beneficiarios o usuarios de las obras, suministros o servicios objeto del contrato; por lo tanto, el TJUE estima que dichos criterios pueden referirse también a personas distintas de dichos usuarios o beneficiarios (en este caso, los productores de los productos de comercio justo).
- (ii) Se cumple el requisito de la vinculación al objeto del contrato porque:
 - el criterio de que los productos procedan del comercio justo se refiere precisamente a los productos suministrados en el marco del contrato, y no a otros que pueda vender la empresa, por lo que no es cierto que se aluda a la política general de la empresa.
 - siguiendo la posición de la Abogada General,²¹ el TJUE estima que el requisito de la vinculación al objeto no tiene que referirse necesariamente a un elemento intrínseco del producto, en el sentido de

19. Para una definición de «comercio justo» a los efectos de la sentencia Comisión - Países Bajos, ver su apartado 37.

20. No obstante, el concreto criterio analizado fue declarado incompatible con la Directiva porque su modo de acreditación era que el producto estuviera provisto de una determinada etiqueta, sin indicar en qué criterios se basan dichas etiquetas ni autorizar medios alternativos de prueba (ver, especialmente, el apartado 97).

21. Ver el apartado 110 de las Conclusiones de 15/12/2011, de la Abogada General Juliane Kokott, que con un lenguaje casi poético señala que «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.»

«incorporado materialmente» al mismo; se cita el precedente de la sentencia EVN - WIESTROM, que aceptó valorar que la energía eléctrica se haya producido a partir de fuentes renovables.

La sentencia insiste en lo ya manifestado por la sentencia Concordia sobre la posibilidad de tener en cuenta criterios de adjudicación «no económicos». Por lo demás, la admisión de un criterio como el comercio justo, aunque se trate de un criterio de naturaleza «social» (ambos tipos de compra estratégica están entremezclados en el contrato que da origen a la sentencia EVN - WIESTROM), abre grandes posibilidades también para los criterios de adjudicación medioambientales. Así, la ampliación del concepto de vinculación al objeto del contrato permite tener en cuenta aspectos como el transporte de los productos en los contratos de suministros o el proceso de destrucción o reciclado de los materiales de una obra una vez finalizada su vida útil. La Directiva 2014/24/UE asume este novedoso concepto en su artículo 67.3 cuando considera que la vinculación se produce por referencia a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios (incluida su comercialización) o en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.²² Por remisión al artículo 67.3, el concepto de vinculación al contrato es idéntico para las condiciones especiales de ejecución del contrato, según el artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE.²³

Más desapercibida, a pesar de su importancia, ha pasado la afirmación de la sentencia Comisión - Países Bajos de que un criterio de adjudicación puede identificar y premiar ventajas de las que se benefician personas distintas del poder adjudicador y de las destinatarias o usuarias del bien o servicio contratado. Esta tesis está implícita en la misma aceptación del comercio justo (los beneficiados por el criterio pueden ser productores de un país a miles de kilómetros de la sede de la entidad adjudicadora), pero está también explícitamente contenida en el apartado 85 en el brevísimo pero trascendental inciso «...pero también a otras personas». El argumento en el que se basa el TJUE es sorprendente: como el artículo 53 de la Directiva 2004/18 menciona como válidos los criterios de adjudicación «sociales» que aportan ventajas a los usuarios o beneficiarios del objeto del contrato (pertenecientes a categorías de población desfavorecidas), se deduce que también son aceptables los que premian ventajas para cualquier otra persona. Esta interpretación vacía la norma de contenido, pues

22. Ver el Considerando 97, que alude al criterio del comercio justo (en el que incluye la vertiente «subvencional» de pagar un precio mínimo y una prima a los productores que, al parecer, superaría la retribución fijada por el mercado) y varios aspectos medioambientales, citados a propósito de la posibilidad de utilizarlos también como condiciones especiales de ejecución; ver también el artículo 145.6 de la LCSP.

23. Ver también el artículo 202.1 de la LCSP.

convierte en superfluo que el artículo se refiera, aunque sea a título de ejemplo, a un específico grupo de personas porque concluye que la virtualidad de la mención para determinar la admisibilidad de los criterios de adjudicación que les benefician vale también para el grupo contrario.²⁴ En cualquier caso, por lo que afecta a los criterios de adjudicación medioambientales, se zanja la discusión, presente en alguna de las alegaciones de las partes en la sentencia Concordia,²⁵ sobre si dichos criterios deben necesariamente beneficiar a la entidad adjudicadora (especialmente, si tiene competencias en materia medioambiental) o basta con que aporten ventajas a la sociedad en general.²⁶

VI. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La jurisprudencia del TJUE ha sido decisiva para configurar el Derecho de la UE de la compra pública verde en su actual estado. La citada jurisprudencia ha oscilado entre dos polos. Por un lado, el TJUE ha interpretado de manera amplia (incluso «creativa») la legislación contractual para introducir en ella los aspectos medioambientales (especialmente, los criterios de adjudicación). Por otro lado, la admisión de dichos aspectos se produce con todas las consecuencias, aplicándoles los mismos límites legales (sobre todo, el respeto a los principios básicos del Derecho de la UE y, específicamente, de la normativa de contratación pública) que afectan a cualquier criterio de adjudicación o solvencia, condición de ejecución o prescripción técnica. De hecho, la compra pública verde ha sido el pretexto aprovechado para la jurisprudencia para desarrollar temas que han acabado incorporándose a la normativa general (es el caso de la necesidad de comprobación efectiva de la información sobre los criterios de adjudicación) y, paralelamente, la compra pública verde se ha expandido con base en novedades legislativas fundamentadas en avances jurisprudenciales forjados en otros ámbitos (como, por ejemplo, el nuevo concepto de vinculación al objeto del contrato).

Por ello, la introducción de aspectos medioambientales ha alcanzado un alto grado de «normalización», en el sentido de que su contenido es interpretado y aplicado de modo relativamente pacífico y uniforme por los operadores jurídicos. En cambio, es llamativo observar cómo esta estabilidad está lejos de alcanzarse para los aspectos sociales, especialmente para los criterios de adjudicación y condiciones de ejecución que valoran las mejoras salariales o de otro tipo para los trabajadores que ejecutan la prestación contratada. El análisis de las razones de esta diferente evolución de ambas ramas de la compra socialmente estratégica, aunque sin duda interesante, desborda con mucho los límites de este trabajo.

24. Ver también el apartado 1.4.1 de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos

25. Ver, por ejemplo, los apartados 34 y 44 a 52 de la sentencia.

26. Un tímido anticipo de esta doctrina podría ser el Considerando 1 de la Directiva 2004/18, mencionada en el apartado III de este trabajo.

Brevemente, pueden apuntarse, entre otros factores, la mayor urgencia con la que la opinión pública y las instituciones acogen los problemas medioambientales, en especial el cambio climático, y la percepción (en mi opinión, justificada) de que la inclusión de aspectos sociales tiene un encaje más complicado porque afecta con mayor intensidad a los instrumentos competitivos de las empresas y, consecuentemente, a los principios básicos del Derecho de la UE, especialmente a las «libertades económicas».

Llegados a este punto, cabe preguntarse cuáles pueden ser los próximos hitos de la evolución de la compra pública verde. Parece que, en principio, cabe poco margen para que el TJUE amplíe su campo más allá de lo que disponen las vigentes Directivas, ya de por sí bastante amplias al respecto. No obstante, sí hay una línea interesante en la interpretación de los límites que los principios básicos de la contratación pública marcan o pueden marcar a algunas cláusulas medioambientales cada vez más difundidas, como las que favorecen directa o indirectamente la adquisición de productos locales, que rozan o tocan temas tradicionalmente muy sensibles, como la discriminación por razón de territorio u origen de los bienes («arraigo territorial»). Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo (TS) admitiendo la legalidad de un criterio de adjudicación que prima, en un contrato de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios, la cercanía de una instalación respecto del lugar donde se genera el residuo. En síntesis, el TS estima que el criterio está amparado por el principio de proximidad recogido en la normativa de la UE y no vulnera el principio de igualdad y no discriminación.²⁷ No obstante, el hecho de que la sentencia se base en el interés general que justifica dicho principio, sólidamente asentado en el derecho positivo y la jurisprudencia del TJUE, hace que no sea sencillo extender su doctrina a supuestos en los que dicho apoyo normativo no existe o es mucho más genérico (por ejemplo, criterios de adjudicación que priman la adquisición de «alimentos de kilómetro 0»²⁸).

Parece pues que el ascenso, establecido en el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, de los aspectos medioambientales de la ejecución de los contratos a la categoría de principio «cardinal»,²⁹ a pesar de su importancia y de la solemnidad

27. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 9/12/2021, ECLI:ES:TS:2021:4631. La sentencia de instancia es del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 5/4/2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1731, y el origen último del asunto es la Resolución 84/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sobre esta Resolución, ver SERRANO CHAMIZO, J. «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» en la obra colectiva *Compra pública verde*, Ed. Atelier, dirigida por Lazo Vitoria, X. (2018).

28. Sobre este tema, ver TEJEDOR BIELSA, J «El principio de proximidad y la contratación pública», en el blog «espublico» y disponible en el siguiente enlace:

<https://www.administracionpublica.com/el-principio-de-proximidad-y-la-contratacion-publica/>

29. Ver la STJUE de 30/1/2020, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58, apartado 38, que se acoge a este artículo a propósito del alcance de la posibilidad de excluir a un subcontratista del procedimiento de adjudicación con base en el artículo 57.4 a) de la Directiva 2014/24 («cuando el poder adjudicador

con la que el TJUE la enuncia, apenas permite más desarrollo que la matización del alcance de sus concretas manifestaciones en el texto de la Directiva. Entre otras razones, la literalidad del artículo 18.2 no se refiere a la incorporación en los contratos de nuevos objetivos en política medioambiental, sino al respeto a cierta legalidad medioambiental vigente. Por ello, ya se observa una tendencia que busca superar este marco mediante la «compra verde obligatoria»³⁰ establecida por normas europeas o nacionales que inciden específicamente sobre la compra pública o que afectan al mercado en general.³¹ Ello supondrá que, progresivamente, la compra pública verde deje de ser «estratégica» (si alguna vez lo fue realmente es, por cierto, cuestión matizable y discutible) para ser «táctica», de modo que deba reflejar las citadas normas, que son las que efectivamente fijarán los objetivos medioambientales a conseguir, igual que la compra pública debe respetar cualquier otra normativa que afecte a las prestaciones contratadas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCIA, R (2001): «El soft law comunitario», revista de Administración pública, n° 154. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17520.pdf>
- COMISION EUROPEA:
- COM/2001/0274 final. 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 (1998) 143 final. Los contratos públicos en la Unión Europea.
- GIMENO FELIU, J.M. (2014): «El nuevo paquete legislativo como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos», ed. Arazandi.
- LAZO VITORIA, X (2021): «Una nota a la futura Ley de Administración Ambiental de Euskadi: compra verde obligatoria y eco innovación», Observatorio Contratación Pública: <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/una-nota-la-futura-ley-de-administracion-ambiental-de-euskadi-compra-verde-obligatoria-y>
- LAZO VITORIA, X (2018): «Compra Pública Verde» (Dir), Atelier, Barcelona.
- TEJEDOR BIELSA, J: «El principio de proximidad y contratación pública», blog «espúblico»: <https://www.administracionpublica.com/el-principio-de-proximidad-y-la-contratacion-publica/>

pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2»).

30. Ver, por ejemplo, «Una nota a la futura Ley de Administración Ambiental de Euskadi: compra verde obligatoria y eco innovación», LAZO VITORIA, Ximena, en el Observatorio de Contratación Pública, disponible en el siguiente enlace:

<https://www.obcp.es/index.php/opiniones/una-nota-la-futura-ley-de-administracion-ambiental-de-euskadi-compra-verde-obligatoria-y>

31. De hecho, esta tendencia ya se anuncia en el Considerando 95 de la Directiva 2014/24/UE.

EL TEMA AMBIENTAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CATALÁN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

M^a Eugenia López Mora

Doctora en Derecho

Vocal del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO SOLVENCIA. CONFIGURACIÓN DE LOS CERTIFICADOS AMBIENTALES. III. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. IV. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO PRESCRIPCIÓN TÉCNICA. V. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El carácter estratégico¹ de las Directivas de cuarta generación de contratación pública tiene como una de las principales finalidades la defensa y protección del medio ambiente tal y como rezan los Considerandos 37 y 41, respectivamente de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública (en adelante, Directiva 2014/24/UE):

1. GIMENO FELIU, J.M., «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 GIMENO FELIU, J.M. *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018; MEDINA ARNÁIZ, T., «La contratación pública estratégica» en *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, coord. por Susana Rodríguez Escanciano, Ana Belén Casares Marcos; Tomás Quintana López (dir. Congr.), 2020, págs. 81 a 99; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., en «Incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir), Ed Atelier 2018, págs. 29 a 52.

«En aras de la integración adecuada de los requisitos medioambientales ambientales (...), resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores (...) tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de la legislación medioambiental (...) tanto nacionales como de la Unión Europea».

«Ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger (...) la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas ambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE».

Para la consecución de tales fines, la Directiva 2014/24/UE establece previsiones y referencias medioambientales en todas las fases de la licitación, consciente el legislador que la contratación pública es un importante instrumento² para llevar a cabo políticas medioambientales y de sostenibilidad, como ya se puso de manifiesto en el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea de 27 de enero de 2011 al señalar que las autoridades públicas pueden hacer una contribución importante a la realización de los objetivos estratégicos de la Comunicación Europea 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»*.

En concreto, y como ya se expuso en el anterior trabajo³, las referencias medioambientales están presentes en la Directiva 2012/24/UE, bien en la aplicación de los principios generales en la elección de participantes, en la adjudicación de contratos, en los supuestos de exclusión por no haber dado cumplimiento a las obligaciones medioambientales, en la determinación de las ofertas anormalmente bajas, en la ejecución de contratos y en la exigencia de garantizar que los subcontratistas cumplan las obligaciones aplicables en los ámbitos del derecho medioambiental.

A nivel interno, 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 no-

2. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M., *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, 2018, y sobre el carácter estratégico de la LCSP; PERNAS GARCÍA, J.J., «Intervención administrativa ambiental y contratación pública a propósito de la evaluación de impacto ambiental de proyectos públicos», *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 55, Zaragoza, 2020 pág. 188.

3. LÓPEZ MORA, M^a E., en «El tema ambiental: nuevo marco normativo. La doctrina del Tribunal Català de Contractes del Sector Público», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir.), Ed Atelier 2018, págs. 207 a 220.

viembre (en adelante, LCSP)⁴ ha incorporado también de manera transversal los aspectos medioambientales a lo largo de todas las fases de la licitación, tanto en sede de solvencia, como de criterios de adjudicación, en los requerimientos técnicos y en las condiciones especiales de ejecución. Este enfoque ha permitido una mayor concienciación del tema medioambiental desde el punto de vista de la configuración y del diseño de las licitaciones públicas, así como una mayor presencia de los aspectos medioambientales en la contratación como se va a tener ocasión de analizar en este trabajo. Sin embargo, una parte de la doctrina⁵ lamenta que la previsión de los aspectos medioambientales en la LCSP sea tímida e insuficiente para materializar y hacer posible alcanzar realmente un efecto transformador.

Muestra de la necesidad de reforzar y asegurar la defensa medioambiental y de sostenibilidad vía la contratación pública y dado que la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁶ de Naciones Unidas, agendados en el horizonte 2030 en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, en el seno de la Unión Europea cabe destacar que el actual escenario está enmarcado por (i) el Pacto Verde de la Unión Europea (PVUE) presentado por la Comisión Europea en diciembre de 2019, que comprende toda una serie de políticas transformadoras destinadas a la movilización de la industria en aras de una economía limpia y circular que incluye cincuenta acciones para la lucha contra el cambio climático con la finalidad de convertir a Europa en el primer continente climáticamente neutro en el año 2050⁷; (ii) el Plan de Acción de Economía Circular⁸, que contiene la decisión de las autoridades euro-

4. LAZO VITORIA, X., «La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida», en *Compra Pública Verde*, op. cit., págs. 132 y 133.

5. PERNAS GARCÍA, La transición ecológica de la contratación pública: reflexiones y propuestas para la generalización de un enfoque estratégico ambiental, págs. 155 a 157 y «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectiva de futuro», LAZO VITORIA, X. págs. 177 a 202 en el *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, GIMENO FELIU (dir.) GUERRERO MANSO, C. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

6. GIMENO FELIU, J.M., en Los retos de futuro de la contratación pública: Los ODS y la experiencia de la pandemia, de 1 de septiembre de 2021.

<http://www.obcp.es/opiniones/los-retos-de-futuro-de-la-contratacion-publica-los-ods-y-la-experiencia-de-la-pandemia>

7. Para una mayor profundización de estos documentos, me remito al trabajo de PERNAS GARCÍA, J.J., «La transición ecológica de la contratación pública... op. cit.

8. *A new Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe*, 11 de marzo de 2020. En este sentido, cabe hacer mención al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Hacia una contratación pública circular» (dictamen de iniciativa) (2021/C 341/02), publicado el 24 de agosto de 2021, DOUE C 341/16, en el que señala que un sistema de contratación pública circular (CPC) transparente, digital y competitivo, que cuente con una contratación pública ecológica (CPE) tal como se define en la legislación de la UE, entra dentro del ámbito de las políticas destinadas a promover el desarrollo del mercado único, ofrecer bienes y servicios de alta calidad a los ciudadanos y los consumidores y desarrollar una cultura europea innovadora, inteligente, sostenible y socialmente responsable en materia contratación pública. También observa que la gestión de la contratación pública es un factor fundamental y decisivo tanto para aumentar la inversión en el sector del medio ambiente, como en el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible y en el Dictamen del

peas de establecer requisitos ambientales obligatorios en los procesos de compra del sector público, centrándose en la política de producto, orientada a conseguir que todos los productos sean adecuados para una economía climáticamente neutra, eficiente de los usos y circular, mediante la introducción gradual de requisitos obligatorios de notificación para supervisar la incorporación de la CPV, sin crear una carga administrativa injustificada para los compradores; y (iii) la propuesta de la Ley Europea del Clima⁹ que tiene como finalidad convertir en vinculante el objetivo de neutralidad climática para 2050.

Además, también destaca el Pacto de Recuperación de la Unión Europea (2020) que sitúa como objetivo la realización de una Europa «ecológica, digital y resiliente» como consecuencia de la pandemia SARS-COVID-2, el Reglamento 2020/2093, del Consejo de 17 de diciembre de 2020, por el cual se aprueba el Marco Financiero Plurianual para el período 2021-2027 y los fondos *Next Generation* que van a suponer que más del 30% de la financiación se destinen a proyectos de inversión y actuaciones relativas al cambio climático y a la protección ambiental.

Finalmente, a nivel interno destaca la aprobación de la nueva Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE) que establece importantes previsiones de compra pública ecológica¹⁰ como prescripciones técnicas, criterios de reducción de las emisiones y huella de carbono con la finalidad de la lucha contra el cambio climático.

Y en el ámbito de la Generalitat de Cataluña también resulta de interés traer a colación la aprobación el pasado 22 de marzo de 2022 del Plan de acción de compra pública verde de Cataluña 2022-2025¹¹, al incluir dentro de la metodo-

CESE sobre el Nuevo Plan de acción para la economía circular. Asimismo, señala que el Dictamen tiene por objetivo proponer la integración de una serie de instrumentos en la legislación europea con el fin de promover la difusión de la CPC, es decir, alinear el objetivo principal de un contrato con la protección del medio ambiente y los derechos sociales, y buscar y elegir soluciones económicas con un menor impacto medioambiental durante su vida útil. Y concreta que la legislación y la normativa deben dar un impulso a la CPC mediante diversos instrumentos (criterios mínimos del PIB, respaldo de un enfoque sectorial, refuerzo del marco de diseño ecológico y mejora de la normativa sobre diseño ecológico, supervisión obligatoria) que fomenten la contratación pública de la economía circular, con distintas finalidades, como, por ejemplo, «favorecer una contratación pública más inteligente y eficiente», y «utilizar la contratación pública para afrontar los retos mundiales (como el cambio climático, la escasez de recursos y las desigualdades) apoyando las políticas sociales».

9. Propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1999 («Ley Europea del Clima»), de 4 de marzo de 2020 CON (2020) 80 final.

10. LAZO VITORIA, X. *Habemus* Ley de Cambio Climático 14 de junio de 2021, trabajo publicado en: <http://www.obcp.es/opiniones/habemus-ley-de-cambio-climatico>

11. Entre otros objetivos, prevé incrementar hasta el 50% el volumen económico de los contratos ambientalizados en 2025, identificar las líneas de actuación y las principales acciones a realizar en el ámbito de la compra pública verde y sistematizar la ambientalización de la contratación pública, mediante la definición de una metodología común. En este sentido, el Plan, que consiste en un conjunto de actuaciones que tienen que permitir avanzar de manera óptima en la aplicación de criterios ambientales en la contratación pública, contiene 6 líneas de actuación —soporte técnico al desarrollo de la ambientalización, formación del personal de las unidades de contratación y de las

logía para la ambientalización de la contratación una serie de pautas generales para la incorporación de criterios de adjudicación y especificaciones técnicas ambientales en los contratos públicos, aspectos prioritarios de la ambientalización alineados con los objetivos estratégicos y la selección de pliegos a incorporar en el Plan.

Dibujado el panorama actual, en este trabajo se van a analizar los principales pronunciamientos del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Públicos (en adelante, Tribunal), en el período que comprende desde la entrada en vigor de la LCSP hasta la actualidad.

Esta «segunda etapa» se caracteriza por la existencia de una mayor presencia del tema medioambiental en las licitaciones que han sido impugnadas ante el Tribunal mediante recurso especial en materia de contratación en comparación a los asuntos enjuiciados anteriormente, período en el aún estaba en vigor 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. Así, a diferencia del estudio realizado en el año 2018¹², en el que se concluía que, al menos para este Tribunal, no presentaba hasta aquel momento demasiada litigiosidad y que los recursos se dirigían principalmente contra aspectos operativos y de conceptualización de los requisitos ambientales, en este nuevo escenario de aplicación de la LCSP se puede afirmar, sin lugar a dudas, una mayor incorporación en los pliegos de las licitaciones de los aspectos medioambientales en las diferentes fases de la licitación, así como una mayor impugnabilidad de la procedencia de la inclusión de los mismos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Como se va a tener ocasión de apreciar, las cuestiones medioambientales planteadas son de mayor intensidad pues se debate propiamente la configuración de los extremos medioambientales controvertidos —solvencia, criterios de adjudicación, prescripciones técnicas y condiciones especiales de ejecución— y su afectación respecto a los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y libre competencia. También, en ocasiones, su enjuiciamiento requiere la previa puntualización de cuestiones conceptuales que son clave para la revisión de las mismas, a saber: la necesaria diferenciación entre el criterio de solvencia del

unidades promotoras y técnicas, sensibilización general del personal, trabajo en red, visualización y seguimiento, y colaboración con el mercado— y para cada línea de actuación se han previsto varias acciones —concretamente, un total de 19 acciones entre las 6 líneas de actuación. Destacan, especialmente, ambientalizar compras y servicios clave como el mantenimiento de edificios, la energía, el mobiliario, la obra pública y los vehículos; potenciar la utilización de las etiquetas ecológicas en la contratación pública o incorporar criterios medioambientales en la compra pública de innovación, entre otros. En este sentido, se incluyen algunas pautas generales para la incorporación de condiciones de adjudicación o especificaciones técnicas que pueden incluirse en los pliegos de los contratos: la eficiencia energética y ahorro de consumo de agua y recursos; la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, contaminantes, partículas, polvo, ruido o radiaciones; el uso de energía y de materiales procedentes de fuentes renovables o recicladas; garantías de extensión de la vida útil de un producto o las posibilidades de reutilización o reciclaje.

12. LÓPEZ MORA, M. E., «El tema ambiental...», *op. cit.*, págs. 214 y 215.

medio para acreditarla (como se analizó en la Resolución núm. 100/2021); en sede de los certificados medioambientales —tema que ciertamente reviste mayor complejidad—, la determinación previa si los certificados hacen referencia a la empresa o al producto propiamente, distinción que no resulta baladí, así como las consecuencias que derivan de su correcta configuración.

De lo analizado en los diferentes asuntos que han sido resueltos por el Tribunal en este período que coincide con los cuatro años de aplicación de la LCSP (2018-2022), se refleja que algunos poderes adjudicadores ya están realizando políticas ambientales a través de la contratación pública y que se están estableciendo requisitos medioambientales en todas las fases del procedimiento de licitación: ya sea como solvencia técnica (resoluciones 30/2021, 368/2020 y 10/2019); como criterios de adjudicación (Resolución núm. 293/2021, 226/2021, 349/2021, 372/2019, 345/2019); como criterios de adjudicación y prescripciones técnicas (Resolución núm. 196/2021); como criterios de adjudicación y condición especial de ejecución (Resolución núm. 345/2019) o incluso recurren a la doble previsión del tema ambiental como solvencia y condición especial de ejecución para reforzar y garantizar la consecución de la finalidad medioambiental de manera decidida (resoluciones núm. 76/2022 y 51/2019).

Expuestos los principales rasgos definidores de esta etapa, corresponde adentrarnos a la casuística específica estudiada por el Tribunal.

II. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO SOLVENCIA. CONFIGURACIÓN DE LOS CERTIFICADOS AMBIENTALES

La solvencia en gestión ambiental como requisito de aptitud para contratar, suele exigirse en las licitaciones públicas vía certificados que acrediten un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) que hacen referencia a la estructura organizativa, los procedimientos, las prácticas, procesos a implantar o revisar por las empresas¹³.

Al respecto, cabe lamentar que se sigan planteando controversias sobre aspectos de la configuración y diseño de la licitación que en una primera etapa —en la que aún no había entrado en vigor la LCSP— los tribunales y los órganos resolutorios en materia de contratación habían tratado, por lo que ya deberían ser observados por los poderes y las entidades adjudicadores en la redacción y la configuración de los pliegos. En concreto, me estoy refiriendo a la confusión existente en la correcta configuración de los certificados según deban ser solvencia o criterio de adjudicación y a la necesidad que los pliegos prevean expresamente la posibilidad de la aportación de equivalencias a los certificados

13. En el sentido apuntado por VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑAS, B., en «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir), Ed Atelier 2018, págs. 79 a 102.

exigidos. En este sentido, siguiendo la línea fijada per el Tribunal en la etapa anterior (Resoluciones núm. 90/2017 y 6/2016) y atendiendo a la regulación establecida en el artículo de la 62.1 de la Directiva 2014/24/UE, relativa 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*»; de nuevo se insiste en este segundo período en la necesidad de contemplar y aceptar estas equivalencias, pues la falta de mención a la posibilidad de presentación de certificados equivalentes vulnera el principio de igualdad y de libre acceso a las licitaciones públicas. En este sentido, resultan de interés los pronunciamientos de las Resoluciones núm. 30/2021, 368/2020, 290/2020 y 135/2019.

Así, la citada Resolución núm. 290/2020 relativa a un recurso interpuesto contra los pliegos de un contrato de los servicios técnicos deportivos, socorrimo, recepción y atención al cliente, mantenimiento, limpieza y suministro de maquinaria de fitness licitado por un municipio catalán de régimen ordinario o común, el Tribunal enjuició la cláusula que exigía a las empresas licitadoras participantes del lote 1 acreditar los certificados ISO 14001, ISO 9001 y OSHAS 18001, sin hacer ninguna indicación complementaria acerca si estos certificados podían ser suplidos por otros equivalentes u otros medios de prueba adecuados. Al respecto, sobre la falta de mención expresa de la posibilidad de las empresas licitadoras de poder presentar medios alternativos, el Tribunal partiendo de su doctrina —expresada entre otras, en la Resolución núm. 135/2019, con cita a doctrina de otros tribunales resolutorios (en especial, la Resolución núm. 538/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —TACRC—), consideró que la falta de indicación de los umbrales de solvencia concretos exigidos, no facilita a las empresas licitadoras el planteamiento de medios alternativos de acreditación que, entonces sí, sean examinados por la mesa a los efectos de evaluar su suficiencia. Y concluyó que esta falta de especificación debe interpretarse de acuerdo con lo previsto por los artículos 93.2 y 94.2 de la LCSP que obligan expresamente a los órganos de contratación a aceptar, a estos efectos, también los certificados equivalentes expedidos por organismos de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, así como otros medios de prueba equivalentes.

Siguiendo con el estudio de los certificados, el Tribunal ha insistido, como ya se venía indicando con anterioridad (Resolución núm. 44/2018, por todas), que determinadas certificaciones ISO, como la 9.000 y la 14.001, no pueden incluirse como criterio de adjudicación porque son propiamente solvencia técnica, pues hacen referencia a la empresa que no al producto.

Destaca especialmente la Resolución núm. 10/2019, relativa a un contrato de suministro de bancos para el espacio público y su instalación en un municipio de gran población. En este asunto, y de acuerdo con las alegaciones de la parte actora, el Tribunal analizó si la aportación de determinados certificados y/o etiquetas ISO o equivalentes relativos al cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental, como son las 14.024, 14.025 i 150301 y certificaciones FSC (*Forest Stewardship Council*) y/o PEFC (*Programme for the Endor-*

ment of Forest Certification Schemes) podían constituir criterios válidos de adjudicación. Para ello, en la fundamentación de la resolución se parte de la doctrina de este Tribunal (resoluciones 170/2018, 163/2017 y 92/2017) y de otros tribunales de recursos especiales (también por todas, resoluciones 405/2018, 385/2017, 476/2016, 628/2015, 255/2015 y 906/2014 del TACRC) relativa a la improcedencia de configurar los certificados de calidad y de cumplimiento de normas de gestión ambiental de las empresas licitadoras (certificados ISO o equivalentes) como criterios de adjudicación del contrato. En este sentido, también se trajeron a colación los informes núm. 29/2010, 50/2006 y 73/2004 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado —JCCPE— y la Directiva 2014/24/UE. Y, atendiendo a las alegaciones de la parte actora, se destacó el apartado 145.2 de la LCSP al exigir que los aspectos a valorar estén vinculados al objeto del contrato, en los términos que dispone el apartado 6 del mismo precepto.

Estudiado el marco normativo y la doctrina aplicable, el Tribunal examinó uno por uno los diferentes certificados controvertidos, con la finalidad de determinar si estaban referidos a productos vinculados al objeto del suministro licitado, pues de lo contrario, se hubiera tratado de requisitos de solvencia no vinculados al objeto contractual y, por tanto, nulos por resultar contrarios al principio de libre concurrencia. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal afirmó que tanto la certificación UNE 150301 (Gestión ambiental del proceso de diseño y desarrollo. Ecodiseño) que se refiere a «los Requisitos del Proceso de diseño y desarrollo de los productos y/o servicios de una organización, que capacitan a ésta para establecer una sistemática de mejora continua de sobre productos y/o servicios desde el diseño y desarrollo, a través de un sistema de gestión ambiental», como la ISO 14006 (Sistemas de gestión ambiental. directrices para la incorporación del ecodiseño) —que, tal y como admitió el órgano de contratación, anula y sustituye a la anterior norma UNE 150301—, y que consiste en «Directrices para Ayudar a las organizaciones a establecer, documentar, implementar, mantener y mejorar de forma continua su gestión del ecodiseño como parte del portal un sistema de gestión ambiental»; hacen referencia a la organización de la empresa.

Respecto a los certificados FSC, el Tribunal indicó que son certificaciones forestales que operan como garantía de que los productos derivados de la madera, que son comercializados con la su etiqueta, han sido obtenidos siguiendo un proceso respetuoso con el medio ambiente, es decir, proporcionan información respecto de la procedencia de estos productos, verificando que contienen materiales certificados y de fuentes controladas a lo largo de la cadena de producción. De lo analizado en la Resolución, el Tribunal concluyó que el hecho que las empresas licitadoras aporten una certificación UNE 150301 o equivalente (como sería el actual ISO 14006 que la sustituyó) no es un criterio válido para la valoración de las ofertas, dado que se refiere a una cuestión de gestión ambiental inherente a la solvencia o aptitud de la empresa licitadora para ejecutar el contrato. En este sentido, se trae a colación al criterio mantenido por este Tribunal según el cual hay que diferenciar entre: (i) la naturaleza y la finalidad de los criterios de solvencia o admisión a la licitación, que se refieren a requi-

sitos de subjetivos de aptitud para ejecutar la prestación del contrato; (ii) de las propias de los criterios de valoración de las ofertas, que responden a un régimen jurídico diferente y deben ser objetivos y vinculados al objeto del contrato por imperativo del artículo 145 de la LCSP, es decir, no referidos a las cualidades subjetivas de la empresa prestadora del servicio sino al valor añadido que aportará su proposición en la ejecución, por lo que insiste que no se pueden conceptualizar como vías para romper y eludir las «rigideces» que puedan conllevar los criterios de solvencia cuando, ante su falta de cumplimiento, deben conllevar la exclusión de las empresas de la licitación.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluyó que si el órgano de contratación realmente entendía que la ejecución se vería beneficiada si la empresa adjudicataria disponía de esta tipología de certificación, la LCSP le ofrece la posibilidad de establecerlo así, en los pliegos de la licitación, 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.

III. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Sobre la presencia e inclusión de los criterios de adjudicación de carácter medioambiental, cabe hacer especial mención a las resoluciones dictadas con ocasión de los recursos especiales interpuestos contra los pliegos de la licitación y que cuestionan la procedencia de los mismos y su ajuste respecto a los principios de contratación pública.

Por una parte y siguiendo con el estudio de la confusión que presentan en ocasiones determinadas certificaciones ISO, en la citada Resolución núm. 10/2019 el Tribunal afirmó que la exigencia de la aportación de certificaciones de etiquetado de producto (como la ISO 14025 o los certificados forestales FSC y PEFC o equivalentes) es un criterio cualitativo válido para la valoración de las ofertas, en la medida que se refieren a productos relacionados con el objeto del contrato, distinguiéndolos, a través del etiquetado correspondiente, de otros, por cumplir determinadas cualidades y condiciones en materia ambiental y ecológica. Sin embargo, esta circunstancia, no concurría con respecto a la ISO 14024 exigida en los pliegos de la licitación ya que, a pesar de tener por objeto la certificación de productos que cumplen determinados aspectos ambientales, no estaría prevista para mobiliario urbano, lo que implicaba la falta de la preceptiva vinculación entre lo exigido por el criterio y el objeto contractual (el suministro de mobiliario urbano) extremo éste que no fue rebatido por el órgano de contratación.

A la vista de todo lo anterior, el Tribunal estimó parcialmente el motivo del recurso a los efectos de declarar nulo dicho criterio de adjudicación, con la consiguiente anulación del expediente y la retroacción de las actuaciones para que el órgano de contratación adecuase los criterios de adjudicación controvertidos a las exigencias legales en los términos de la resolución, eliminando, en todo

caso, las referencias a la certificación UNE 150301 (o ISO 14006) de gestión ambiental, por referirse a una cuestión inherente a la solvencia de las empresas, y en la ISO 14024, por no estar vinculada con el objeto contractual.

También destacan especialmente aquellos supuestos en los que se recurrieron criterios de adjudicación y/o mejoras que fijan una determinada distancia a partir de la cual el órgano de contratación procede a la puntuación del mismo, al ser un criterio de arraigo territorial. Para el enjuiciamiento de estos asuntos y reconociendo que resulta aprehensible la previsión de los aspectos medioambientales en los criterios de adjudicación, el Tribunal ha ido analizando las particularidades de los criterios en cada caso concreto: la vinculación del criterio con el objeto del contrato; la justificación y la configuración dada por el órgano de contratación; así como la ponderación entre la medida medioambiental prevista y la posible afectación a los principios rectores de la contratación pública, principalmente, a los principios de igualdad y libre concurrencia.

En la Resolución núm. 345/2019 —en el mismo sentido la Resolución núm. 372/2019— relativa a un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los pliegos reguladores de un contrato de servicios de transporte interurbano licitado por un consejo comarcal catalán, la parte actora impugnaba, entre otros aspectos, el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor de carácter ambiental —que también estaba conectado con una condición de ejecución—, que otorgaba la puntuación en función de la distancia donde estuviera la base de autobuses propuesta y que se calculaba proporcionalmente según la distancia que se encontrase a más o menos 20 kilómetros del punto de referencia calculado. Al respecto, el Tribunal, en base a (i) los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación —y la motivación *ex* artículo 116.4 LCSP— y (ii) a los criterios de arraigo territorial que, con independencia de la forma en que se establezcan y dada la excepcionalidad que suponen la afectación al principio de libre concurrencia, deben cumplir los límites consistentes en:

- estar definidos y justificados de acuerdo con la naturaleza, objeto y necesidad del contrato,
- su definición ha de permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Atendiendo a todo lo expuesto, reiteró que todo ello debería quedar justificado adecuadamente en el expediente y, en este supuesto, si bien la justificación del órgano de contratación era amplia, no quedaban motivadas de manera completa y suficiente las razones por las que se había optado por aquella parametrización, a saber, la fijación de un radio de 20 kilómetros: —y no de 5 por ejemplo o de 33 kilómetros—, destacando la necesidad de objetivizar los parámetros de la parametrización del estudio del cálculo del impacto de esta previsión, así como las razones por las que se consideró que esta medida y no otras, era la más idónea en términos de funcionalidades para conseguir esta finalidad

de carácter ambiental. El pronunciamiento del Tribunal se fundamentó en el hecho que la justificación del artículo 116.4 de la LCSP no es meramente una exigencia de carácter formal, sino que afecta al diseño y a la configuración de la licitación, y que sólo de la correcta fijación y explicación de estos extremos, el Tribunal puede desarrollar su función revisora y determinar si este criterio y condición de ejecución observa los principios de no discriminación, de libertad de concurrencia y de libertad de acceso a las licitaciones, el criterio está justificado por razones imperiosas de interés general, es adecuado y no va más allá de lo necesario para conseguir el fin que se persigue.

A la vista de lo anterior, el Tribunal estimó esta alegación en el sentido de retrotraer las actuaciones al momento procedimental procedente para efectuar las motivaciones exigidas por la legislación de contratación pública, a fin de que el órgano de contratación justificase debidamente los motivos de la configuración y exigencia de estas cláusulas controvertidas y procediera a su publicación en el perfil de contratante.

En la Resolución núm. 226/2021 relativa a un contrato de concesión del servicio de comedor educativo de los centros de una comarca de Cataluña, en la que se cuestionaba, entre otros extremos, la configuración de determinados criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor consistentes en (i) mejoras respecto a la menor distancia de productos no industriales y frescos, y (ii) en el origen del productos lácteos parametrizada también en distancia; el Tribunal insistió que si bien, en principio, resulta aprehensible la previsión del órgano de contratación de este tipo de criterios, de acuerdo con el espíritu y la finalidad de la LCSP y de la estrategia de la Comisión Europea, de nuevo faltaba la motivación en el informe justificativo de la procedencia y de las razones de la procedencia de estas mejoras específicas. En especial, se reprochó (i) la falta de motivación de las razones que llevaron al órgano de contratación a la fijación de esas distancias tan concretas, de manera que justificase que esa parametrización de la distancia permitía conseguir efectivamente una mejor calidad en la prestación desde el punto de vista ambiental y (ii) la necesidad de un estudio que demostrase que estas mejoras se habían configurado con conocimiento pleno de la existencia de una oferta efectiva y de proveedores de esos productos demandados y de los requisitos exigidos por el propio órgano de contratación que demostrase que la configuración de los criterios era viable y que el ofrecimiento de todas estas mejoras vez era factible.

A la vista de todo ello, el Tribunal estimó esta alegación dado que en el expediente no constaba ninguna explicación al respecto que evidenciase que estas mejoras no comportaban un obstáculo a la libre competencia como apuntaba la empresa recurrente.

De acuerdo con lo expuesto, en estas tres Resoluciones 226/2021, 372/2019 y 345/2019, el Tribunal concluyó que no quedaban motivadas las razones por las cuales se consideraba, de una manera razonable y suficiente que la parametrización concreta en los puntos kilométricos, establecidos como referencia en el criterio de adjudicación, comportasen realmente una menor afectación medioambiental frente a otras posibles previsiones, y todo ello para conjugar la parame-

trización de dichas distancias con el respecto a los principios rectores de la contratación pública.

Siguiendo con el estudio de los criterios de adjudicación de carácter medioambiental, en la Resolución núm. 349/2020, el Tribunal resolvió dos recursos presentados contra los pliegos del contrato del servicio de transporte escolar colectivo de una comarca de Girona. Entre otras cuestiones, el Tribunal analizó la procedencia del establecimiento de dos criterios de adjudicación ambientales, a saber: el «*Criterio ambiental: etiqueta ambiental*» de hasta 30 puntos, que preveía otorgar hasta 10 puntos por cada vehículo con distintivo ambiental «ECO» o «0 emisiones» y el «*Criterio ambiental: distancias en las instalaciones*» de hasta 15 puntos.

Para el enjuiciamiento de las alegaciones, el Tribunal partió de la regulación de las directivas de cuarta generación, en concreto, la Directiva 2014/24/UE, que prevé en todas las fases de la licitación la introducción de medidas ambientales como una de las metas a conseguir; del artículo 145 de la LCSP; y de la Directiva 2009/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes —Directiva complementaria a la de contratación pública— innocadas por el órgano de contratación. De acuerdo con lo anterior, respecto a la configuración y a la motivación de estos criterios, el Tribunal consideró ajustado el establecimiento en los pliegos de estos criterios que favorecen el medio ambiente porque posibilitan valorar el rendimiento ambiental en sí, aunque no necesariamente conllevan un mayor rendimiento operativo o económico de la prestación, por lo que, su enjuiciamiento se efectuó en estrictos términos de legalidad y de no vulneración de los principios rectores de la contratación pública.

En concreto, se exponía que desde la óptica del principio de libre competencia, el hecho de que la previsión de la etiqueta «ECO» o «0 cero» estuviese prevista como criterio de adjudicación, no obligaba a las potenciales empresas licitadoras que dispusiesen de estos vehículos para el acceso a la licitación, ni tampoco durante la ejecución del contrato como prescripción técnica, ni como condición especial de contratación, sino que estaba prevista como obligación específica si se ofrecía como criterio de adjudicación, de manera que como criterio de adjudicación consistente en una mejora en la prestación, estaba establecida en la forma que menos limita la libre competencia, como es la de los criterios de adjudicación y, además, se preveía la posibilidad de aportar etiquetas «equivalentes». Por todo ello, el Tribunal afirmó que debía entenderse que, con este reconocimiento del órgano de contratación, la configuración del criterio controvertido era respetuoso con el principio de libre competencia, pues no quedaba probada la inexistencia de los productos «ECO» o «0 cero», lo que debía conllevar que algún operador económico ya sea en el ámbito internacional o nacional los pudiera ofrecer. Atendiendo a lo anterior, el Tribunal señaló que la previsión de este criterio no vulneraba el principio de igualdad de trato *ex* artículo 1 y 132 de la LCSP.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad del criterio, también el Tribunal consideró que la puntuación era ajustada y razonable a la finalidad que

se quería conseguir: mayor puntuación si el vehículo era más respetuoso con el medio ambiente.

Respecto al «*Criterio ambiental: distancias en las instalaciones*» de hasta 15 puntos, cuyo enjuiciamiento se parametrizaba territorialmente en distancia, el Tribunal consideró correcta la motivación de la configuración de este criterio de adjudicación que se incardinaba en dar cumplimiento a previsiones normativas ambientales que eran de aplicación: la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático —que persigue la reducción los gases de efecto invernadero y el logro de la reducción de un 50% de la dependencia de los combustibles fósiles, especialmente de los derivados del petróleo, en el ámbito del transporte rodado en 2040— y a la Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte de carretera limpios y energéticamente eficientes. También se analizó que, tal y como estaba redactado el criterio, no vulneraba el principio de igualdad, ni el principio de discriminación dado que el cálculo de la distancia era a «*uno los centros de destino del lote que quedase más cercano*». A mayor abundamiento, el hecho de tener instalaciones a una distancia razonable para reducir las emisiones de CO₂, no estuviese previsto como requisito de acceso a la licitación, ni tampoco durante la ejecución del contrato como prescripción técnica, ni como condición especial de contratación, sino que esta mejora en la prestación se había configurado como criterio de adjudicación que no «obligaba» a las potenciales empresas licitadoras a disponer necesariamente de unos instalaciones con estas características necesarias para conseguir el fin de reducir al máximo las emisiones, llevó al Tribunal a rechazar la alegación relativa a la vulneración del principio de libre concurrencia.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad del criterio, en concreto, teniendo en cuenta las distancias recogidas en el mismo, se concluyó que la configuración de estos tramos o intervalos respondían a la finalidad de reducir las emisiones de gases, resultando razonable y justificada la explicación dada por el órgano de contratación respecto de la distancia a valorar, los efectos a nivel medioambiental y la puntuación a otorgar y, todo ello, con el fin de hacer efectivas las políticas públicas ambientales en la licitación. También se consideró que el peso de este criterio era proporcional en el conjunto de la configuración de los criterios de adjudicación. De acuerdo con lo analizado, y dado que a juicio del Tribunal la redacción del criterio ambiental estaba vinculada al objeto del contrato, se adecuaba a la normativa estudiada y respetaba los principios rectores de la contratación pública, se consideró correcto el planteamiento del criterio y, en consecuencia, se desestimó esta alegación.

También en sede de criterios de adjudicación, en la Resolución núm. 100/2021 el Tribunal abordó el tema de la necesidad de prever las equivalencias en un caso en el que se impugnaba el distintivo de garantía de calidad ambiental de la flota de vehículos expedido por la Generalitat de Catalunya de un contrato de los servicios de ejecución de operaciones de conservación integral de los sistemas, hardware y software del Centro Viario de Cataluña (CCVC), los túneles que gestiona (equipamientos y obra civil) y de sus accesos, licitado por el Departament

mento competente de la Generalitat de Catalunya. En la Resolución, el Tribunal admitió como criterio de adjudicación consistente el distintivo de garantía de calidad ambiental de la flota de vehículos expedido por la Generalitat de Catalunya para toda la flota de vehículos que formen parte del contrato, pues: (i) cumplía los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 127 de la LCSP (ii) estaba vinculado con el objeto del contrato, dada la descripción de los trabajos a realizar consistentes en la evaluación de características medioambientales de los referidos vehículos y (iii) concurría el cumplimiento del resto de requisitos establecidos en el artículo 145 de la LCSP para los criterios de adjudicación, en tanto que estaba formulado de forma objetiva y no contravenía los principios informadores de la contratación pública.

Sin embargo, no se llegó a la misma conclusión respecto de la previsión establecida en el apartado 3 del referido artículo 127 de la LCSP, pues no se preveía la aceptación de etiquetas equivalentes o de medios de prueba alternativos y, por extensión, del detalle de los aspectos a acreditar en los términos del apartado 5 del mismo artículo 127 de la LCSP. El Tribunal indicó que si bien la LCSP permite la utilización de etiquetas para la acreditación que los productos a adquirir cumplen determinados requisitos, tal como postula el artículo 127.1 de la LCSP, esta exigencia no podía vetar el acceso a la licitación a las empresas que no dispusiesen o no pudieran obtener dicha etiqueta, por lo que en los pliegos debían diferenciarse claramente, por un lado, los requerimientos técnicos —en este caso, medioambientales— que se definían para los productos, y, por otro, los medios de prueba admitidos para la acreditación que los productos ofrecidos cumplían los requisitos definidos, ya sea a través de unas determinadas etiquetas, otros equivalentes u otros medios de prueba que puedan aportar las empresas, en los términos indicados por el artículo 127 de la LCSP, de constante referencia (en este sentido, las resoluciones 185/2020 y 147/2020). Por ello, se estimó esta alegación respecto a la necesidad de adecuar totalmente la redacción del criterio controvertido.

Finalmente, en este estudio, también resulta interesante la Resolución núm. 269/2021 relativa al recurso especial interpuesto contra un contrato de transporte escolar discrecional con reiteración de itinerario, en el que se impugnaba la prohibición de subcontratación prevista en los pliegos, y aunque no era objeto propiamente de la *litis*, el Tribunal recordó que la previsión de una cláusula ambiental parametrizada en la magnitud de la distancia —aspecto que reitera ha de quedar muy motivado en el expediente— no ha de imposibilitar necesariamente la subcontratación.

IV. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO PRESCRIPCIÓN TÉCNICA

El Tribunal también ha tenido ocasión de analizar prescripciones técnicas de carácter medioambiental controvertidas por la parte actora. Se trata de la previsión con más intensidad del tema medioambiental en las licitaciones públicas

que las analizadas anteriormente, pues en estos supuestos la voluntad del órgano de contratación es la de obligar al contratista a realizar un servicio o a prestar una determinada prestación asegurando la correcta gestión medioambiental del contrato en atención de sus peculiaridades.

Así, en la Resolución núm. 196/2021, relativa al recurso especial interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicio de transporte colectivo urbano de viajeros de un municipio medio, la parte actora impugnó, entre otros extremos, determinados criterios de adjudicación automática de carácter territorial relativos a la cochera que estaba prevista como criterio de adjudicación y como prescripción técnica. El Tribunal desestimó la alegación relativa al criterio controvertido relativo a la ubicación de las cocheras consistente en la menor distancia de la ubicación de las cocheras, pues quedaba ampliamente motivado en el expediente mediante un informe complementario específico, previa exposición de las razones por las que otras posibles medidas ambientales no eran posibles. En especial, se exponía que la opción de valorar vehículos eléctricos en su versión 100% eléctrica que no era posible adoptar en esta concreta licitación debido a razones de la orografía del terreno, las características urbanas del municipio y porque la autonomía de las baterías no estaban suficientemente desarrolladas para ofrecer plenas garantías de cara a una adecuada prestación del servicio, lo que determinaba que el consistorio previese las medidas medioambientales consistentes en la fijación de un límite a la distancia en que debían situarse las cocheras y puntuar, de manera proporcional, en función de la menor distancia de las mismas, mediante la exposición y argumentación de cómo a partir del kilómetro fijado en los pliegos —8 kilómetros— el nivel de emisiones devenía significativamente muy inferior a otros tramos de distancias más elevados.

Sin embargo, en la Resolución núm. 293/2021 también relativa a un contrato de transporte, en la que se impugnaba la prescripción técnica consistente en exigir que los vehículos fueran eléctricos y/o híbridos y su afectación a los principios rectores de la contratación pública, el Tribunal aun admitiendo la procedencia y la legalidad de la inclusión de dichas previsiones medioambientales, apreció una falta de explicación en relación a las razones por las cuales, de todo el abanico de posibles medidas con esta finalidad, la elegida era la más idónea y que aportaba mayor eficiencia y calidad a la prestación del contrato, y todo ello para conjugar la finalidad medio ambiental con el respecto a los principios rectores contratación pública.

También en sede de los certificados ISO, pero como requisito técnico de productos, el Tribunal tuvo la ocasión de pronunciarse en la Resolución núm. 128/2019 relativa a un contrato de suministro de armarios compactos móviles destinados al archivo de un municipio medio. En esta ocasión, la empresa recurrente pretendía la exclusión de la empresa adjudicataria porque entendía que el pliego exigía los certificados ISO 9001 y 14001 sistema de gestión de calidad y sistema de gestión ambiental como requisito de admisión que debían presentarse en el momento de la oferta. Descartado por el Tribunal que la exigencia de dichas normas ISO fuesen solvencia, ni criterio de adjudicación, ni condición especial de adjudicación, sino que tal y como estaba configurado en el PPT, lo

que se pretendía era garantizar una determinada calidad técnica en el producto suministrado en el ámbito de la ejecución del contrato y no una finalidad de carácter social o sostenible, de acuerdo con lo anterior y dado que la empresa adjudicadora presentó la documentación en la fase previa a la adjudicación y en el período de subsanación, el Tribunal desestimó el recurso.

V. LAS CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

Siguiendo con el estudio casuístico de la doctrina del Tribunal de la incorporación del tema medioambiental en la contratación en la contratación pública, merece especial mención las resoluciones núm. 76/2022 y 51/2019. En estos supuestos, la política medioambiental adoptada por los órganos de contratación es sumamente decidida al establecerse la exigencia de cláusulas medioambientales como solvencia técnica y como condición especial de ejecución¹⁴, por lo que se evidencia el uso estratégico de la contratación pública para la consecución de estos fines.

En la Resolución núm. 51/2019 se enjuició el recurso especial contra el pliego de condiciones administrativas particulares de la contratación conjunta de un suministro eléctrico con consideraciones de tipo medioambiental licitada por una diputación catalana. Los motivos de impugnación eran: la configuración de la solvencia técnica; la condición especial de ejecución impugnados relativa que, como mínimo, el 20% de energía eléctrica suministrada el último año tuviesen origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia, según los datos publicados por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), y la obligación de mantener este porcentaje de garantía de origen (GdO) durante la vigencia del contrato, que se concluyen conformes con la LCSP y la Directiva 2014/24/UE, así como la normativa estatal y comunitaria de aplicación al ámbito medioambiental y de la sostenibilidad.

Al respecto, respecto al requisito de solvencia técnica, el Tribunal apreció que los requisitos de especificación y publicidad quedaban cumplidos y no resultaban controvertidos y, en cuanto a la vinculación con el objeto del contrato, su proporcionalidad y la legalidad del medio de acreditación, tras el extenso análisis de la normativa europea e interna del sector de la energía, la dinámica de las GdO y la certificación de los datos para la CNMC, también acabó concluyendo su adecuación a derecho.

En síntesis, para el análisis del requisito de solvencia resultaba crucial el contraste del objeto y finalidad del contrato (la reducción de emisión de gases de efecto invernadero y no sólo el simple aprovisionamiento eléctrico) con las exigencias ambientales descritas, que se apreciaron conformes, teniendo en

14. DELGADO FERNÁNDEZ, M^a R., en «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir), Ed Atelier 2018, págs 175 a 188.

cuenta que se trataba de un contrato en el que toda la energía que se suministraba debía tener la garantía de origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia y esta obligación no resultaba cuestionada en el caso examinado. Conforme a este objetivo, el Tribunal afirmó que no se estaba ante un requisito de acceso consistente en ser empresas comercializadoras de energía eléctrica de origen totalmente renovable y con una etiqueta del nivel A, sino que se trataba de empresas comercializadoras comprometidas con el fin de contrato y, para poder demostrar esta capacidad técnica, se exigía que el año anterior al de la licitación hubiese suministrado al menos un 20% de energía eléctrica con origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia.

Este porcentaje, además, tenía justificación por referencia a las exigencias del «triple 20» establecidas por la Unión Europea para el año 2020 (reducción del 20% del consumo energético, aportación del 20% de las energías renovables en el balance energético y reducción del 20% de las emisiones de gases de efecto invernadero), en consonancia con el objetivo del 20% que el anexo I de la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, fijó para España. Por este motivo, el Tribunal consideró que tampoco se podía considerar desproporcionado el límite mínimo del 20% exigido en el requisito de solvencia, como tampoco restrictivo de la competencia, dada la gran cantidad de operadoras que cumplen este requisito, según los datos publicados por la CNMC sobre los resultados del sistema de GdO y etiquetado de la electricidad relativos a la energía producida en el año 2017. Por último, la Resolución puso de manifiesto que, en nuestro ordenamiento jurídico, estos datos no se pueden acreditar de otra manera que a través de las GdO, que constituyen una de las acciones de política comunitaria en favor de uno de los servicios económicos de interés general como es la energía.

En cuanto a la condición especial de ejecución impugnada, consistente que el contratista mantuviese durante toda la vigencia del contrato como mínimo el 20% de la energía eléctrica suministrada con garantía de origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia, según los datos publicados por la CNMC, el Tribunal efectuó el análisis de legalidad según los requisitos exigibles a las condiciones especiales de ejecución en general, y en particular, bajo el prisma de la LCSP y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, así como las directivas 2014/24/UE y 2009/28/CE. De todo el análisis, el Tribunal apreció que, en virtud del concepto amplio de vinculación al objeto del contrato establecido en el artículo 145.6 de la LCSP, la condición especial de ejecución impugnada tenía cabida como factor que enlazaba especialmente en un proceso específico de comercialización del suministro y era consecuente con la exigencia de la solvencia técnica. En particular, se apreció que esta condición constituía, fundamentalmente, un complemento de la otra condición especial de ejecución que el recurso admitía y no impugnaba, consistente que el contratista redimiese a la entidad contratante los certificados de energía consumida con garantía de origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia por una cantidad equivalente al consumo de todas las tarifas objeto de este contrato, a fin de que no quedase desvirtuada —teniendo en cuenta que la energía suministrada es el resultado de

un mix energético en que se mezclan energías de orígenes diversos— y la entidad contratante pueda alcanzar en la ejecución del contrato los objetivos fijados por la normativa ambiental y su finalidad de reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, siguiendo la senda de la sostenibilidad ambiental en general, y la energética en particular.

Atendiendo a la previsión relativa que las empresas licitadoras tuviesen que demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato con un mínimo del 20% suministrado el año anterior con origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia, y que la ejecución del contrato tuviese que ser 100% de estas fuentes, el Tribunal también entendió razonable y consecuente que la exigencia de ese mínimo del 20% se tuviese que mantener durante la vigencia del contrato, para que no quedase desvirtuada en la empresa adjudicataria, la capacidad técnica que se le exigió para participar en la licitación. Y se entendió que la condición controvertida, se incluyó, precisamente, en los fines de tipo medioambiental que establece el artículo 202.2 de la LCSP, en consonancia con el marco normativo europeo y español de referencia, como son, concretamente, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero —que es la consideración medioambiental que guía la finalidad última de esta contratación—, a fin de contribuir a cumplir el objetivo establecido en la Ley 2/2011, el mantenimiento o la mejora de los valores medioambientales que se puedan verse afectados por la ejecución del contrato, y el fomento del uso de las energías renovables.

En definitiva, el Tribunal concluyó que la condición especial de ejecución impugnada tenía cabida en la LCSP, en el marco de la normativa europea y estatal en materia energética y sostenibilidad, resultando debidamente publicitada, vinculada al objeto del contrato, no discriminatoria y compatible con el derecho comunitario, requisitos todos ellos que, por tanto, hacían decaer las pretensiones de anulación del recurso también en este motivo del recurso.

También en la reciente Resolución núm. 76/2022, el Tribunal se ha pronunciado sobre la adecuación y procedencia del requisito de solvencia técnica y medio de acreditación mediante la etiqueta A de la CNMC acreditativa de la energía comercializada de fuentes renovables al ser conforme a la LCSP de acuerdo con la configuración del sistema de GdO y etiquetado de la electricidad el contrato de suministro de energía eléctrica de producción 100% de energías renovables con cero emisión de dióxido de carbono por kWh y con cero residuos radioactivos, licitado por un municipio de Barcelona.

Al respecto, atendiendo a las alegaciones de la recurrente, el Tribunal realiza un estudio pormenorizado sobre el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la LCSP —artículos 74.2, 86, 87 y 91— relativos al anuncio de licitación y de especificación en el pliego de cláusulas administrativas particulares; así como la verificación que dicha solvencia está vinculada al objeto del contrato ex 145.6 de la LCSP y es proporcional a éste y su forma de acreditación. Dicho lo anterior, el Tribunal expone que esta exigencia junto con la correlativa de su mantenimiento durante la ejecución del contrato, mediante la condición especial establecida y a acreditar por el mismo medio de forma sucesiva, queda garantizada, al igual que en el supuesto analizado en la Resolución núm. 51/2021

que el requisito ambiental no quede desvirtuado *ex post* y que la energía que se comercialice a la entidad contratante a lo largo de la vigencia del contrato tenga origen de fuentes renovables.

El Tribunal también analizó el carácter no desproporcionado del requisito teniendo en cuenta los datos aportados por el órgano de contratación y los publicados por la CNMC y determinada jurisprudencia. En cuanto al medio de acreditación del requisito de solvencia controvertido, que la parte actora niega que pueda tener cabida en ninguno de los previstos en el artículo 89 de la LCSP, el Tribunal recuerda, tal y como ya se había pronunciado en licitaciones del mismo objeto, en la línea mantenida mayoritariamente por el resto de los tribunales de recursos contractuales y pronunciamientos judiciales recaídos, que las acreditaciones de solvencia técnica en contratos de suministro mediante certificados de calidad deben referirse al producto concreto o a su productor y, en el caso concreto del suministro eléctrico, la acreditación de la energía comercializada por una empresa en el ejercicio precedente, a pesar de ser subjetiva, se refiere al producto concreto que vende y que el poder adjudicador quiere adquirir y, en este sentido, demuestra su capacidad técnica para cumplir el objeto del contrato.

A la vista de lo anterior, el Tribunal concluyó que la condición de solvencia técnica impugnada cumple con los requisitos de publicidad, vinculación al objeto del contrato y proporcionalidad exigidos en el artículo 74.2 de la LCSP y cuya verificación con la etiqueta A acreditativa de que la energía comercializada es de origen 100% de fuentes renovables, de acuerdo con la regulación sectorial del sector, queda amparada en el medio de acreditación de la solvencia técnica en los contratos de suministro previstos en el artículo 89.1 f) de la LCSP, resultando la elección de todos ellos motivada y enmarcada dentro de la discrecionalidad técnica que dispone la administración en la definición del objeto del contrato y las condiciones de la licitación que permitan su realización, con arreglo a las necesidades justificadas en el expediente, sin que aprecie la posible vulneración a los principios de igualdad de trato, concurrencia y libre competencia como denunciaba la parte recurrente. Por todo ello, se estimó el recurso especial.

VI. CONCLUSIÓN

La casuística enjuiciada por el Tribunal en el periodo analizado refleja que el tema medioambiental está cada vez más presente en la configuración de las licitaciones públicas, pues determinados poderes adjudicadores ya están realizando políticas ambientales a través de la contratación pública de acuerdo con las Directivas de cuarta generación y la LCSP.

En general, y como se ha tenido la oportunidad de exponer, se pone de manifiesto la necesidad de prever la posibilidad de presentar certificados equivalentes, y de motivar tanto la previsión de las cláusulas medioambientales parametrizadas en distancia como las razones por las que en el establecimiento de criterios de adjudicación y prescripciones técnicas medioambientales se fijan

unos determinados criterios y no otros, y todo ello porque, resultando aprehensible la presencia de estas cláusulas de carácter medioambiental, en todo caso, estas previsiones se deben conjugar con el respeto de los principios rectores de la contratación pública, en especial, principios de igualdad, libre concurrencia, proporcionalidad, competencia y libre concurrencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO FERNÁNDEZ, M^a R. (2018) «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir.), Ed Atelier 2018, págs. 175 a 188.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018) «Incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir.), Ed Atelier 2018, págs. 29 a 52.
- (2018) «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M., *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- GIMENO FELIU, J.M. (2018) «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 GIMENO FELIU, J.M. *estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi.
- (2021) Los retos de futuro de la contratación pública: Los ODS y la experiencia de la pandemia.
<http://www.obcp.es/opiniones/los-retos-de-futuro-de-la-contratacion-publica-los-ods-y-la-experiencia-de-la-pandemia>
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2020) «La contratación pública estratégica» en *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, coord. por Susana Rodríguez Escanciano, Ana Belén Casares Marcos; Tomás Quintana López (dir. congr.), págs. 81 a 99;
- LAZO VITORIA, X. (2018) «La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORIA, X. (dir.), Ed. Atelier 2018. pág. 132 y 133.
- (2020) Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectiva de futuro», *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, GIMENO FELIU (dir.) GUERRERO MANSO, C. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, págs. 177 a 202.
- (2021) *Habemus* Ley de Cambio Climático 14 de junio de 2021.
<http://www.obcp.es/opiniones/habemus-ley-de-cambio-climatico>
- LÓPEZ MORA, M^a E. (2018) «El tema ambiental: nuevo marco normativo. La doctrina del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir.), Ed Atelier 2018, págs. 207 a 220.
- PERNAS GARCÍA (2020) «Intervención administrativa ambiental y contratación pública a propósito de la evaluación de impacto ambiental de proyectos

- públicos», *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 55, Zaragoza, 2020 pág. 188.
- (2021) La transición *ecológica* de la contratación pública: reflexiones y propuestas para la generalización de un enfoque estratégico ambiental, págs. 155 a 157
 - (2021) «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectiva de futuro», LAZO VITORIA, X. págs. 177 a 202 en el *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, GIMENO FELIU (dir.) GUERRERO MANSO, C. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y GÓMEZ FARIÑAS, B. (2018) en «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», en *Compra Pública Verde*, LAZO VITORA, X. (dir.), Ed Atelier, págs. 79 a 102.

ANÁLISIS DE LAS POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE CLÁUSULAS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA RENOVABLE EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

Elena Hernández Salguero

Consejera del Tribunal de Cuentas

Sumario. I. INTRODUCCIÓN: LA COMPRA PÚBLICA Y LA ENERGÍA RENOVABLE EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE ESTRATEGIA MEDIO AMBIENTAL Y DEL NUEVO MARCO NORMATIVO ESTABLECIDO EN LA LEY 7/2021 DE CAMBIO CLIMÁTICO. II. ENERGÍA RENOVABLE. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO. III. POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE CLÁUSULAS RELATIVAS A LA ENERGÍA RENOVABLE EN LA COMPRA PÚBLICA. 1. Delimitación conceptual de cláusula medio ambiental. 2. Posibilidades en relación con la energía renovable en la compra pública en la doctrina y jurisprudencia actuales. 2.1. *Posibilidades en el ámbito de la solvencia de los licitadores.* 2.2. *Posibilidades en relación con el establecimiento de criterios de adjudicación.* 2.3. *Posibilidades en el establecimiento de prescripciones técnicas y condiciones especiales de ejecución.* IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA COMPRA PÚBLICA Y LA ENERGÍA RENOVABLE EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE ESTRATEGIA MEDIO AMBIENTAL Y DEL NUEVO MARCO NORMATIVO ESTABLECIDO EN LA LEY 7/2021 DE CAMBIO CLIMÁTICO

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 (LCSP), supuso el respaldo

definitivo de la consideración de la contratación pública, como un valioso instrumento para implementar otras políticas públicas a través de aquélla, especialmente en materia social, ambiental de innovación y de fomento de las PYMES; esto es como contratación pública estratégica. Continuaba, así la senda abierta primero por la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹ y recogida en las directivas de contratación pública,² al prever, como uno de sus objetivos, la introducción de elementos de estrategia de forma transversal y obligatoria en la compra pública ya desde su primer precepto (artículo 1.3) y en su preámbulo, dando naturaleza de obligación a lo que hasta dicho momento había sido una posibilidad reconocida por la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se incorpora así el mandato establecido en el artículo 11 del TFUE, de integrar las exigencias de protección del medio ambiente en la definición y en el desarrollo de las distintas políticas de la Unión Europea.

Si bien dicho carácter estratégico ya no es objeto de discusión tal y como resulta de la LCSP³, la entrada en vigor de la misma introdujo el debate en relación con los límites y posibilidades de la compra pública estratégica, debate que viene transitando entre dos concepciones de los elementos que conforman dicha forma de plantear la contratación del sector público; de un lado las posturas que abogan por introducir las posibilidades descritas en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las Directivas de contratación pública desplazando criterios, conceptos y categorías jurídicas que habían sustentado la aplicación de la normativa de la compra pública más clásica, y aquellas que mantienen dichas concepciones clásicas, algo más reticentes a los avances, en la interpretación de las novedades incluidas en el nuevo paquete de directivas de la UE en materia de compra pública.⁴ De esta forma los límites del alcance de las posibilidades de implementación de cláusulas estratégicas y en concreto relativas a la utilización de fuentes de energía de origen renovable, es una cuestión no resuelta y de importancia capital de cara al cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible fijados en el Acuerdo

1. 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.

2. La Directiva 2014/25/UE ha sido transpuesta mediante el Real Decreto-ley 3/2020 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

3. Vid. Artículos 1.3, 145 o 202 LCSP.

Guías prácticas para la compra pública responsable 3. Contratación de suministro de energía, REAS Euskadi: *«El cambio de paradigma con la nueva ley de contratos es notable, pues cualquier debate jurídico o doctrinal sobre si las cláusulas sociales y medioambientales son o no legales resulta en lo sucesivo absurdo. De hecho, a partir de su entrada en vigor, lo que resulta ilegal por vulnerar el artículo 1.3. LCSP es contratar sin haber incorporado criterios sociales y medioambientales»*

4. Un buen ejemplo de ello es la determinación del alcance de la exigencia de que los criterios de adjudicación estén vinculados con el objeto del contrato.

de París de 2015, y el desarrollo de sus reglas en Katowice, que persiguen la finalidad de lograr un continente neutro climáticamente en el año 2050.

Ciertamente en algunas normas sectoriales ya se recogían referencias a la importancia de las energías renovables, pero siempre en el marco de la normativa en materia de contratos a la que se remiten. Así por ejemplo el artículo 15 del Código Técnico de la Edificación (CTE) aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, aplicable tanto a las edificaciones públicas como privadas, establece, aunque de forma algo difusa, unas exigencias básicas de ahorro de energía, que, entre otras posibilidades, contemplan la utilización de energía de origen renovable.⁵ ⁶En este sentido la Directiva UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables establece en su artículo 15. 5. que los Estados miembros velarán por que edificios públicos desempeñen un papel ejemplar en el marco del objeto de la directiva.

En este contexto ve la luz la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE), que recoge los objetivos mínimos nacionales para el año 2030, consistentes en reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 23% respecto a los niveles del año 1990, alcanzar una penetración de energías renovables en el consumo de energía final de al menos un 42%, alcanzar un sistema eléctrico con, al menos, un 74% de energías renovables y disminuir el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5% respecto a la línea de base conforme a la normativa europea, todo ello con el objetivo de la neutralidad de las emisiones de gases de efecto invernadero en España antes del año 2050.

Sin embargo, la LCCTE no avanza de forma sustantiva en el ámbito de la contratación en relación con las energías renovables, ya que las previsiones que contiene en su artículo 31, bajo la rúbrica «Contratación Pública», como pone de relieve la profesora Ximena Lazo, no son innovadoras, *sino que funciona[n] como recordatorio de los parámetros básicos para la incorporación de las cláusulas ambientales en la contratación del sector público*⁷. En todo caso puede constituir un avance respecto de la actual regulación, la remisión que efectúa el propio artículo 31.1 para determinar en qué prestaciones se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático, a un catálogo que elaborarán en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley, los Ministerios para

5. Vid CTE.5 Exigencia básica HE 4: Contribución mínima de energía renovable para cubrir la demanda de agua caliente sanitaria: *Los edificios satisfarán sus necesidades de ACS y de climatización de piscina cubierta empleando en gran medida energía procedente de fuentes renovables o procesos de cogeneración renovables; bien generada en el propio edificio o bien a través de la conexión a un sistema urbano de calefacción.*

6. De acuerdo con el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 *«Es necesario revisar y elevar las exigencias en eficiencia energética y energías renovables del CTE, así como los requisitos mínimos que deben cumplir las instalaciones térmicas, a través del RITE, para todos los edificios nuevos y rehabilitaciones».*

7. Cambio Climático y contratación pública. Novedades del Proyecto de Ley de cambio climático y transición energética. Observatorio de contratación Pública, 3 de julio de 2020.

la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y de Hacienda, que si bien como señala la profesora Lazo es un avance, se trata de un avance «en diferido».

A ello cabe añadir que de acuerdo con el citado precepto el ámbito objetivo del mismo se contrae a la contratación de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal, por lo tanto, sin comprender en el mismo a las Comunidades Autónomas y sus entidades dependientes, aunque en algunas comunidades autónomas ya habían aprobado regulaciones con el objeto de atender a las exigencias derivadas del cambio climático.⁸

Por tanto, el análisis de las posibilidades técnicas de introducir en las cláusulas ambientales de los pliegos de la contratación pública, obligaciones relativas al suministro o bien a la utilización de energía procedente de fuentes renovables, sigue derivando de la interpretación de la propia LCSP y la doctrina emanada de los tribunales administrativos de compra pública en una primera aproximación y por los tribunales de justicia en sus correspondientes ámbitos, a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. ENERGÍA RENOVABLE: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Más allá de la reciente polémica en torno al concepto de energía verde⁹, dentro de esta categoría nos encontramos aún con un concepto que deslinda los tipos de energía, no tanto por sus efectos en relación con el medio ambiente, como por su origen o forma de producción, como es la energía renovable. La energía renovable es aquella que se obtiene de fuentes naturales virtualmente inagotables ya sea por la inmensa cantidad de energía que contienen, o porque son capaces de regenerarse por medios naturales. Entre las energías renovables se cuentan la solar, geotérmica, hidroeléctrica, mareomotriz, undimotriz (energía de las olas marinas), la biomasa y los biocarburantes.

En el ámbito del derecho de la Unión encontramos cierta regulación en la Directiva (UE) 2018/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre

8. — Ley 9/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña (art. 35 «contratación verde»).

— Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético de Andalucía (art. 30 «Contratación pública verde»)

— Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears (art. 68 a 74)

— Acuerdo 26/2020, de 4 de junio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban medidas contra el cambio climático en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León (BOCyL núm. 111, de 5 de junio de 2020) a la espera de la aprobación de la Ley de Cambio climático de esta Comunidad Autónoma.

9. La Comisión Europea, ha dictado un acto delegado en el marco el Reglamento (UE) 2020/852 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles (DOUE L198, 22 junio 2020) denominado Reglamento de taxonomía, en febrero de 2022, considerando energías verdes a la nuclear y ciertas plantas de generación eléctrica a partir del gas.

de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables¹⁰, cuyo artículo segundo contiene una definición de las mismas mediante la enumeración de sus supuestos, considerando como tal la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir; energía eólica, energía solar (solar térmica y solar fotovoltaica) y energía geotérmica, energía ambiente, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidráulica y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, y biogás.

Debemos entender a la luz de la literalidad del precepto que se trata de un elenco de energías *numerus clausus* que sin embargo deja abierta una de las tipologías a que se refiere cuando la describe como «otros tipos de energía oceánica».

Avanza aún más, en esta enumeración la Circular 1/2018, de 18 de abril, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia que considera energía eléctrica procedente de fuentes renovables la que tiene un origen no fósil, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica, la de las olas, la de las mareas, la de las rocas calientes y secas, la oceanotérmica, la energía de las corrientes marinas, hidroeléctrica, biomasa, biolíquido, y biogás.

Las posibilidades de admisión de cláusulas relativas a estos tipos de energía se encuentran delimitadas, por tanto, por la enumeración cerrada de las que se consideran como tal, de manera que en una primera aproximación cabe señalar que su carácter estratégico por sus beneficios ambientales no precisa de justificación o de argumentación, una vez reconocida su condición legal de energía renovable.

III. POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE CLAÚSULAS RELATIVAS A LA ENERGÍA RENOVABLE EN LA COMPRA PÚBLICA

1. Delimitación conceptual del concepto cláusulas medio ambientales

No todas las cuestiones de índole medioambiental reguladas en la LCSP responden a la categoría de «cláusula» en la concepción 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

10. En octubre de 2021 ha concluido el periodo de consulta pública del anteproyecto del Real Decreto de transposición parcial de la Directiva 2018/2021.

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 por la LCSP 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 obligaciones medioambientales, no las hace más obligatorias (valga la redundancia) ni les añade un plus de imperatividad. De igual modo si la normativa sectorial contemplase la obligatoriedad de la utilización de energía renovable en algún tipo de instalación o servicio, ya no estaríamos en presencia de una cláusula estratégica en sentido estricto, sino, obviamente ante una obligación legal que debería configurarse como una prescripción técnica del contrato. 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 necesariamente nos conduce al segundo tipo de cláusulas, esto es a las de carácter estratégico, que buscan añadir valor en y a través de la compra pública, bien mediante la inclusión de cuestiones atinentes a la solvencia de las empresas, que es donde mayor incidencia tienen estas medidas, bien en la definición de las prescripciones técnicas, de los criterios de valoración o a las condiciones especiales de ejecución. Cada una de estas categorías tiene su virtualidad propia y sus condicionantes, que las hacen más o menos aptas para introducir cuestiones de estrategia ambiental en la compra pública, singularmente la exigencia de uso de energía procedente de fuentes renovables

Antes de abordar el examen de la casuística concreta en relación con la admisibilidad de cláusulas que fomenten el uso de energías renovables cabe plantearse en qué tipos contractuales encajan de forma más natural, y en concreto examinar la cuestión en relación con los contratos de obras, los de suministro de energía y eventualmente servicios que puedan tener una carga significativa de energía, como los de alumbrado público, que si bien se han venido tratando desde la óptica de la eficiencia energética, y en general no contemplan el uso de energías renovables, podrían incluir alguna cláusula sobre el origen de la energía que los sustenta.

Efectivamente, la introducción en general de estrategia ambiental en la contratación pública en relación con el fomento del uso de energía renovable no es apta para todo tipo de contratos, si se tiene en cuenta la relación carga-beneficio. Efectivamente en principio todo tipo de prestación que precise de una fuente de energía para su realización —es decir prácticamente todas—, podría reconducirse a una compra estratégica de fomento de la energía renovable, sin embargo, si su incidencia no es significativa en algún modo, a la postre su introducción constituiría una restricción injustificada de entrada o a la libre concurrencia en algunos contratos, que no encontraría sustento legal en la LCSP.

Por tanto una primera tarea exige examinar la tipología contractual más apta para este tipo de medidas, lo que nos conduce *prima facie* a los contratos de obras de edificaciones bien para uso propio de los órganos de contratación o

bien que sirvan de sustento fáctico para un uso o servicio público, los contratos de suministro de energía y los contratos de servicios o concesión de servicios en los que la energía sea un elemento preponderante tanto en su estructura de costes, como en el caso de algunos contratos de alumbrado público.

2. Posibilidades en relación con la energía renovable en la compra pública en la doctrina y jurisprudencia actuales

La doctrina desarrollada en torno a estas posibilidades se recoge principalmente en las tempranas resoluciones de los tribunales de recursos contractuales, que fueron los encargados de resolver los recursos que se interpusieron en relación con los intentos iniciales por parte de algunos órganos de contratación de aplicar las posibilidades de contratación estratégica, con grandes dificultades en cuanto a la determinación de sus límites. Estos pronunciamientos aún no han dado lugar a una jurisprudencia consolidada, por lo que la cuestión sigue siendo de actualidad, máxime ante la divergencia de posturas en cuanto a las posibilidades, límites y mecanismos para incorporar estas cláusulas estratégicas.

Abordando en concreto dentro de este tipo de cláusulas medio ambientales las que tienen por objeto fomentar la utilización o suministro de energía renovable, la normativa sectorial, como hemos indicado más arriba, se remite a la legislación en materia de contratos, sin establecer obligaciones específicas que recoger en los pliegos de contratos, al menos de momento. De esta forma, se deja a la voluntad del órgano de contratación a la vista de las políticas energéticas que pueda desarrollar el establecimiento de este tipo de cláusulas. La decisión de qué contratar y cómo contratarlo se desenvuelve en el ámbito de la decisión discrecional de los órganos de contratación, así como también la elección de los elementos que se desea potenciar en dicha compra, claro está, dentro de los parámetros de la ley especialmente, en cumplimiento de la exigencia de incorporar en «toda contratación» un elemento de estrategia. En este sentido en la RTACPM 110/2018, de 18 de abril, se plasma de esta forma este punto de partida, *«el objeto del contrato debe ajustarse a los objetivos de la administración contratante, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer y la mejor manera de verificar su cumplimiento, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma sometida a la justificación de la necesidad de la contratación con las limitaciones de los artículos 22 y 26 del TRLCSP. La contratación es una herramienta útil para conseguir otras finalidades de tipo social o medioambiental, puede incluir un uso estratégico»*. Por tanto, deben ser aplicados los mismos parámetros para control de la discrecionalidad que los que con carácter general delimitan o deslindan el ámbito de lo discrecional de lo arbitrario en el derecho administrativo, como son la adecuada motivación, la inexistencia de errores en los que se base la toma de decisión y la razonabilidad de la propuesta. Es en el ámbito de decisión inicial donde corresponde al órgano de contratación fijar los objetivos a satisfacer y el modo de llevarlos a efecto, decisión respecto de la que 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 de determinados productos sanitarios en orden a su reciclaje, como una cuestión ambiental.

Debe hacerse aún una precisión más, y es que la práctica totalidad de los supuestos abordados por la doctrina se refieren a la producción de energía eléctrica, esto es como una fuente indirecta de producción, sin perjuicio de la posibilidad de considerar la utilización directa de estas fuentes, como sería el supuesto de la biomasa o de los biocombustibles.

A efectos de la implementación de cláusulas relativas a la energía renovable en la contratación pública cabe considerar tres características de la misma:

- La intermitencia y dificultad de gestión,¹¹
- La dificultad en la prueba de la efectiva prestación con dicho tipo de energía en el mercado ya que la energía eléctrica que se vierte a la red llega a los consumidores en tiempo real, por lo que es imposible conocer si la misma es de origen 100% renovable puesto que todos los consumidores están conectados al mismo sistema.

Son dos los medios principales para acreditar el origen renovable de la energía, por un lado, la Garantía de Origen (GdO) y por otro la etiqueta energética.

- La GdO, se regula en la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, a su vez modificada por la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre, incorporando 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.

A su vez la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, se regula en la Circular 1/2018, de 18 de abril, de la Comisión Nacional de Energía de los Mercados y la Competencia, por la que se

11. Es por ello que la LCCTE promueve la tecnología hidráulica reversible concediendo prioridad a esta tecnología de apoyo a la renovable, que permite el embalse, bombeo y turbinado cuando se precise, en las nuevas concesiones sobre el dominio público hidráulico.

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 cuyo artículo tercero se define la GdO como una acreditación, en formato electrónico, 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 o de cogeneración de alta eficiencia. Incluyendo en los pliegos el requisito de aportar una GdO, la empresa comercializadora puede acreditar que la energía suministrada al consumidor final procede de fuentes renovables y cogeneración, pero a ejercicio vencido. De hecho, de acuerdo con el artículo quinto apartado 4 de dicha norma, una garantía de origen no podrá ser solicitada por adelantado con relación a la energía que vaya a ser producida.

Además, respecto de este sistema hay que tener en cuenta que no discrimina entre energía renovable y energía procedente de cogeneración de alta eficiencia, causante de emisiones de CO₂, por lo que no resulta eficaz para acreditar el carácter de 100% renovable predicable de una fuente de generación de energía.

- El etiquetado de electricidad regulado por Circular 2/2021, de 10 de febrero, que es desarrollo del artículo 110 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, establece un sistema de información de las empresas comercializadoras o distribuidoras que vendan electricidad a clientes finales sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto en el medio ambiente. En concreto la etiqueta en su categoría A, que certifica que la actividad del comercializador en el ejercicio anterior fue exclusivamente de energía renovable al 100% sin mezclar con energía procedente de otras fuentes. La etiqueta de la electricidad informa sobre la mezcla de energías correspondiente a la energía eléctrica vendida por cada empresa comercializadora (renovables, cogeneración de alta eficiencia, cogeneración, gas natural, carbón, fuel/gas, nuclear y otras), sus emisiones de CO₂ y residuos nucleares de alta actividad. La CNMC ha aprobado la Resolución RDC/DE/008/21: sobre el formato del etiquetado de la electricidad que define el modelo normalizado que las empresas comercializadoras de electricidad emplearán a partir de abril de 2022 cuando etiqueten la energía eléctrica producida a lo largo del año 2021.

Tal y como se establece en el Anexo de dicha resolución, según la mezcla de energías de cada empresa comercializadora a la que se aplican determinados factores de impacto ambiental y su comparación con la media de generación nacional, aquellas recibirán una clasificación graduada en una escala entre la A y la G, siendo la categoría D la que corresponde a la media nacional. Así, la 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, mientras que las empresas que tengan etiquetas con el resto de letras posibles han comercializado un mix de procedencias variadas (renovables, cogeneración, carbón, nuclear, etc., si bien también han comercializado energía eléctrica de procedencia renovable en un determinado porcentaje.

- La posible elevación del importe de licitación en los contratos en que se tenga en cuenta esta posibilidad, que podría retraer a los órganos de contratación de su utilización en función de sus disponibilidades presupuestarias.

Por otro lado, el estudio de las posibilidades de introducción de cláusulas ambientales que primen de algún modo o incluso obliguen a acreditar el origen renovable de la energía objeto del contrato o de alguna de sus prestaciones, debe vincularse con el objetivo que se pretende con dicha medida, que no es otro que el de la descarbonización del sistema energético, sentado en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, que contempla en su punto 3.1 «Dimensión de la descarbonización», una serie de medidas de promoción de las energías renovables. Ciertamente la eficiencia energética también es un objetivo que considerar, pero la misma no se vincula de forma unívoca con la utilización de energías renovables, mientras que en el objetivo de la descarbonización esta forma de energía cobra un protagonismo indudable.

En otro orden de cosas a la hora de establecer límites 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. Así la desviación de poder se constituye como límite genérico de las potestades de los poderes adjudicadores en materia de contratación, tal y como entre otras se ha puesto de relieve en la RTACRC 1065/2017 y en el Dictamen 1116/2015 del Consejo de Estado, que limita el principio de libertad de pactos en función de esta figura.

2.1. Posibilidades en el ámbito de la solvencia de los licitadores

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 por lo que las resoluciones que abordan esta cuestión por uno u otro motivo son las más numerosas.

Con carácter general la solvencia técnica, debe acreditar la aptitud del licitador para poder acometer la futura ejecución del contrato. La norma determina unos parámetros que permitan su acreditación y que, en algunos de los casos, vienen referidos a prestaciones o actividades realizadas por los licitadores con anterioridad a la fecha final del plazo de licitación, como es el caso de criterios

de solvencia vinculados a la experiencia o a la calidad. Evidentemente son elementos relativos a la actividad realizada en el pasado por la empresa, relacionados con el objeto del contrato y se proyectan en la acreditación de la capacidad de prestar otros contratos de similares características, pero no son propiedades o cualidades de la oferta que permitan compararla con otras según lo valorado en los criterios de adjudicación.

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.

A todo ello cabe añadir que los criterios de solvencia son criterios subjetivos, en el sentido de que son relativos a la empresa y a la actividad realizada en el pasado por la misma, relacionados con el objeto del contrato y se proyectan en la acreditación de la capacidad de prestar otros suministros de similares características, pero no son propiedades o cualidades de la oferta, esto es elementos objetivos, que permitan compararla con otras.

Con estas premisas el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid consideró en su Resolución 110/2018, de 18 de abril, que técnicamente se podía exigir como requisito de solvencia, precisamente en un contrato de suministro de energía, que el origen de la misma fuera 100 % renovable¹². El análisis de esta decisión se enmarca en una circunstancia que a su vez se pone de relieve en la propia resolución, y es que a la vista de las posiciones de las partes el ámbito de decisión de un poder adjudicador, como era en dicho caso el Ayuntamiento de Madrid, a la hora de decidir que quería primar este tipo de energía en su suministro estaba condicionado, no solo por los principios que rigen la compra pública y la normativa que los plasma, sino por circunstancias tan ajenas al propio mecanismo de la compra pública y la decisión del poder adjudicador como eran las posibilidades de acreditación de la capacidad para suministrar este tipo de energía. Así se concluye 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.

La cuestión determinante pivotaba en torno a dos consideraciones, de un lado no tanto si podría o no exigirse como un requisito de solvencia el de la

12. Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, dividido en 4 lotes y con un valor estimado de 82.641.923,18 euros, en el que se exigía como medio para acreditar la solvencia certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de que la energía comercializada por cada licitadora es de origen 100% renovable.

capacidad relativa al suministro de energía renovable, de hecho, doctrinalmente se admite y también en resoluciones de otros tribunales de recursos contractuales, sino más bien si el medio elegido por el poder adjudicador para acreditar el cumplimiento del requisito era apto para ello. La segunda de las consideraciones lleva consigo el examen de si dicho requisito de solvencia podría o no considerarse como restrictivo de la libre concurrencia, habida cuenta del sistema de certificación del tipo de energía suministrada, que determina que cuanto menor sea la demanda de energía de cada empresa, le resultaría más sencillo redimir energía renovable en mayores porcentajes.

La resolución del tribunal madrileño reconoce la dificultad de establecer requisitos de solvencia en relación con el fomento de la energía renovable a la vista de los medios de acreditación disponibles. Así parte de la consideración de que no es posible discriminar físicamente la procedencia de la energía y que el certificado de la CNMC no permite distinguir entre energía de origen 100% renovable y de cogeneración de alta eficiencia —puesto que ambas se contemplan conjuntamente en dicho certificado¹³, pero reconociendo a su vez que no puede por razones del contenido del certificado limitarse el contenido de la contratación. De hecho, los pliegos no limitaban la posibilidad de presentar otros certificados equivalentes u otras pruebas de medidas equivalente de garantía, posibilidad reconocida expresamente por la normativa contractual, concediéndose ante las dudas planteadas en relación a la forma de acreditación, un plazo superior para la presentación de ofertas.

En el caso de la resolución examinada se planteaba la necesidad de acreditar que la comercializadora de energía tenía la capacidad suficiente para realizar el objeto del contrato, si bien considerando que dicha capacidad en el caso de las energías renovables no puede determinarse por la relación de los principales suministros efectuados en un periodo temporal a que se refiere el artículo 83 de la LCSP, puesto que dicha capacidad depende al caso concreto del mecanismo de redención de dicha energía que a juicio del Tribunal madrileño no podía examinarse de forma aislada en cada suministro, sino en el global anual efectuado por las comercializadoras, teniendo en cuenta, como hemos indicado más arriba, que la energía que llega a cada consumidor es indistinguible de la de otros consumidores, por lo que no es posible acreditar que precisamente en un suministro x de referencia toda la energía suministrada ha sido 100% renovable¹⁴.

Ante la tesitura de no coartar la capacidad de decisión que corresponde, como sostenemos, al órgano de contratación, se planteó la posibilidad de admitir como medio de acreditación de la solvencia la etiqueta A ya que se trataba de la única manera de asegurar que las licitadoras estaban capacitadas para

13. Texto del certificado: *Durante el «año n» usted ha adquirido «X» garantías de origen, lo que se traducen en: El «X» % de su suministro procede de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.*

14. Una vez publicada la convocatoria de la licitación en el trámite de aclaraciones de los pliegos al ser preguntado el órgano de contratación sobre si «los licitadores deben acreditar el suministro de energía 100% renovable al 100% de su cartera de clientes», la respuesta ha sido «Sí».

suministrar energía 100% renovable, mediante la «certificación» que emite la CNMC relativa al mix de comercialización de cada empresa comercializadora, términos en los que se define el requisito de solvencia técnica. Se entendía así que esta etiqueta acreditaba tal capacidad a la luz de la experiencia pasada en el mercado, esto es si la empresa había sido capaz de suministrar energía con un mix determinado que la CNMC podía certificar, esta etiqueta servía como prueba del requisito.

La segunda de las cuestiones a dilucidar era la de la proporcionalidad del nivel de solvencia concretamente exigido, que el tribunal madrileño no consideró contraria al principio de libre competencia puesto que, si bien es cierto que no todas las comercializadoras podían acreditar el nivel de solvencia exigido, de acuerdo con el informe de la CNMC publicado el 27 de abril de 2017, 76 empresas comercializadoras suministraban energía 100% renovable, siendo empresas de tamaño grande, mediano y pequeño, lo que implicaba que un elevado porcentaje, concretamente el 64% de las comercializadoras, disponían del nivel de solvencia exigido.

Esta posibilidad, además, fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencias de 27 de junio de 2019, dictada en el recurso 383/2018, y de 17 de julio 2019, dictada en el recurso 540/2018, que coinciden con el criterio de la resolución recurrida, calificando este requisito de solvencia entre los vinculados a la experiencia o a la calidad de la actividad realizada en el pasado por la empresa y relacionados con el objeto del contrato y que sirven para acreditar la capacidad del licitador para prestar suministros de especiales características, en lo que hoy serían los apartados a) y f) del artículo 89 de la LCSP.

En orden a los principios aplicables a elección del método de acreditación de la experiencia, ambas sentencias avalan la posibilidad de acreditar el nivel de solvencia exigido mediante una etiqueta de tipo A; *«dicho requisito de solvencia es el que el órgano de contratación ha considerado adecuado estando relacionado con el objeto del contrato y es conforme a lo previsto en el TRLCSP, sin que pueda considerarse discriminatorio o desproporcionado por el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el Pliego. Tampoco este Tribunal aprecia que los pliegos vulneren los principios rectores de la contratación (libertad de acceso, competencia, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad), por el mero hecho de que todas las empresas comercializadoras no puedan participar en el procedimiento licitatorio. En efecto dichos principios no han de entenderse en el sentido de facilitar la participación de cualquier licitador, sino de aquellos que cumplan determinados requisitos impuestos razonable y justificadamente en función de la naturaleza y/o especialidad del objeto del contrato y en este sentido la exigencia de la certificación de la CNMC de que la energía es 100% renovable, no se considera desproporcionado o irracional atendiendo al objeto del contrato, máxime cuando, según el informe publicado el 27 de abril de 2017 por parte de la CNMC, 76 empresas comercializadoras, de tamaño grande, mediano y pequeño, suministran energía 100% renovable, por lo que tienen la solvencia requerida para participar en la licitación, por lo que no cabe alegar la existencia de discrimi-*

nación, ni infracción del principio de igualdad de trato y libertad de acceso de los licitadores. (...)».

Sin embargo, no cabe desconocer que este pronunciamiento ha resultado controvertido por otros órganos de recursos contractuales. Resulta de gran interés la Resolución 160/2018, del OARC, que examina la exigencia de acreditación del suministro de energía 100% renovable, como requisito de solvencia, desde la óptica de la garantía de los principios de la compra pública, en concreto del principio de libre concurrencia y no discriminación, que fundamenta en la peculiaridad de que al fijarse porcentualmente el requisito, se favorece a las empresas más pequeñas, con menor demanda y que por tanto pueden tener un *mix* de comercialización con mayor presencia de energía renovable o incluso con un 100% de dicha energía *«Ello supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía no procedente de fuentes renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado (...)no se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido también energía procedente de otras fuentes»*. Sin embargo, sí que parece considerar admisible el requisito si bien con un medio de acreditación distinto de la etiqueta ambiental cuando afirma que *«este requerimiento no es aceptable, pues no prueba ninguna capacidad técnica para la ejecución del contrato y, especialmente, ninguna capacidad técnica adicional o distinta de la que ya se demuestra mediante la relación de suministros previos similares a los que se pretende adquirir»*. Esto es que admite el requisito como exigencia de solvencia, pero no su forma de acreditación mediante etiqueta o Gdo.

También se ha pronunciado el OARC en la Resolución 161/2018, sobre la posible acreditación de la solvencia relacionada con la capacidad de suministrar energía 100% renovable, mediante la aportación de la etiqueta A, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid sí ha considerado apta y comprendida en el apartado f) del artículo 89 de la LCSP. Entiende el órgano que la etiqueta A no es un certificado emitido por la CNMC que pueda considerarse comprendido en el artículo 94 de la LCSP, pues no pretende acreditar el cumplimiento de una «norma» (en el sentido que a este término le da el artículo 125.2 de la LCSP) de gestión medioambiental relacionada con herramientas de la organización a la que se refiere el certificado y dirigidas a mejorar, en general, el medio ambiente.

La cuestión doctrinal parece haber sido zanjada definitivamente por la reciente Sentencia 376/2022, de 25 de abril, dictada en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 17 de julio de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 540/2018, a su vez interpuesto contra la resolución del TACPM que venimos comentando.

Considera esta sentencia que si bien la exigencia del certificado controvertido está relacionada con el objeto del contrato y que es apta y adecuada para acreditar la solvencia ¹⁵, no guarda la necesaria proporcionalidad afirmando, quizá de forma algo contradictoria con el resto de sus pronunciamientos, que exigir este requisito de solvencia retrospectivamente para el año anterior penaliza a empresas con capacidad para cumplir con la exigencia de proporcionar al Ayuntamiento toda la electricidad necesaria de origen 100% renovable en el momento de contratar y no asegura tampoco que las empresas que hayan comercializado el año anterior toda la electricidad de ese origen vayan a hacer lo mismo el año siguiente. Esta sentencia, sin embargo, lejos de aportar claridad al sistema, parece concluir que el establecimiento de este tipo de cláusula como requisito de solvencia es *per se*, desproporcionado y por tanto no es exigible en la compra pública en virtud del principio de libre competencia, abstracción hecha del caso concreto. Esto conlleva que la aplicación del requisito de solvencia examinado en la práctica sea inviable. En este punto comparto la conclusión al respecto de Juan Martínez Martínez *«Resulta paradójico y contradictorio que se admita un requisito de solvencia que resulta inane por inaplicable.»*

2.2. Posibilidades en relación con el establecimiento de criterios de adjudicación

La virtualidad última de los criterios de valoración es la selección de la oferta con mejor relación calidad— precio lo que implica ponderar ambos elementos de la oferta. Ahora bien, surge la primera cuestión de qué debemos entender por calidad. Si atendemos a la norma ISO 9000:2015, calidad es «el grado en el que un conjunto de características inherentes de un objeto cumple con los requisitos (necesidad o expectativa establecida, generalmente implícita u obligatoria)». de

15. (...) «además de la acreditación de solvencia escogido de entre los previstos por la Ley (art. 77.1.a LCSP), el Pliego de cláusulas administrativas añade la exigencia de una certificación emitida por la CNMC de que la energía suministrada es de origen 100% renovable, exigencia que no hay inconveniente en considerar como otro requisito de solvencia técnica que se corresponde con la finalidad del Acuerdo marco. Pues bien, aun no siendo la CNMC un órgano de los comprendidos en el artículo 93 de la Ley de Contratos del Sector Público y en el RICSI, es precisamente el órgano legamente competente para certificar el origen de la electricidad, tanto si se trata de la garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes renovables o de cogeneración de alta eficiencia (según la Orden ITC/1522/2007, modificada por la IET/931/2015, a la que se refiere el Pliego) como si se trata del etiquetado de la electricidad regulado en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de la Energía. Este último medio de acreditación es el procedimiento que tanto el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid como la sentencia de instancia entendieron aplicable al caso por ser el único procedimiento que acredita el origen 100% renovable, pese a que el Pliego se refiera a la citada Orden 1522/2007, la cual comprende también la energía de cogeneración de alta eficiencia. Y lo que es indubitado es que la exigencia de acreditación del origen renovable de la electricidad por parte de la CNMC, legalmente competente para ello, no infringe ninguna de las normas alegadas por la mercantil recurrente en este motivo, aunque la CNMC no se ajuste a la naturaleza de los órganos verificados de calidad contemplados en el artículo 93 de la Ley de Contratos del Sector Público y 4 del RICSI.»

manera que la calidad entronca con la definición del objeto del contrato ex art. 28 LCSP.

En una acepción más relacionada con la selección de bienes y servicios, la calidad implica la aportación de valor. Este es el paradigma a tener en cuenta a la hora de seleccionar criterios de adjudicación relativos a la calidad para determinar la oferta con mejor ratio entre esta y el precio, partiendo de la consideración de que no hay que confundir precio con valor.

En la selección de los criterios a establecer se reconoce un amplio poder de discrecionalidad al órgano de contratación siempre que tales criterios sean tendentes a la obtención de servicios de mejor relación calidad precio, y cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 145 de la LCSP matizados por la doctrina y la jurisprudencia. Esto es deben ser objetivos en el sentido de aplicables a todas las ofertas, relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja que redunde en beneficio de la entidad adjudicadora. Obviamente estas características deben estar presentes cuando el criterio que se trata de establecer es el del suministro de energía renovable, tanto en su totalidad como criterio dicotómico, como de forma graduada en función del porcentaje ofertado sobre el total de este tipo de energía.

De cara al análisis de las posibilidades de establecimiento de este criterio, tan importante como la selección del criterio de adjudicación es la elección de su forma de acreditación. Así por ejemplo la RTACRC 1234/2020, de 13 de noviembre, si bien no referida al suministro de energía, plantea la adecuación a derecho del criterio establecido, pero no la idoneidad de la forma prevista para su acreditación.

Es elemental la consecuencia de que, si los criterios de adjudicación deben aportar valor a la oferta, deben referirse a la misma y no a las características de la empresa, que en su caso podrían considerarse como criterios de solvencia, a los que ya nos hemos referido. Por tanto, para que un criterio de adjudicación aporte valor en primer lugar debe por tanto estar referido a elementos de la oferta y no de la empresa, sin perjuicio de los criterios de desempate recogidos en el artículo 147 de la LCSP, que más que a condiciones de la oferta se refieren a las condiciones de la empresa. Ello determina que el criterio seleccionado debe proyectarse sobre la fase de ejecución del contrato, tal y como señalaba el TACPCM en Resolución 291/2017, de 11 de octubre. En relación con la forma de su acreditación, al igual que ocurre con la configuración del requisito como una exigencia de solvencia, el problema surge a la hora de determinar el modo de efectuarla. Así queda de relieve en la RTACRC 1148/2017 de 1 de diciembre cuando anula los pliegos de un contrato de suministro de energía que establecía como criterio de adjudicación haber comercializado en los tres años anteriores únicamente energías renovables, concluyendo que 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

Estos fueron los elementos que llevaron al Tribunal Madrileño de contratación pública a anular la convocatoria del mismo Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos

del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, mediante la Resolución 256/2017, de 19 de septiembre. En dicha convocatoria el pliego de cláusulas administrativas particulares introducía un criterio de adjudicación que ponderaba el etiquetado de electricidad del licitador en cuanto a emisiones de CO², primando la energía con menos emisiones (titulares de la etiqueta A con 5 puntos, de la etiqueta B con 2 puntos y de la etiqueta C con 1 punto).

En ese momento, el Tribunal consideró que no podía admitirse como criterio de adjudicación el etiquetado de la CNMC por tratarse de una característica subjetiva de la comercializadora con independencia de la energía a suministrar en ejecución concreta del contrato, y no relativa a la oferta, que, por lo tanto, no cumplía con su cometido de aportar valor a la compra pública.

Podríamos decir a efectos dialécticos, que esta resolución es el reverso de la resolución más arriba comentada del mismo tribunal que sí admitía el requisito como una cuestión de solvencia. Esta alternativa que llevó a admitir el requisito de una forma más extrema y transversal —puesto que los niveles de solvencia son obligatorios, frente a los criterios de adjudicación que de no cumplirse solo implican la asignación de menor puntuación—, se produjo, como venimos señalando por la dificultad de acreditar la procedencia de la energía el momento en que dicha acreditación se exigiría. Efectivamente tratándose de criterios de adjudicación solo cabe apreciar su cumplimiento en la ejecución del contrato, en cierto modo *«a toro pasado»*, siendo así que lo que el poder adjudicador requería era una justificación que deberían aportar los licitadores, luego se trataba de una acreditación previa incompatible con el propio concepto de criterio de adjudicación en este tipo de contratos.

En esta misma línea el TARCYYL en la Resolución 35/2018, de 9 de mayo, estima el recurso contra los pliegos de un acuerdo de marco de suministro de energía eléctrica partiendo de la consideración de que tal criterio de adjudicación no contribuye a lograr el objetivo medioambiental pretendido con el fin de determinar la oferta económicamente más ventajosa ya que no se está valorando el origen de la energía a suministrar o la incidencia de las emisiones de CO² que concretamente sean objeto de oferta, sino el origen de la energía ya suministrada en el pasado por la comercializadora. En el mismo sentido las RTACRC 1185/2017, de 15 de diciembre, o 684//2020 de 19 de junio, con cita de la RTACPCM 256/2017, aplican el mismo criterio, anulando un criterio de valoración consistente en el suministro de energía de origen renovable, valorable según acreditación expedida por la CNMC para garantías de origen de energía renovable, que atiende no a la energía que la empresa vaya a suministrar en ejecución del contrato, sino al mix de comercialización de ejercicios anteriores. A todo ello cabe añadir, como señala la RTACRC 1148/2017, que hay que tener en cuenta 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.

Por otro lado, cabría plantearse la objetividad del criterio de adjudicación en tanto en cuanto, *prima facie* parece tratarse de un criterio que favorece a

empresas comercializadoras pequeñas (de más reciente creación) respecto del resto de las empresas comercializadoras o grandes empresas. La diferencia está en su *mix* de energía o mezcla de energía que luego es objeto de venta, así las pequeñas empresas pueden nutrirse de energías 100% renovables al tener menos demanda que atender (es decir, compran poca energía, pero renovable) y por eso tiene la calificación A y, así, según van adquiriendo la energía de otras fuentes diferentes, su porcentaje de emisión de CO² va aumentando y van bajando las diferentes categorías hasta llegar a la G (la que más emisión de CO² tiene). Cuantos más clientes tenga la empresa comercializadora, su mix de energía es más variado lógicamente ya que, como señalamos, es posible que no puedan atender toda la demanda con energía renovable y eso hace que casi ninguna de las grandes empresas comercializadoras tenga etiqueta A, porque tienen muchos clientes y necesitan proveerse de otras fuentes de energía adicionales a las renovables. Esto no obstante en los informes de la CNMC de los que hemos dado cuenta más arriba resulta que hay un número significativo de comercializadoras que podrían acreditar este criterio de adjudicación. Esta objeción sin embargo, no tiene cabida a mi juicio, a la vista de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto en la clásica Sentencia de 17 de septiembre de 2002, C- 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab cuando concluye que el hecho de que sólo un número reducido de empresas pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato. A ello cabe añadir que las empresas tienen libertad para establecer su estructura de manera que puedan atender a ambas posibilidades, consumidores masivos con gran demanda conjunta o consumidores individualizados y selectivos del tipo de energía que consumen—, potenciando la oferta de energía renovable al traccionar la demanda de la misma.

Por último, tal y como resulta de la RTACRC 1148/2017, de 1 de diciembre, con carácter general es posible la interacción de las condiciones especiales de ejecución y alguno de los criterios de valoración compartiendo una idéntica finalidad estratégica, 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, y las segundas permitan una mayor valoración de las proposiciones que ofrezcan mejoras de esos niveles obligatorios, esto es que se permita valorar como un plus el exceso del cumplimiento del requisito por encima de los mínimos que implica la condición especial de ejecución, incluso el nivel de solvencia, exigibles a todos los licitadores.

2.3. Posibilidades en el establecimiento de prescripciones técnicas obligatorias y condiciones especiales de ejecución

Una última posibilidad que analizar en relación con el suministro de energía renovable es su exigencia como prescripciones técnicas o condiciones esenciales de ejecución que puede conllevar penalizaciones.

Las prescripciones técnicas constituyen el conjunto de prestaciones que delimitan el contenido obligacional del contrato, definidas en sus distintos elementos obligatorios en los términos descritos en el artículo 125 de la LCSP. Si estas obligaciones específicas quedan referidas a la fase de ejecución del contrato, podemos estar en presencia de condiciones especiales de ejecución. Podría pensarse que las relaciones especiales de ejecución son especialmente aptas para implementar este tipo de cuestiones estratégicas que venimos analizando puesto que 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 enumeran en el artículo 202. Así se desprende también de las distintas guías elaboradas por la Unión Europea, en las que se propone establecer en los pliegos cláusulas de contenido ambiental de carácter estratégico a través de condiciones especiales de ejecución.

A su vez tanto las prescripciones técnicas como las condiciones especiales de ejecución, encuentran unos límites en los que deben enmarcarse en los artículos 126 y 202 de la LCSP.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 1148/2017, de 1 de diciembre admitió esta posibilidad, centrada en su conexión con el objeto del contrato *«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»*. Posibilidad también admitida por el TACPCM en su Resolución 256/2017, de 19 de septiembre.

Sin embargo en la RTACRC 638/2020, de 28 de mayo, el recurso resulta estimado en relación con la forma de acreditación del requisito, cuestión sobre la que no se pronuncia específicamente la resolución anterior, aplicando los mismos parámetros de legalidad que para los criterios de adjudicación, y señalando que *«el certificado exigido emitido por la CNMC en relación con la energía suministrada en el ejercicio anterior no guarda relación directa con el objeto del suministro, por lo que siendo procedente anular tal forma de acreditar el criterio de adjudicación y la condición especial de ejecución del contrato, no es posible reconocer la infracción del ordenamiento jurídico que enervaría la eficacia del allanamiento expresada por el Órgano de Contratación en su informe (artículos 145.2º y 6º y 202 de la LCSP). La utilización de energía procedente de fuentes de energía renovables durante la ejecución del contrato, como condición especial de ejecución del contrato, tal y como pretende expresar el informe del Órgano de Contratación debe estar vinculada al objeto del contrato; entendiendo que esta vinculación existe cuando se refiera o integre la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y por ello porque, de otro modo, se estaría lesionando el principio de igualdad de trato dando lugar a una discriminación entre las ofertas»*.

IV. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Si algo resulta claro en el análisis de las posibilidades de implementación de cláusulas estratégicas de fomento del uso de energías renovables, como tractor de la oferta en el mercado, es la falta de una interpretación común respecto de algunas de las cuestiones que dicha implementación lleva plantea¹⁶. Esta falta de unidad sin embargo no afecta a todas las cuestiones examinadas, puesto que en algunas de ellas existe ya una cierta doctrina consolidada. Específicamente es el caso de la delimitación doctrinal de la posibilidad de establecer como forma de acreditar el criterio de adjudicación consistente en el suministro de energía renovable en ciertos porcentajes o en su totalidad, el certificado o las etiquetas emitidos por la CNMC, en su consideración de documentos acreditativos de la capacidad de la empresa en el pasado, pero sin fuerza probatoria alguna respecto del nivel de suministro ofertado.

Mayor grado de disidencia se produce en cuanto a la posibilidad de acreditar los niveles de solvencia exigidos en relación con el suministro de energía procedente de fuentes renovables, mediante las etiquetas que expide la CNMC. Si bien esta posibilidad había sido aceptada por el TACPM y el TARCYYL, así como por el TSJM, el Tribunal Supremo la ha desechado desde el punto de vista de la proporcionalidad.

Sentadas las posiciones de los distintos operadores jurídicos y económicos en la cuestión, no parece que vaya a haber un cambio de escenario a corto plazo, respecto de algunas de estas posibilidades, sin perjuicio de algún pronunciamiento judicial que establezca las bases y parámetros de la aplicación de este tipo de cláusulas, sin perder de vista que no puede cercenarse la potestad de las entidades que conforman el sector público en su condición de poderes adjudicadores, de aplicar aquellas políticas que consideren pertinentes dentro de los límites de los principios generales de la compra pública y de la suficiencia presupuestaria y eficiencia en el gasto.

Esta necesidad de clarificación es perentoria si se consideran las Agendas de objetivos para el año 2030, por ejemplo, la agenda de la Unión Europea 20-30 sigue centrada en el consumo más eficiente y con menos emisiones de Co² de energía, en este sentido Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030 insiste en que «debe potenciarse la búsqueda de fuentes de energía renovables que sean viables». ¹⁷

En cuanto al tratamiento normativo de la cuestión, la normativa nacional en la materia se encuentra segmentada y marcada por implicar la aplicación de una política continuista o de evolución, no en vano hablamos de «transición» energética.

16. En este sentido ver el Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020 OIRESCON. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación. (marzo 2022): «La inclusión de este tipo de criterios, especialmente los de carácter socio-laboral, ha implicado una especial complejidad para los órganos de contratación, en tanto que su adecuación o no a derecho no resultaba de interpretación clara y unánime».

17. <https://www.consilium.europa.eu/media/30761/qc3210249esc.pdf>

tica, que evoluciona en el tiempo y que comporta el avance normativo de forma paulatina en función de los objetivos marcados recogidos en los distintos planes nacionales de energía.

Tal y como ha ocurrido en otros sectores, en que la normativa reguladora de los productos de que se trate ha ido imponiendo obligaciones o prohibiendo determinados componentes en aras a la consecución de objetivos ambientales, la culminación final del proceso podría llegar a implicar la sustitución de la actuación estratégica por el cumplimiento de la normativa sectorial de que se trate, en cuyo caso no se precisaría atender a los condicionantes, requisitos y medios de acreditación que en la actualidad dificultan o ponen en cuestión la efectividad de la exigencia (bajo la modalidad que sea) del suministro de energía renovable.

V. BIBLIOGRAFIA

- LAZO, XIMENA. Cambio Climático y contratación pública. Novedades del Proyecto de Ley de cambio climático y transición energética. Observatorio de contratación Pública, 3 de julio de 2020.
- FERNANDEZ RUIZ, Begoña y MARTINEZ MARTINEZ, Juan Solvencia para la contratación de energía eléctrica 100% renovable. Observatorio de contratación Pública, 25 de mayo de 2022.
- OIRESCON Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación. (marzo 2022).

LA PARADOJA DE EJECUTAR LOS FONDOS NEXT GENERATION EU (NG) Y NO CAUSAR DAÑO AL MEDIOAMBIENTE*

Teresa Moreo Marroig

Presidenta del Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de las Illes Balears.
Exinterventora Delegada Intervención General
Comunidad Autónoma Illes Balears

Sumario: I. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN ESPAÑA ES UNA ASIGNATURA PENDIENTE. II. PRINCIPALES CAUSAS Y MEDIDAS QUE PUDIERAN ADOPTARSE. III. NEXT GENERATION-EU: INSTRUMENTO DE RECUPERACIÓN DE LA UE PARA APOYAR LA REPARACIÓN TRAS LA CRISIS DE LA COVID-19. IV. EL PRINCIPIO DNSH. V. LA PARADOJA DE EJECUTAR LOS FONDOS NG Y NO CAUSAR UN PERJUICIO SIGNIFICATIVO AL MEDIO AMBIENTE. VI. LA ESTRATEGIA DE CONTROL EN EL PRTR. VII. EL CONTROL DE LA INTERVENCIÓN COMO UN VALOR AÑADIDO. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN ESPAÑA ES UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Realizar un adecuado control de la ejecución de los contratos suele ser la asignatura pendiente de la mayoría de los poderes adjudicadores y una de las principales vías de fraude, pero, la corrupción no es el ecosistema natural donde se mueve la contratación pública. Hay otras muchas causas que inciden en un deficiente control. Unos pliegos mal diseñados, el cambio de perfil profesional de las personas que hacen el seguimiento de la fase de ejecución respecto a que

* Este trabajo está cerrado a 23 de agosto de 2022

se ocuparon de la licitación y adjudicación y, en algunos casos, el desinterés del poder político de querer controlar son algunos de los factores que impiden alcanzar un nivel óptimo de eficiencia en la contratación pública.

Los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad e integridad son instrumentos que coadyuvan a la consecución de la gestión eficiente pero no son en sí mismos suficientes. Solo ejecutado el contrato se podrá analizar si las decisiones adoptadas en la proyección, preparación, licitación y adjudicación fueron las adecuadas en términos de eficiencia. Con la elaboración de los pliegos, que representan la idea, se inicia una carrera de obstáculos que culmina con la ejecución del contrato. Cuando se reciba y liquide sabremos si «la idea» que se diseñó en los pliegos y la realidad de su ejecución compaginan; en definitiva: si la proyección del negocio ha sido correcta y se han alcanzado todos los fines de la contratación, tanto materiales como estratégicos.

La principal obligación de la Administración en un contrato es el pago del precio, pero, cuando la empresa presenta una factura, la Administración no puede sin más reconocer la obligación y abonarla. Antes deberá constatar que no debe aplicarse deducciones como resultado de una ejecución defectuosa o tardía y, en los supuestos de precios provisionales, verificar los niveles de cumplimiento de los índices de calidad o comprobar se han obtenido los resultados pactados, en los contratos de riesgo compartido. Esta es la principal arma que dispone la Administración para controlar la correcta ejecución del contrato.

El equilibrio entre prestaciones es un principio fundamental de todo contrato. Una vez formalizado, el contrato deberá cumplirse a tenor de sus cláusulas y el contratista debe pechar con las consecuencias del riesgo inherente a su correcta ejecución, mientras subsistan determinadas circunstancias. Esta obligación solo debería ceder en aquellos casos en que el cumplimiento devenga excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio o sus condiciones y romper el equilibrio económico de las partes¹.

Los órganos de control interno y externo han puesto de manifiesto de manera recurrente la importancia de velar por la obtención de resultados. El Tribunal de Cuentas Europeo ha venido advirtiéndolo que la gestión del gasto de la UE no es aun suficientemente satisfactoria en términos generales. Según los auditores, se concede prioridad a gastar los fondos disponibles («se usan o se pierden») y no a conseguir buenos resultados. En nuestro país, el Tribunal de Cuentas de España y el resto de OCEX también denuncian falta de control en la ejecución. Recomiendan en sus informes que se lleve a cabo un seguimiento cercano de la

1. Un ejemplo muy significativo se está viendo en la actualidad con la subida de los precios de las materias primas que ha motivado la necesidad de regular la revisión extraordinaria de precios, en los términos del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

ejecución de los contratos para asegurar que esta se ajusta a las necesidades que la motivaron. Estas deficiencias se agudizan en la contratación de emergencia para atender las necesidades derivadas de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria causada por el COVID-19².

La Administración tiene la obligación de hacer cumplir a la empresa en los términos presentados en su oferta, pero por su parte, el contratista aplicará en la ejecución del contrato los principios constitutivos de la libertad de empresa, entre los que destaca la maximización del beneficio empresarial. El desafío es importante. ¿Quién ganará este reto? ¿Por qué la Administración es tan amble, a veces, con el contratista? ¿Quiénes son los responsables del cumplimiento correcto del contrato?

II. PRINCIPALES CAUSAS Y MEDIDAS QUE PUDIERAN ADOPTARSE

Es importante recordar a los gestores que, en materia de control de ejecución del contrato, no existe vacío legal en la normativa española. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) dedica diez artículos a esta materia y el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas destina cuarenta artículos, solo a la ejecución del contrato de obras. El origen del deficiente control de la ejecución del contrato se encuentra básicamente en una displicente actitud de los responsables finales de su control: el poder político que no lo considera importante. No hay una cultura del control de los contratos. El contrato se adjudica y se entrega al contratista. No se adopta las oportunas medidas para dotar a los servicios de medios técnicos y humanos suficientes. El contrato se va ejecutando y no pasa nada, hasta que se enciende el semáforo rojo de la «descertificación» con el correspondiente retorno de fondos recibidos y se exige responsabilidad política a los gobernantes.

Haciendo un análisis de raíz para descubrir las causas de este problema, la aguja señala en primer lugar a la preparación del contrato y a la elección de los personajes que van a intervenir en su ejecución. La definición del objeto, su correcta presupuestación y la perfecta definición de las obligaciones que asume la empresa adjudicataria durante su ejecución significa un gran reto para el órgano de contratación, especialmente en un entorno de complejidad como es el que estamos viviendo en esta era de postpandemia. Si en algunos casos el control de contratos recurrentes, como la limpieza, la seguridad o el mantenimiento, ofrece tantas carencias, ¿qué sucederá con contratos complejos como son los servicios de inteligencia artificial? ¿Los funcionarios que preparan el contrato tienen mérito y capacidad para saber si la actuación presenta riesgo y prever los

2. Como muestra, el Informe 1.452 del Tribunal de Cuentas de España, de 28 de octubre de 2021, de Fiscalización de los contratos tramitados de emergencia por los ayuntamientos de los municipios con población superior a 300.000 habitantes para atender las necesidades derivadas de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria causada por el Covid-19.

vehículos jurídicos que den solución a controversias contractuales futuras? Probablemente no.

El control de la ejecución del contrato no puede llevarse a cabo si no se ha definido correctamente su objeto. Los pliegos confusos, profusos y difusos presentan alto riesgo para su control. La primera misión consiste en definir el objeto y calcular su valor. Si el contrato está mal presupuestado es muy probable que haya una mala ejecución. La política pública no es una política de ahorro. Como expresa el dicho popular: «No es posible comprar merluzas grandes de poco peso». Pero ¿cuánto valen las cosas? Es necesario crear en las Administraciones una oficina de costes que asesore a las unidades de contratación en contratos complejos. Los acuerdos de riesgo compartido y el pago por resultados son dos herramientas de control a considerar. La Intervención, dentro de sus funciones, puede jugar un papel importante ejerciendo una dirección jurídica inicial en todos los aspectos presupuestarios y financieros, además del control de legalidad que analizaré en el último apartado de este trabajo.

No se podrán alcanzar los objetivos que impone una contratación eficiente y estratégica si las obligaciones de calidad, sociales, medioambientales o de innovación que se incluyen en el contrato y a las que se comprometió el licitador en su oferta se incumplen. Hay herramientas para evitarlo. Algunas de estas obligaciones (la adscripción de medios concretos y las condiciones especiales de ejecución, la subcontratación, la obligación de subrogación...) se encuentran blindadas en la LCSP al imponer al órgano de contratación la obligación de establecer penalidades en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y aplicarlas en caso de incumplimiento. En cualquier caso, en los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, se debe exigir al contratista la indemnización por daños y perjuicios.

Existe amparo legal pero el pliego debe proporcionar agilidad para practicar un exhaustivo seguimiento de la calidad técnica, social y ambiental de la ejecución contractual. Se deben eliminar trámites innecesarios y centrarse en definir los indicadores de calidad de ejecución y cumplimiento a partir de los cuales el responsable del contrato pueda ejercer sus funciones.

Una de las causas determinantes del deficiente control es el cambio de perfil profesional de las personas que se ocupan de la fase de ejecución, respecto a que se ocuparon de la licitación y adjudicación. Esta fase transcurre por un sendero formal jurídico, controlado por los Servicios jurídicos y por la Intervención. Sin embargo, una vez formalizado el contrato no se sabe muy bien por donde discurre. El perfil profesional de la persona que lo controla, en el mejor de los casos, es conocedor a fondo de la materia contratada, pero en muchas ocasiones carece de formación jurídica. Por ejemplo, el técnico que dirige el contrato para la innovación y transformación digital de los servicios de una Administración desconoce qué es y cómo se aplica una penalidad o ignora cómo debe actuar en caso de solicitud de prórroga por desabastecimiento.

Es de suma importancia la adecuada selección de la persona a la que corresponderá supervisar la ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. De acuerdo con la LCSP, el responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o no. No existe una reserva legal de estas funciones al personal funcionarial, sin embargo, para la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su cometido, estas tareas deberían ser encomendadas funcionarios de carrera capacitados. Con la excepción del contrato de obras, el perfil profesional de esta figura está por definir. En algunos se designa a un funcionario del cuerpo general y otros casos del cuerpo facultativo. Es muy importante que haya participado en la preparación de los pliegos para que la ejecución de sus cláusulas no le resulte ajena y sepa interpretar su finalidad. El responsable del contrato debe disponer del apoyo necesario para el ejercicio de sus funciones, teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de las prestaciones. A tal efecto, puede contar con la colaboración de una unidad encargada del seguimiento de la ejecución del contrato o con un comité técnico designado por el órgano de contratación o bien, si no se cuenta con medios suficientes y adecuados, se debería contratar una asistencia externa.

Los pliegos deben establecer herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo la función de control que ejerce el responsable del contrato, que incluye las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato. Se debe levantar acta de cuantas incidencias se produzcan y aplicar las penalidades que estén previstas en el contrato. Si pudiendo actuar no actúa, la responsabilidad en primer término es del responsable del contrato. Puede ser motivado por la inadecuada designación de la persona o por la falta de un programa de trabajo, debido a la ausencia de concreción en el PCAP del modo en que debe ejercer sus funciones.

La vinculación excesiva de lo político a lo técnico es otra de las causas a considerar. En ocasiones, la responsabilidad traspasa este escenario técnico y recae en último plano en el titular del órgano de contratación, cuando una minuciosa labor del responsable del contrato apunta a graves incumplimientos que no se solucionan con la imposición de penalidades y se ve ante la decisión de tener que resolver el contrato por incumplimiento del contratista, con el grave perjuicio que supone para el interés general. ¿Está obligado a resolver? ¿La decisión del órgano de contratación se adoptará bajo el principio de integridad y al margen de las presiones de la empresa? El tiempo es un factor determinante en la toma de decisiones. Alargar mucho este tiempo juega siempre a favor del contratista porque le permite prepararse mejor frente a un proceso de impugnación ante el orden jurisdiccional correspondiente.

III. NEXT GENERATION-EU: INSTRUMENTO DE RECUPERACIÓN DE LA UE PARA APOYAR LA REPARACIÓN TRAS LA CRISIS DE LA COVID-19

El 14 de diciembre de 2020, el Consejo Europeo adoptó el Reglamento (UE) 2020/2094 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, conocido como Next Generation EU (NG). Este instrumento consiste en un conjunto temporal de medidas (préstamos y ayudas directas) para financiar las reformas e inversiones que se lleven a cabo en los Estados miembros, con el objetivo de impulsar la economía tras la crisis de la pandemia y sentar las bases para una Europa cohesionada, ecológica, digital y resiliente.

Se trata del mayor paquete de estímulo jamás financiado, acordado por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y los dirigentes de la UE, basado en un endeudamiento europeo mancomunado. En valores de hoy día, la cantidad global movilizada a través del NG es doce veces más de lo que supuso el Plan Marshall para reconstrucción de Europa³. 750.000M€, que junto con al Marco Financiero Plurianual dotado con 1.074.300 M€ suman un total de 1.824.300 M€.

Dentro del instrumento NG se costean diferentes programas con cargo a distintos fondos. Una parte muy importante del NG —representa el 98.66%— lo constituye el Mecanismo Europeo para la Recuperación y Resiliencia (MRR). Está dotado con 672.500M€ y se debe destinar a actuaciones estructuradas en seis pilares: transición ecológica, transformación digital, crecimiento inteligente, sostenible e integrador, cohesión social y territorial, salud y resiliencia económica, social e institucional y políticas para la nueva generación. El periodo para llevar a cabo las reformas e inversiones va de febrero de 2020 a diciembre de 2026. Un porcentaje importante de estos fondos llegará a las empresas a través de los contratos públicos.

Se trata de un fondo especial cuyas reglas para su ejecución vienen establecidas en el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. En dicho reglamento se establece que el MRR no sustituirá gastos presupuestarios nacionales ordinarios y solo apoyará aquellas medidas que respeten el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente.

Para poder acceder a estos fondos los Estados miembros han tenido que elaborar su plan de recuperación y resiliencia nacional, con las reformas e inversiones que van a llevar a cabo para alcanzar los objetivos establecidos. En este entorno, el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021 aprobó el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Español (en adelante PRTR), que fue enviado para su revisión a las instituciones europeas. El 16 de junio el Consejo Europeo adoptó la Decisión de ejecución relativa a la aprobación de la evaluación del PRTR (CID). El 13 de julio los 27 Estados miembros dieron su visto

3. Enoch Albertí i Rovira. Uns fons d'alt impacte. Introducció a la secció monogràfica «Els fons europeus Next Generation EU: Reptes per a les administracions Públiques. Revista Catalana de Dret Públic.

bueno y, finalmente, en noviembre de 2021 la ministra española y el representante de la Comisión firmaron el Acuerdo de financiación. El importe que corresponde a España por el MRR, en forma de ayuda no reembolsable, era, en principio, de 69.512,59M€.

Esta cifra inicial se ha visto incrementada. España recibirá más dinero por ayudas directas porque, según los nuevos cálculos de Bruselas, la cifra total subirá hasta 77.430M€ por ser España el país cuya economía ha salido con menos fuerza de la crisis de la pandemia y este criterio ha sido definitivo a la hora de calcular el reparto definitivo del MRR. Con el fin de articular el uso de los nuevos fondos y realizar la petición de los créditos, el Gobierno prepara una adenda al PRTR que incluya nuevos proyectos de inversión y reformas, a propuesta de los Ministerios y de las comunidades autónomas. Ahora sí parece que las comunidades podrán participar en las decisiones, enmendando una forma desmesuradamente centralizada que ha presidido la elaboración del PRTR y su gestión.

El proceso de libración de fondos ya se inició en España en 2021 con un desembolso de 9.039M€ en concepto de anticipo del total asignado. Fue el único país que solicitó y justificó dicho anticipo. Durante el 2022, la Comisión Europea ha desembolsado un primer pago semestral de 10.000M€, vinculado al cumplimiento de los hitos y objetivos alcanzados en el periodo desde febrero de 2020 hasta junio de 2021 y un segundo pago de 12.000M€, por el cumplimiento de 40 hitos y objetivos (31 hitos y 9 objetivos) a lo largo del segundo semestre de 2021. La sucesión de desembolsos continuará realizándose semestralmente entre los años 2022 y 2026.

Es importante aclarar que si nos referimos a los fondos que financian el PRTR nos referimos exclusivamente al MRR. El MRR financia las reformas e inversiones del PRTR y tiene unas reglas de gestión diferentes al resto de fondos europeos. Cuando se habla de fondos europeos en general, se entiende todos los fondos que destinará la UE a financiar actuaciones de los Estados miembros dentro del Marco financiero plurianual 2021-2027. En este paquete, además del MRR, se incluye otros fondos entre los que destaca la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (en adelante REACT-EU)⁴, que no es un fondo especial en sí mismo, sino que consiste en destinar 47.500M€, en precios de 2018, como fondos adicionales que se suman a las dotaciones existentes para 2014-2020 del Fondo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas más desfavorecidas (FEAD). Estos fondos deben ejecutarse en tres años y su mecanismo ya es conocido por los gestores porque es el habitual de los programas operativos.

4. Vid Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT UE)

Sin embargo, el MRR constituye una nueva forma de gestión y de control. Se trata de una herramienta que rompe los esquemas para los gestores habituados a recibir fondos europeos. A diferencia de los fondos que nutren el REACT-EU, que se gestionan de manera compartida con los Estados miembro, en el MRR no existe organismo intermedio, sino que se trata de una gestión directa de la Comisión.

Los desembolsos del MRR que haga la Comisión a España no serán por gasto realizado sino por el cumplimiento de hitos y objetivos críticos e irá acorde con las reformas reales. En este fondo, el cumplimiento de los hitos y objetivos desplaza la forma habitual de certificar las inversiones en la gestión de fondos europeos, que es a través del gasto. Los Estados miembros deben garantizar el funcionamiento de un sistema eficaz y eficiente que garantice el control sobre la fiabilidad de los hitos y objetivos, evite las irregularidades relativas al fraude, la corrupción, el conflicto de intereses o la doble financiación y garantice el respeto al principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH).

Otro aspecto importante para señalar, que supone una diferencia importante del MRR respecto a los fondos estructurales y de inversión, es que no está definido un ámbito de elegibilidad sino una vinculación total de la financiación del PRTR al cumplimiento de hitos y objetivos. No se concretan los gastos elegibles. Esto ha hecho que cuestiones esenciales como es la financiación del IVA/IGCI o de asistencias técnicas de apoyo a las inversiones con fondos MRR hayan sido objeto de debate durante casi dos años, hasta que finalmente, en lo que respecta al IVA/IGIC, la Comisión hay dado una respuesta. Muestra de ello es la Nota que publicó el 9 de marzo de 2022 el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo relativa a novedades en la ejecución de los programas del PRTR, aclarando que se ha obtenido respuesta concreta a la consulta planteada en el sentido que el IVA/IGIC pasa a considerarse gasto reconocido en el plan o proyecto en el cumplimiento de hitos y objetivos y, en consecuencia, se modifican todos los instrumentos normativos adoptados hasta la fecha con cargo al PRTR para que todos los programas incluyan esta eventualidad. Es de suponer que los demás departamentos ministeriales harán lo propio, aunque alguno ha mantenido que el IVA/IGCI no es subvencionable⁵.

Las disposiciones nacionales para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia están recogidas en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PRTR. Esta norma se desarrolla en dos órdenes ministeriales: la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR y la Orden

5. Por ejemplo, la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para el Programa de ayudas a municipios para la implantación de zonas de bajas emisiones y la transformación digital y sostenible del transporte urbano, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se aprueba y publica la convocatoria correspondiente al ejercicio 2021.

HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a suministrar (en adelante, OOMM).

Algunas comunidades autónomas han aprobado su propia normativa para agilizar y simplificar la ejecución de los fondos destinados a financiar el PRTR. Con todo, la toma de decisiones se encuentra en el poder central (Presidencia de Gobierno y Ministerios) que fue quien diseñó y formuló el PRTR y que es quien determina sobre el reparto de los fondos, sin que los diferentes ejecutivos autonómicos tengan ninguna capacidad de decisión. Tampoco hay participación del mundo local. Todas las decisiones caen en una misma instancia administrativa. Habría sido muy recomendable que España hubiera seguido los pasos de otros Estados descentralizados, como Alemania, que tuvo en cuenta a sus *länder* para la elaboración del Plan. No se trata de una pugna por el poder. La centralización presenta ventajas e inconvenientes. La gestión se agiliza, pero las decisiones se toman a mucha distancia de quienes deben ejecutarlas y, en algunos casos, sin tener en cuenta las particularidades de cada territorio.

En cuanto a la co-gobernanza, el Estado presupuesta en el Servicio 50 de sus Presupuestos los fondos MRR y los ejecuta a través de diferentes instrumentos jurídicos. Las convocatorias de subvenciones representan un importante porcentaje, también los contratos o convenios que formaliza el Estado, pero, una parte muy significativa se realiza a través de la Conferencia Sectorial que convoca cada Ministerio u otro organismo similar como, por ejemplo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En estos foros, a los que asisten las Comunidades Autónomas, se les asigna un importe para llevar a cabo cada actuación y alcanzar determinados hitos y objetivos. Puede ocurrir que sea la propia Comunidad Autónoma la competente para ejecutar el proyecto, con lo cual la gestión se simplifica o que, por el contrario, deba ser ejecutado por una entidad local que es quien tiene atribuida dicha competencia, como ocurre en el caso de los Consejos Insulares en Baleares. Ahí entran en juego diversos actores y cada uno deberá ser responsable de su actuación. No se trata solo de transferir el dinero como una «patata caliente» que va de Administración a Administración. La ejecución del presupuesto del Estado no garantiza la ejecución del PRTR y, además, este sistema encadenado en el que el dinero viaja de un lado a otro —de entidad ejecutora a «entidad ejecutora»— complica enormemente el sistema integrado de información y seguimiento (¿Cuántos DACI se van a llegar a firmar?) y, sobre todo, diluye la responsabilidad.

El flujo de decisión, la planificación operativa, va de arriba abajo, pero el flujo de ejecución, información y control va de abajo a arriba. En la cúspide de la pirámide se encuentra la Autoridad Responsable, que es la Secretaría General de Fondos Europeos del Ministerio de Hacienda y Función Pública. En la base, los órganos gestores y las entidades ejecutoras que finalmente ejecutan la actuación. Se prevé la implicación de un amplio abanico de actores que hace necesario establecer una escalera en pirámide para la información y el control. Para ello se crea un sistema integrado de información y seguimiento, el CoFFEE-MRR, que será alimentado por todos y cada uno de los órganos gestores y entidades ejecutoras, que son responsables de extremo a extremo del cumplimiento de los

hitos y objetivos y del resto de obligaciones que le atribuyen las OOMM. A pesar de que ambas normas contienen un glosario de términos y definiciones, la densidad de su contenido, incluido los anexos, requiere una lectura profunda para la asimilación de unos términos, conceptos y procedimientos que para algunas Administraciones ejecutoras resultan totalmente ajenos y más bien propios de una futura Administración Pública. A este respecto, resulta incuestionable la importancia de la formación teórica y práctica.

La Resolución 1/2022, de 12 de abril, de la Secretaría General de Fondos Europeos, por la que se establecen instrucciones a fin de clarificar la condición de entidad ejecutora, la designación de órganos responsables de medidas y órganos gestores de proyectos y subproyectos, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, da respuesta a las múltiples consultas que se han recibido sobre la condición de entidad ejecutora del PRTR y sobre qué órganos pueden firmar en cada caso los informes previstos en la OOMM. De esta resolución se deduce que la condición de entidad ejecutora no depende de la titularidad de la competencia para ejecutar la actuación, que sería lo lógico, sino a la que le corresponde bajo los criterios y directrices de la entidad decisora, la Secretaría General de Fondos Europeos, en definitiva, la entidad que recibe la transferencia desde el Servicio 50 de los Presupuestos Generales del Estado. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, son entidades ejecutoras del PRTR las Consejerías autonómicas o división departamental análoga. Si éstas deciden valerse de otras entidades del sector público (organismos autónomos, consorcios, fundaciones, empresas públicas...), tendrán un carácter meramente instrumental.

IV. EL PRINCIPIO DNSH

El Pacto Verde Europeo es la herramienta continental de lucha contra el cambio climático presentada el 11 de diciembre de 2019 por la Comisión Europea que pretende cumplir con los compromisos adquiridos en el acuerdo de París de 2016, firmado por cincuenta y cinco países, y alcanzar la neutralidad climática de aquí al año 2050. A tal fin, las medidas respaldadas por el MRR incluidas en el PRTR deben contribuir a la transición ecológica.

El Reglamento (UE) 2021/241, Reglamento MRR, en su artículo 5 consagra el Principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente, «Do no significant harm» o DNSH, en terminología anglosajona, como un principio horizontal. El MRR solo apoyará aquellas medidas que respeten dicho principio. Se trata de un principio complejo y para su interpretación se debe acudir al artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 (Reglamento de taxonomía). Aquellas inversiones que no respeten este principio no serán elegibles o siéndolo pueden resultar finalmente no financiadas con la obligación de reintegro de los fondos recibidos, si no se cumple adecuadamente con el principio DNSH en la ejecución de las inversiones.

Dentro de cada componente del PRTR se asegura que las acciones del Plan cumplen plenamente con las exigencias reglamentarias en materia del principio de «no causar un perjuicio significativo». Pero no es suficiente esta evaluación a nivel general, La evaluación debe ser individualizada para cada actuación, para cada contrato. En consecuencia, con lo anterior, antes de aprobar el expediente de contratación las Administraciones deben evaluar las actuaciones que vayan a llevar a cabo desde el punto de vista del DNSH y adjuntar al expediente un cuestionario de autoevaluación relativo al estándar mínimo, además un checklist con veintiocho verificaciones de cumplimiento, que permitan un seguimiento mensual de líneas de acción. En la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR se encuentran estos cuestionarios en los Anexos II.B.4 y III.B, pero su cumplimentación para llevar a cabo la autoevaluación previa y el seguimiento no resulta sencilla.

No se trata de un cumplimiento formal. Son preguntas formuladas de manera asimilable, pero no hay criterios a los que referenciarse para su valoración. La propia expresión «daño significativo» puede ser interpretada de manera distinta y, en consecuencia, dar resultados dispares en la valoración de inversiones similares. Así lo afirman expertos en la materia como el Dr. Fernando Vicente Davila, Universidad de Vigo, en su trabajo publicado el 10 de enero de 2022, en la Revista Actualidad Jurídica Ambiental, n. 119. Se trata de un análisis de riesgo que exige una preparación específica y un manejo adecuado de la terminología que destila la Orden y de otros documentos comunitarios, que no puede ser asumida por la gestión ordinaria de los expedientes, teniendo en cuenta el deficiente nivel de conocimientos en materia ambiental de gran parte de los órganos de contratación. Requiere la colaboración de técnicos especializados en evaluación medioambiental, bien dentro de la propia Administración o bien acudiendo a agentes externos. En la propia Orden 1030 se reconoce esta realidad cuando señala que es imposible cumplir las exigencias establecidas obviando la asignación de recursos específicos.

Existen dos documentos que pueden ser de gran utilidad para las entidades ejecutoras del PRTR. A nivel comunitario, la Comisión ha publicado la Guía técnica sobre la aplicación del principio DNSH (DOUE de 18.02.2021) y a nivel nacional se está facilitando esta tarea tanto a nivel de proyección como a nivel de ejecución de las actuaciones. Así, el MITECO ya ha elaborado y puesto a disposición la «Guía para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente».

En el Reglamento de taxonomía se definen los seis objetivos medioambientales a proteger y las actividades económicas que contribuyen a protegerlo:

1. mitigación del cambio climático
2. adaptación al cambio climático
3. uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos
4. transición hacia una economía circular
5. prevención y control de la contaminación
6. protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

El Reglamento (UE) 2020/852 exigen que la Comisión adopte actos delegados por los que se establezcan los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que puede considerarse que una actividad económica específica contribuye sustancialmente a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, respectivamente, y que establezca, con respecto a cada objetivo medioambiental pertinente previsto en el artículo 9 de dicho Reglamento, criterios técnicos de selección para determinar si esa actividad económica no causa un perjuicio significativo a uno o varios de esos objetivos medioambientales. Hasta el momento, la Comisión ha aprobado el reglamento delegado de taxonomía climática (04/06/2021), quedando pendiente la aprobación de actos delegados para actividades los otros cuatro objetivos medioambientales establecidos en el Reglamento de Taxonomía, es decir, agua, biodiversidad, prevención de la contaminación y economía circular.

En la Guía técnica de la Comisión se enumera las actividades económicas que pueden causar perjuicio significativo a estos seis objetivos y los principios rectores para su aplicación. A modo de ejemplo, puede causar perjuicio significativo a la economía circular, incluidos la prevención y el reciclado de residuos, si la actuación genera importantes ineficiencias en el uso de materiales, o en el uso directo o indirecto de recursos naturales; si da lugar a un aumento significativo de la generación, incineración o eliminación de residuos; o si la eliminación de residuos a largo plazo puede causar un perjuicio significativo para el medio ambiente. La Guía del MITECO incluye numerosas recomendaciones y consideración que facilitan la aplicación de estos objetivos, pero son meramente orientativas y no vinculan a la entidad ejecutora.

V. LA PARADOJA DE EJECUTAR LOS FONDOS NG Y NO CAUSAR UN PERJUICIO SIGNIFICATIVO AL MEDIO AMBIENTE

En los apartados anteriores de este trabajo he intentado aportar una visión realista de la situación en cuanto al control de la correcta ejecución de los contratos públicos en España, así como un análisis general de las especialidades que supone que los contratos sean financiados con fondos MRR, particularmente lo que implica el mecanismo de evaluación medioambiental de todas las actuaciones del PRTR que aporta el principio DNSH.

Es evidente que los responsables de la contratación se encuentran ante un nuevo escenario. Los músicos deben interpretar una nueva partitura sin disponer de tiempo para estudiarla. Urge una comprensión de todos los principios horizontales del MRR y, en particular, de este principio DNSH en todo su alcance para aplicarlo con rigor. Los gestores tienen ante sí un abanico de normas, planes decisiones, recomendaciones, decálogos, guías, cuestionarios, pero la paradoja que se plantea es si el Principio NSDH actuará como mero trámite formal o realmente va a poder ser un mecanismo que favorezca el cambio climático. Resulta evidente que en los PCAP de los contratos financiados con el MRR se

debe incluir una serie de obligaciones para el contratista que coadyuven a la consecución de este objetivo.

El Principio DNSH aparece como un nuevo filtro verde en la contratación, pero «la compra verde» no es un aspecto novedoso sino un objetivo que lleva persiguiendo la Comisión Europea desde hace dos décadas. La incorporación de criterios medioambientales durante todo el *iter* de la contractual ya venía impuesto por la normativa comunitaria y, por ende, en nuestro ordenamiento interno. Como muestra, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, publicada el 21 de mayo de 2021 en el BOE. En esta ley, como en otras normas similares dictadas por las comunidades autónomas, el legislador hace declaraciones de buena voluntad respecto al control de la aplicación de las medidas específicas en materia medioambiental durante ejecución del contrato, sin ir más allá de transcribir el artículo 201 de la LCSP, «Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral», que fuerza a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental. Otra norma a destacar es la reciente Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, publicada en el BOE el 9 de abril, que en lo que se refiere a la contratación pública, establece que las Administraciones públicas incluirán, en el marco de contratación, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas, fomentándose, en este sentido, la compra de productos con la etiqueta ecológica de la UE.

Pero la dimensión ambiental del desarrollo sostenible no se ha incorporado a los contratos⁶. A pesar de que en España se dispone de un marco regulador importante en materia de medioambiente, que se ha completado con numerosas guías para su aplicación en la contratación pública⁷, su implementación y control no se ha tomado demasiado en serio por las unidades de contratación, limitándose a incluir en los pliegos algunas referencias pero sin un seguimiento efectivo del cumplimiento de las obligaciones que se derivan para el contratista, en muchas ocasiones por falta de personal cualificado para ello. Asimismo, hay que tener en cuenta que una actuación puede cumplir con las exigencias de la normativa ambiental y, no necesariamente cumplir con el DNSH. A modo de ejemplo, el Estudio de Impacto Ambiental sobre las Obras de instalación de un parque eólico, con un resultado de impacto positivo, es decir, nulo o moderado, no necesariamente asegura el cumplimiento del Principio DNSH.

6. Así lo indica la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe Trienal de la Contratación Pública en España, 2018,2019, 2020, de abril 2021 (apartado 2.5.2.2)

7. En Baleares, la Guía práctica para las cláusulas medioambientales fue aprobada por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 22 de noviembre de 2021 por el que se establecen directrices para la inclusión de cláusulas de carácter social, laboral y medioambiental en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su sector público instrumental

Ahora el compromiso es total. En el considerando 29 de la Decisión de ejecución de 16 de junio de 2021, del Consejo Europeo relativa a la aprobación de la evaluación del PRTR (CID), se afirma que España ha presentado una evaluación completa según la cual no se espera que ninguna medida de ejecución de las reformas y proyectos de inversión incluidos en el Plan cause un perjuicio significativo a los objetivos medioambientales. Cuando la Comisión lleve a cabo sus auditorias de sistemas de protección de intereses financieros y de cumplimiento de hitos y objetivos, verificará el cumplimiento del Principio DNSH al que se comprometió España en su PRTR. La libración de fondos está íntimamente vinculada a su cumplimiento y los instrumentos de control por parte del Estado y de la Comisión Europea son reales.

En el «océano proceloso»⁸ de los miles de poderes adjudicadores que hay en España se encuentra las entidades ejecutoras de los proyectos, que habrán recibido de manera anticipada los fondos MRR para la financiación del contrato, bien a través de una subvención o mediante acuerdo de la correspondiente conferencia sectorial y que deben garantizar el respeto al principio de DNSH y la metodología de seguimiento para el control de su cumplimiento, conforme a lo previsto en el PRTR. Como entidad ejecutora son responsables de extremo a extremo. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones será causa suficiente para la pérdida del derecho al cobro o reintegro de la ayuda concedida.

Con la aprobación de las OOMM se configura un Sistema de gestión que, en teoría, va a facilitar el control del cumplimiento de los hitos y objetivos y de los principios transversales del MRR entre los que destaca el DNSH, todo ello conforme a los estándares requeridos tanto desde el punto de vista formal como operativo. Han pasado seis meses desde la entrada en vigor de las OOMM y el ansiado Sistema, el CoFFEE-MRR, no se encuentra completamente operativo para todos los usuarios, si bien es cierto que en dos documentos que tiene publicados la Secretaría General de Fondos Europeos —el Manual de usuarios y la Metodología de gestión de hitos y objetivos del PRT—, el usuario puede «intuir» el esquema general del funcionamiento de la plataforma. Pero desde febrero de 2020 se vienen iniciando contratos para llevar a cabo el cumplimiento de hitos y objetivos del PRTR, algunos incluso ya están ultimados y habrá que «cargarlos» en la plataforma cuando se pueda. El sentir general de los servidores públicos que deben ejecutar fondos MRR recuerda el verso de Antonio Machado: «Caminate, no hay camino, se hace camino al andar».

Los responsables de la contratación pública, que ya estaban sometidos al cumplimiento de requisitos, principios y trámites que requiere la gestión habitual de los contratos, ahora debe convertirse en el *compliance officer* de la Administración, sobre el que se descarga en principio la responsabilidad del cumplimiento de los principios transversales informadores del MRR: preven-

8. GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA. Observatorio de Contratación pública. A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público. Disponible desde 07/02/2018.

ción, detección y corrección de fraude, la corrupción y los conflictos de interés, prevención de doble financiación y respeto al régimen de ayudas de Estado y, por supuesto, que ninguna medida que se adopte en el procedimiento de contratación cause un perjuicio significativo a los seis objetivos medioambientales definidos.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que se venían utilizando deben adaptarse a los principios transversales del PRTR y completarse con cuestiones de obligado cumplimiento⁹. Es necesario que los pliegos establezcan con un lenguaje inclusivo las herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo esta función: la metodología. Resultaría muy útil que se dictaran las instrucciones técnicas que incluyan mecanismos de seguimiento y control de estas obligaciones, así como modelos de justificaciones para facilitar su inmediata incorporación a los documentos contractuales de la respectiva licitación. No debe olvidarse que recae en los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar que los operadores económicos cumplan las obligaciones medioambientales en fase de ejecución contractual.

Obvia decir que la elegibilidad de cada actuación en relación con el objeto del proyecto financiado con MRR es fundamental. La entidad ejecutora deberá asegurarse de ello y en la documentación del expediente deberá constar la identificación de esta correlación y analizar, a los efectos de cumplimiento del DNSH, qué aspectos de la inversión requieren de una evaluación sustantiva o un enfoque simplificado.

A continuación, paso a señalar alguno de las cuestiones que deben tener presentes quienes tengan encomendada la tarea de confeccionar los PCAP que han de regir la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con el fondo MRR. Me referiré únicamente a aspectos relacionados con el cumplimiento del principio DNSH que, si bien no pueden garantizar por sí solos su cumplimiento, ubican a la Administración y al contratista en la senda adecuada para alcanzarlo.

En primer lugar, se debe haber llevado a cabo el análisis de riesgos realizando las autoevaluaciones que figuran en el Anexo de la Orden HFP/1030/2021. Si el resultado coloca a la entidad ejecutora en un escenario de riesgo medio o alto, deberá adoptar las medidas necesarias para corregirlo o no podrá iniciarse la actuación.

Aspectos a tener en cuenta en la elaboración de los pliegos:

9. Resulta de utilidad para esta tarea la Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR. También la Guía orientativa sobre aspectos a incorporar en los expedientes y pliegos rectores de contratos financiados con fondos procedentes del PRTR, aprobada por la subdirección general de contratación de la dirección general de asuntos económicos del ministerio de defensa, el marzo de 2022

- a. El PCAP debe señalar los organismos de los cuales el licitador puede obtener toda la información sobre la protección del medio ambiente
- b. El PCAP debe incluir un modelo de declaración responsable, que todos los licitadores habrán de cumplimentar, con el compromiso del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la aplicación del principio DNSH, declaración que debe extenderse a los subcontratistas, en su caso.
- c. En el PCAP se indicará que, en el momento de la formalización del contrato, el adjudicatario debería presentar un informe sobre las medidas que vaya a adoptar para garantizar la gestión ambiental en la ejecución del contrato, señalando los impactos medioambientales concretos de los diferentes procesos, así como las medidas preventivas y correctivas que adoptará para minimizar los impactos mencionados. Además, el contratista tendrá que prever mecanismos para asegurar que los subcontratistas cumplan con este principio. Tendrá que designar un responsable ambiental del contrato que será el interlocutor con responsable del contrato para cuestiones medioambientales. En todo caso el órgano de contratación podrá solicitar cuando lo considere oportuno, la aportación de la documentación que acredite el cumplimiento de las medidas adoptadas.
- d. Sería conveniente que en el PCAP se previera la posibilidad de modificar el contrato en el supuesto que el órgano de contratación debe adoptar medidas correctoras en materia de DNSH y garantizar el cumplimiento de la legislación medioambiental aplicable a la ejecución del proyecto.
- e. Para que el responsable del contrato pueda controlar durante su ejecución el cumplimiento de las cláusulas medioambientales y, en especial, la consumación del principio DNSH, el PCAP debe señalar, para cada condición de solvencia, criterio de adjudicación o condición especial de ejecución de carácter medioambiental, la documentación que el operador económico debe presentar para acreditarlo, así como el momento en que la debe presentar.
- f. El incumplimiento de esta obligación debe considerarse una falta penalizable o incluso causa de resolución del contrato. El PCAP debería incluir como causa de resolución el incumplimiento del principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente DNSH y/o de sus condiciones específicas y/o de las condiciones del etiquetado climático o medioambiental asignado a la medida en la cual se encuadre la actuación, en su caso.
- g. En el PCAP se debe indicar la obligación del realizar un informe por parte del responsable del contrato con la finalidad de comunicar al órgano de contratación del grado de cumplimiento de estas cláusulas, con la periodicidad que se hubiera fijado. El checklist con las veintiocho verificaciones de cumplimiento del DNSH para el seguimiento mensual, que establece la Orden HFP/1030/2021 y al que me refiero en el apartado IV

de este trabajo, se debe incluir en la documentación del expediente de contratación.

En caso de incumplimiento de las obligaciones que contiene el PCAP y el contrato, el responsable del control de su ejecución deberá levantar acta de cuantas incidencias se produzcan y aplicar las penalidades que estén previstas, incluso, valorar la posibilidad de resolver el contrato, pero siempre priorizando el interés general que debe prevalecer en toda resolución por encima de cualquier otro interés.

VI. LA ESTRATEGIA DE CONTROL EN EL PRTR

Los Estados miembros y la Comisión Europea se enfrentan a la importante responsabilidad de controlar la gestión de este paquete presupuestario. En el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia se establece que los Estados miembros deben garantizar el funcionamiento de un sistema de control interno eficaz y eficiente.

El PRTR, apartado 4.6, diseña el sistema de control que descansa sobre dos pilares fundamentales. El primero es que se trata de un sistema totalmente diferente del que ha venido resultando de aplicación respecto de los fondos estructurales y resto de fondos europeos de gestión compartida. La finalidad del control es sobre la fiabilidad de los hitos y objetivos, así como vigilar las irregularidades relativas al fraude, la corrupción, el conflicto de intereses o la doble financiación. El segundo pilar consiste en que el sistema va a descansar en los sistemas de control ya existentes en las Administraciones públicas.

Para ello, el sistema de control del PRTR despliega tres niveles diferenciados:

Nivel 1, relacionado con la gestión, que opera fundamentalmente en el ámbito de cada órgano encargado de la ejecución de las actuaciones enmarcada en el PRTR y constituye el control primario y básico de cualquier actividad administrativa, que debe dar seguridad sobre el cumplimiento de los requerimientos legales, de objetivos y de buena gestión financiera exigidos.

Nivel 2, relacionado también con la gestión y que está encomendado a los órganos de control interno independientes de las distintas Administraciones actuantes (IGAE y IG's) y también a las asesorías jurídicas. Estos órganos realizan un control ex ante de legalidad sobre los actos de ejecución de gasto que es preceptivo y vinculante en el caso de los informes fiscales. Los órganos de control interno, junto con los servicios de asesoría jurídica, forman parte de los órganos colegiados de contratación, responsables de la calificación y valoración de las ofertas presentadas por los licitadores y del adecuado desarrollo del procedimiento de contratación.

Por último, un Nivel 3, que consiste en el régimen de auditorías y controles ex post nacionales. La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) es la Autoridad de Control del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

conforme a lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PRTR.

La Comisión por su parte llevará a cabo auditorías de sistemas de procedimiento de protección de intereses financieros y de cumplimiento de hitos y objetivos. De hecho, ya está realizando las primeras auditorías en diferentes Ministerios y entes instrumentales, en las que analiza cuáles son los sistemas que el Estado Español ha puesto en marcha para proteger los intereses financieros y los sistemas para verificaciones, chequeos, capturas de información y otros datos que permitan verificar el cumplimiento de hitos y objetivos. En principio, la Comisión no va a realizar auditorías de inversiones.

VII. EL CONTROL DE LA INTERVENCIÓN COMO UN VALOR AÑADIDO

Centrándonos en el control interno que ejerce la Intervención, el Título VI de la Ley 34/2003, General Presupuestaria, contiene una regulación sistemática y global de la función de control, sobre la base de la configuración independiente de tres modalidades diferentes de su ejercicio: La función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. La función interventora, en sus modalidades de intervención formal o fiscalización previa y de intervención material, será ejercida ex ante, mientras que el control financiero permanente y la auditoría pública siempre se realizará con posterioridad al compromiso de gasto y al pago a terceros.

La fiscalización previa es la facultad que corresponde a la Intervención de examinar el expediente, antes de que se apruebe y se autorice el gasto o reconozca la obligación, con el fin de asegurar su conformidad a las disposiciones aplicables en cada caso. Esta función de control no se realiza en todos los entes del sector público, ya que la propia norma presupuestaria permite que en determinados casos se sustituya por los controles posteriores. La función interventora que se ejerce sobre los gastos tiene por objeto controlar que el gasto se ajuste a la legalidad, prescindiendo siempre del control de oportunidad que debe cederse a otras instancias.

A finales del año 2020, antes de que se aprobara el Real Decreto ley 36/2020 y el PRTR, se escucharon voces a favor de suprimir la fiscalización previa para logra una ágil y buena gestión de los fondos NG y sustituirla por controles posteriores. Había que eliminar «cuello de botella» y este control crítico y preventivo podría obstaculizar el efectivo cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia. Algunas comunidades autónomas así lo hicieron, pero en lo que respecta a la AGE se mantuvo el control previo en la modalidad de fiscalización previa limitada (crédito adecuado y suficiente, cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, competencia del órgano y otros aspectos adicionales).

En el artículo 45 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, se establece el régimen de control previo aplicable a los expedientes que implementen la aplicación de los Fondos NG y se determina que será en régimen de requisitos básicos, cualquiera que sea el tipo de gasto al que se refiera el expediente y su cuantía. No procederá la aplicación del régimen general de fiscalización en ningún caso. Como extremos adicionales aplicables a los expedientes que implementen la aplicación de estos fondos, únicamente se verificarán aquellos que, por su trascendencia en el proceso de gestión de estos fondos y para garantizar que su aplicación se adecúa a las directrices establecidas por las instituciones de la Unión Europea, determine el Consejo de Ministros. Tres meses después, tal acuerdo no se ha producido, si bien la IGAE ha dictado la Instrucción 1/2021, de 5 de mayo, de la Intervención General de la Administración del Estado sobre aplicación de las especialidades en materia de fiscalización e intervención previa que se establecen en el Real Decreto-Ley 36/2020.

Esta modalidad de fiscalización previa limitada, frente a la fiscalización plena, debe completarse con controles posteriores. La búsqueda de la eficiencia en los procedimientos de control interno del gasto público es deber de toda Administración. Se deben perfeccionar los modelos de control hasta lograr que sean plenamente eficientes. Una gestión ágil y eficaz y, sobre todo, ajustada a la legalidad vigente, es perfectamente compatible con la intervención previa de los expedientes. Su nota fundamental es su vocación preventiva o garantista y su efecto paralizante en las actuaciones. Debido a estas características presenta ventajas porque permite estudiar el problema en profundidad antes de dictar el acto añadiendo un elemento de valor a la gestión de los fondos públicos. La función interventora cobra mayor transcendencia en expedientes complejos, como son los proyectos del PRTR. No me cabe duda de que la Intervención puede constituir un activo de la Administración en la gestión del PRTR.

Respecto al cumplimiento con el Principio DNSH, entre los aspectos adicionales a verificar en los expedientes de contratación financiados con los fondos MRR se apuntan los siguientes:

En la fiscalización de los pliegos:

- Que se ha llevado a cabo la autoevaluación Test de daños medioambientales, Anexo II.B.4 de la Orden HPF/1030/2021.
- Que consta un modelo de declaración responsable, que todos los licitadores habrán de cumplimentar, con el compromiso del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la aplicación del principio DNSH, declaración que debe extenderse a los subcontratistas, en su caso.
- Que consta la documentación que el contratista debe presentar para acreditarlo, así como el momento en que la debe presentar.
- Que se establece la metodología que debe aplicar el responsable del contrato para el control del cumplimiento del Principio DNSH durante la ejecución del contrato (informes periódicos, checklist Anexo III.B de la Orden HFP/1030/2021, actas de incumplimientos...)

- Que se establece un régimen de penalidades para aplicar en caso de incumplimiento del Principio DNSH
- Que consta información sobre los organismos de los cuales el licitador puede obtener toda la información sobre la protección del medio ambiente.

En la fiscalización del reconocimiento de la obligación (pago facturas)

- Que se han aplicado las penalidades correspondientes en caso de incumplimientos.
- Que consta declaración responsable del contratista y subcontratistas relativa al compromiso de cumplimiento de los principios de los principios transversales establecidos en el PRTR y que pudieran afectar al ámbito objetivo de control, incluida declaración sobre el cumplimiento del DNSH.

Con el control *ex ante* que realiza la Intervención se pretende asegurar que existen mecanismos para efectuar un seguimiento del cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medio ambiente. Estamos en la era de la digitalización y ésta puede aportar beneficios a los sistemas de control. Se hace necesaria una innovación disruptiva del proceso de control y auditoría. Frente a las formas tradicionales de control, toman fuerza las auditorías de sistemas y procedimientos y el control por diseño. La auditoría de sistemas posibilita la verificación de la eficiencia de los recursos informáticos. La auditoría de procesos y procedimientos permite comprobar que las características del proceso y/o procedimiento para la gestión de los fondos cumplen con las especificaciones que de él se esperan. En el control por diseño, la clave está en pensar en el control desde el principio. Gran parte del trabajo de control puede desarrollarse «aguas arriba». Es muy importante recoger los datos de forma segura, respetando el «Principio de una sola vez»¹⁰ y garantizando la interoperabilidad técnica. Con estas formas de control se puede lograr un valor añadido tanto estratégico como operacional, en términos de optimización del proceso, reducción del fraude y aumento de la transparencia y, por consiguiente, generación de confianza en la población.

Estas nuevas formas de control plantean un reto. Exige que informáticos, legisladores, gestores y controladores trabajen juntos en el diseño de la transformación digital de las actividades de control. Se trata de crear sistemas contruidos desde las primeras etapas de la concepción de los programas, que sean capaces de identificar y capturar datos de forma ágil durante todas las etapas de su ciclo de vida. Se precisarán menos recursos y el control se realizará en tiempo real, lo cual es un importante salto cualitativo con respecto a las formas más tradicionales.

10. Todos los gestores padecen la carga de trabajo que supone el envío de información a diferentes instituciones (Tribunal de Cuentas, OCEX, Intervención, Consejo de Transparencia, Oficina Antifraude, OIRESCON...) y agradecerían enormemente un sistema integral que respetara el Principio de dar el dato una sola vez.

En este contexto, el control ex post pierde importancia, y el objetivo principal se desplaza a un control inmediato y continuo que retroalimenta el sistema y permite corregir las acciones, lo cual es esencial para el cumplimiento del DNSH.

VIII. CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de relieve, realizar un adecuado control de la ejecución de los contratos sigue siendo la asignatura pendiente de la mayoría de los poderes adjudicadores. Una vez adjudicado el contrato se entrega al contratista que luchará por obtener el mayor beneficio. Las causas se encuentran en origen y durante la ejecución, La correcta proyección del objeto, la adecuada elaboración de los pliegos y la acertada selección de la persona que va a ser responsable de su ejecución no serán suficientes si finalmente no hay una voluntad política de llevar a cabo el ejercicio de las prerrogativas que dispone la Administración y llegar hasta las últimas consecuencias.

El PRTR es un desafío de proporciones históricas para España. Las reformas e inversiones que proyecta deben estar ejecutadas antes de diciembre de 2026. Ello nos obligará a hacer las cosas de otra manera, pero no debemos permitir que la urgencia desplace a la importancia. Todas las Administraciones que van a gestionar los fondos MRR conocen el rigor de las verificaciones para la justificación de los fondos europeos y sus tremendas consecuencias. Correcciones financieras que pueden suponer la pérdida total o parcial de la ayuda. Del buen funcionamiento de las instituciones dependerá el éxito o el fracaso de los fondos.

Existe el deber de cohonestar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente. El Principio DNSH aparece como un nuevo filtro verde en la contratación. El fondo MRR solamente financiará inversiones sostenibles: aquellas que no causen un perjuicio significativo al medio ambiente, en los términos que especifica el Reglamento de taxonomía. Requiere la colaboración de técnicos especializados en evaluación medioambiental para evitar descertificaciones.

La paradoja que se plantea es si el Principio NSDH actuará como mero trámite formal o realmente va a poder ser un mecanismo que favorezca el cambio climático. Resulta evidente que en los PCAP de los contratos financiados con el MRR se debe incluir una serie de obligaciones para el contratista que coadyuven a la consecución de este objetivo.

Debe ponerse en valor el papel que representa la Intervención en la gestión de los fondos NG. El control crítico y preventivo que se ejerce con la fiscalización previa de los contratos y las subvenciones no debe entenderse como un «cuello de botella» sino como una garantía coadyuva al cumplimiento de los principios horizontales que informan el MRR. La fiscalización previa otorga las garantías de que el acto que se pretende adoptar es conforme al ordenamiento jurídico. Las auditorías de sistemas y procedimiento pueden garantizar que la entidad ejecutora y la instrumental cuentan con mecanismos para efectuar un seguimiento del cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medio ambiente.

Existen suficientes fundamentos que justifican la necesidad de la fiscalización previa de los expedientes financiados con fondos MRR si bien es evidente que el «traje» de la función interventora, que sólo atiende a verificar el principio de legalidad, se queda excesivamente corto si no se completa con controles posteriores que tengan por objeto verificar la fiabilidad de los hitos y objetivos CID, así como vigilar las irregularidades relativas al fraude, la corrupción, el conflicto de intereses o la doble financiación.

«Cuanto más te observo mejor te comportas». Con esa frase de Jeremy Betham quería poner de manifiesto una verdad universal: a mayor transparencia, mayor eficacia y eficiencia en la gestión. La teoría panóptica de Betham, con su idea de una torre de vigilancia en el centro, bien puede trasladarse al mundo del control del gasto público y, especialmente, al control de los contratos que deban financiarse con fondos MRR.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- LAZO VITORIA, Ximena. «La evaluación ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico». Revista de Administración Pública, núm. 175, 2008
- LAZO VITORIA, Ximena. «Compra pública verde en el sector de la alimentación». Observatorio de los contratos públicos. 2019
- LAZO VITORIA, Ximena, «Cambio climático y contratación pública. Novedades del proyecto de ley de cambio climático y transición energética» Observatorio de Contratación Pública.. Disponible desde 03/07/2020
- LAZO VITORIA, Ximena. Compra pública verde. Libro editado por Atelier.2018
- VICENTE DAVILA, Fernando. «El principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH) como mecanismo de evaluación ambiental de las actuaciones del plan de recuperación, transformación y resiliencia: a propósito de la orden HFP/1030/2021, del 29 de septiembre por la que se configura el sistema de gestión del plan de recuperación, transformación y resiliencia». Actualidad jurídica ambiental el 10 de enero de 2022
- VICENTE DAVILA, Fernando. «¿Cómo cumplir con la evaluación del principio DNSH?: un tema clave en la contratación pública Next Generation EU», Actas del Congreso Internacional on line Temas clave de la contratación pública celebrado el 4 y 5 de octubre 2021, Universidade de Vigo. Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, ISSN-e 2007-3798.
- OLLER RUBERT, Marta. «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública» REVISTA CATALANA DE DRET AMBIENTAL Vol. I - Núm. 1 (2010)
- PERNAS GARCÍA, José. «La dimensión ambiental de la normativa de contratos del sector público» en el libro *La contratación pública a debate: presente y futuro*, coordinado y dirigido por los profesores Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández.2014.
- PERNAS GARCÍA, José. «Comprar «rápido» y «estratégicamente» en la ejecución de los fondos Next Generation. Análisis y valoración de las medidas estatales

- y autonómicas para la agilización de procedimientos de contratación pública y para la utilización estratégica de las compras públicas.» Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza, 2021
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «La gestión contractual de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Ideas para diseñar y controlar mejor la ejecución de los contratos». Monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza: 2021
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luís. «La importancia de las consideraciones medioambientales en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Retrospectivas de futuro». Actualidad Jurídica Ambiental, n. 114, 1 de julio de 2021.
- IGLESIAS GIMENEZ, Concha y ÁLVAREZ ALONSO, Oliveiro «Fondos europeos. Primero no dañar» CUADERNOS DE ENERGIA
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. Primeras actuaciones del Fondo de Recuperación y Resiliencia. Madrid: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2020
- COMISIÓN EUROPEA. Guía técnica sobre la aplicación del principio de «no causar un perjuicio significativo en virtud del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (2021/C 58/01). (Guía Técnica de la Comisión Europea.
- OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN. Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), 7 de septiembre de 2021.
- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO. Informe de la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, abril de 2021
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. Recomendaciones para el diseño y desarrollo de actuaciones acordes con el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (versión septiembre de 2021).
- SECRETARIA GENERAL DE FONDOS EUROPEOS. Resolución 1/2022, de 12 de abril, por la que se establecen instrucciones a fin de clarificar la condición de entidad ejecutora, la designación de órganos responsables de medidas y órganos gestores de proyectos y subproyectos, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

MADERA CERTIFICADA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

Miren Sarasíbar Iriarte

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

Sumario: I. LOS BOSQUES COMO ELEMENTO AMBIENTAL. 1. La multifuncionalidad de los bosques. 1.1. *La influencia de los bosques en otros elementos ambientales*. 1.2. *La función de los bosques como sumidero de gases de efecto invernadero*. 2. La contratación jurídica de la función ambiental de sumidero de los bosques. 2.1. *En la Ley española de Montes*. 2.2. *En el Protocolo de Kyoto y en el Acuerdo de París*. 2.3. *En la Ley española sobre cambio climático y transición energética*. II. LA CERTIFICACIÓN FORESTAL. 1. La necesaria gestión forestal sostenible como fundamento de la certificación forestal. 2. Los instrumentos de la certificación forestal. 3. La contratación pública en el ámbito forestal como medio de apoyo a la certificación forestal. III. LA REFERENCIA DE LA LEY ESPAÑOLA DE CAMBIO CLIMÁTICO A LA CONTRATACIÓN DE MADERA CERTIFICADA. 1. La madera certificada como instrumento ante el cambio climático. 2. La madera certificada como prescripción técnica. IV. CONSIDERACIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS BOSQUES COMO ELEMENTO AMBIENTAL¹

1. La multifuncionalidad de los bosques

El monte desempeña muchas funciones y, por esa razón, debe ser contemplado como elemento de la naturaleza y también como un recurso económico tradicional, principalmente de las comunidades rurales². Por eso conviene situar-

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación *Derecho de la biodiversidad y cambio climático* PID2020-115505RB-C21/C22, financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

2. OLIVÁN DEL CACHO, J. (1993): «La protección del medio ambiente en la legislación forestal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, pp. 135-178.

los «en el terreno de las finalidades sociales que motivan el régimen de intervención administrativa sobre los montes»³.

Esta multifuncionalidad de los montes conlleva una adecuada política forestal con sus correspondientes instrumentos jurídicos que lo regulen, destacando la planificación, para que todos estos usos y funciones puedan coexistir y se pueda realizar un adecuado análisis de todos los recursos forestales⁴. Los espacios forestales son un bien colectivo y público de una considerable «importancia para la economía, el medio ambiente, la salud, el deporte y la cultura del pueblo»⁵.

En consecuencia, es imprescindible buscar el equilibrio entre el desarrollo económico y la protección de los recursos naturales, ya que si no actuamos siguiendo este principio de desarrollo sostenible, puede suponer una merma muy importante en dichos recursos llegando incluso a su desaparición, con lo que eso conlleva, ya que la restitución o reparación del daño, mediante la repoblación, por ejemplo, es una tarea muy costosa y muy lenta en el tiempo sin asegurar en ningún caso el éxito de la misma. Por ello, es esencial reforzar las medidas preventivas en el sector forestal para evitar en la medida de lo posible, que se produzcan daños fatales en el momento presente y, lo que es más preocupante, consecuencias muy perjudiciales para las generaciones futuras. De hecho, «nuestra especie es la única que ha logrado incidir sensiblemente sobre los montes»⁶.

Esta evidente importancia obliga a los poderes públicos su intervención en este campo para impedir y, si no es posible, poner limitaciones a las actuaciones del hombre que persigan otros fines que no sean los propios de los montes. De lo que se trata es de establecer una política forestal «que concilie las demandas

3. CASTILLO BLANCO, F. A. (1997): «La propiedad forestal», en el vol. col. SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, ed. Tecnos, Madrid, p. 269.

4. Ya en el X Congreso Forestal Mundial, que tuvo lugar en París en 1991, se destacó la evidencia de la multifuncionalidad de los montes y que cada día es más patente y más demandada por la sociedad superando, en definitiva, la función meramente productivista o económica de los montes. Para ello, en dicho Congreso se expone, en primer lugar, la importancia de los bienes y servicios no renovables ofrecidos por los árboles frente a una demanda creciente por parte de la sociedad de materiales, combustibles, fauna, alimentos, etc., con lo que queda de manifiesto que se deben imponer ciertos límites y controles para un adecuado uso y aprovechamiento de esos productos. En segundo lugar, se constata la trascendencia de las funciones que llevan a cabo los bosques, por su riqueza y diversidad en todo el mundo, en cuestiones como la regulación del ciclo hidrológico y del óxido de carbono, en la protección de los suelos y en la conservación de la biodiversidad.

Asimismo, se recuerda en dicho Congreso la existencia de distintos modos de gestión de los montes y, en concreto, de los árboles capaces de asegurar la mejora de la calidad de los mismos y, en consecuencia, de los servicios y productos derivados de los mismos. Otro de los postulados que se sostienen es el de la necesidad de evitar daños irreversibles a la biosfera en general, porque de ello se extraen consecuencias desastrosas afectando a muchos ámbitos y siendo muy complicado e, incluso, a veces imposible proceder a su reparación o restitución.

5. DE VICENTE DOMINGO, R. (1995): *Espacios forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*, ed. Civitas, Madrid, p. 159.

6. MARTÍN MATEO, R. (2002): «Los servicios ambientales del monte», *Revista Española de Administración Local*, núm. 288, p. 58.

planteadas por los diversos grupos sociales con la capacidad de aquellos recursos para su producción sostenible»⁷. Es decir, se debe valorar «si la gestión forestal respeta la capacidad productiva y los objetivos del bosque»⁸.

1.1. La influencia de los bosques en otros elementos ambientales

Como se ha dicho en el apartado anterior, las funciones de los bosques son diversas y dentro de esa diversidad, se encuentra su función ambiental. Por un lado, se puede hacer referencia a los beneficios de los bosques respecto del problema de la erosión, ya que ejercen un efecto de fricción al frenar la velocidad del aire favoreciendo la existencia de precipitaciones, disminuyendo, en consecuencia, la energía capaz de producir remoción y movilización de las partículas del suelo. Evitan la degradación física, biológica y química de los suelos por cambio de la vegetación natural deteniendo o frenando los procesos de desertización⁹, al igual que evitan los transportes de sedimentos que pueden causar daños a cultivos o terrenos degradados.

Con esta pérdida de suelo tanto en calidad como en cantidad, impedirá a su vez que muchas especies que habitaban en ese medio desaparezcan, modificándose, en consecuencia, la composición biológica del medio natural y la alteración del ciclo hidrológico, ya que un suelo que está erosionado tiene menos capacidad de retención del agua. Por norma general, los suelos que se encuentran en buenas condiciones tienen capacidad de recuperación ante las consecuencias producidas por variaciones climáticas u otros efectos provocados por el hombre, pero si se trata de tierras degradadas, esa capacidad disminuye, con

7. LÓPEZ RAMÓN, F. (2002): «Elementos vertebradores de la actuación pública forestal», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 1, p. 32.

8. Díez SÁNCHEZ, J. J. (1997): «Montes», en el vol. col. MARTÍN MATEO, R. (Dir.), *Tratado de Derecho ambiental*, t. III, ed. Trivium. Madrid, p. 411 y LEGUINA VILLA, J. (1974): «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 3, pp. 447-472.

9. Conviene realizar una aclaración sobre la distinción entre los términos de «desertificación» y «desertización», ya que puede pensarse que tienen el mismo significado y en realidad, se refieren a realidades distintas. El primero de ellos, la desertificación, se refiere a los procesos o actividades humanas que inducen en el suelo pérdida de fertilidad y degradación de las características del mismo. En la Conferencia Internacional de Nairobi de 1977, se define como «la pérdida, a veces irreversible, del potencial biológico del suelo, a consecuencia de acciones antropogénicas». Los factores pueden ser diversos, como el déficit de agua, la existencia de procesos erosivos y la disminución de capacidad de ese suelo para hacer frente a diversos acontecimientos.

Por el contrario, la desertización es un proceso natural de degradación ecológica por el que la tierra pierde sus características y se convierte en un suelo menos productivo. Se relaciona más con un proceso socioeconómico por el que la población de una determinada zona abandona una zona concreta, lo cual supone asimismo el abandono de las zonas de cultivo y la aparición de problemas ambientales de distinta índole propiciados por la falta de cuidado.

Por lo tanto, la principal diferencia entre ambos se encuentra en la causa que motiva esa situación en los suelos, siendo en un caso, la influencia humana y en otro, el ciclo natural de deterioro. Es cierto, que a veces estos términos se entremezclan porque no se llega a saber con seguridad si la causa es natural o provocada, ya que, en cierto modo, la presencia humana es constante y de forma indirecta a través de la realización de distinto tipo de actividades puede haber influido en algún momento.

lo cual las repercusiones para el entorno natural pueden ser graves, llegando incluso a la irreversibilidad del desierto¹⁰.

Por otro lado, con la existencia de arbolado sobre el terreno se mejora la estructura del suelo y su permeabilidad, aumentando considerablemente la infiltración evitando, por lo tanto, el encharcamiento y la aparición de escorrentía ante la existencia de un aguacero de gran intensidad. Respecto a las aguas subterráneas, cabe decir que éstas aumentan con la existencia de arbolado, mejorando su regulación natural y equilibrando las diferencias existentes entre los períodos secos y húmedos.

Igualmente, cabe destacar las influencias trascendentes que ejercen los bosques en la diversidad biológica porque, de hecho, es evidente y desde luego muy importante, el papel que desempeñan los bosques en la conservación de la biodiversidad o mantenimiento y promoción de la variedad de especies animales y vegetales¹¹. Asimismo, cabe destacar su trascendencia como «depósito genético y entorno de la vida de poblaciones indígenas»¹².

Se constata la trascendencia que por naturaleza tienen los montes y lo que es más importante, el reconocimiento por parte de la legislación forestal de esa función ambiental respecto a otros elementos como, por ejemplo, el suelo, evitando la erosión y futura desertización¹³.

En conclusión, la influencia de los bosques tanto en los suelos, en los ciclos del agua como en la diversidad biológica es motivo de peso para reforzar la necesidad de conservación de los bosques y las medidas de protección y conservación incluidas en la política forestal.

1.2. La función ambiental de los bosques como sumidero de gases de efecto invernadero

Además de la influencia que tienen los bosques en los elementos ambientales citados, hay que destacar de forma especial la que ejerce en el clima, y a su vez la que el clima ejerce en los bosques, ya que la situación forestal de un territorio altera y condiciona el sistema climático.

10. HERRANZ SÁEZ, J. L. (1986): «El sector forestal en la Comunidad Económica Europea», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 136, pp. 41-74.

11. Los terrenos forestales son los espacios donde mayor diversidad biológica existe. En ellos se encuentra gran parte de la diversidad de nuestro planeta. Por ejemplo, en los bosques tropicales que suponen un 7% de la superficie del planeta, viven más de la mitad de las especies del mundo. En una hectárea de un bosque amazónico existen más de 400 especies distintas de árboles, lo cual supone asimismo que también existirá una gran diversidad bioquímica muy útil para el tratamiento de distintos tipos de enfermedades o nuevos materiales industriales.

12. DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (1997): «Montes», op. cit., p. 409.

13. Respecto al tema de la desertización, cabe mencionar un Convenio de las Naciones Unidas de 1992 que se aprobó en 1994, el Convenio Internacional de Lucha contra la Desertización, en el que se establece que se debe afrontar con el problema de la «degradación de las tierras de zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas resultantes de diversos factores tales como las variaciones climáticas y las actividades humanas».

De hecho, con la deforestación se produce un grave daño a los ecosistemas forestales, ya que supone una pérdida importante de este recurso natural, que de por sí es necesaria su existencia, es decir, únicamente valorado como un recurso natural más, pero que si se tienen en cuenta las funciones y beneficios que aportan todavía esa necesidad se hace más acuciante¹⁴.

La influencia de los bosques se manifiesta, en primer lugar, en que el bosque actúa como fuente de dióxido de carbono cuando se destruyen o se degradan. Con la destrucción de los bosques, bien mediante la tala indiscriminada o bien mediante incendios forestales, se produce una emisión de gases de efecto invernadero importante, ya que se emite a la atmósfera el dióxido de carbono que cada uno de los árboles y el suelo forestal habían almacenado a lo largo de su ciclo vital. Por ello, el bosque es ambivalente ya que puede ser fuente de emisión de gases y, por el contrario, sumidero de esos gases mediante la función de absorción¹⁵.

En segundo lugar, el bosque actúa también como indicador de un cambio climático, ya que todas las variaciones bruscas en el clima repercuten en el bosque, con lo cual la situación y características de un bosque determinado supone un baremo significativo ya que el clima y el bosque son dos elementos que se interrelacionan e influyen mutuamente¹⁶.

Por ello, el factor del clima debe ser una variable a tener en cuenta en la ordenación forestal sostenible porque los árboles son muy susceptibles a las

14. Las prácticas insostenibles de extracción de la madera pueden contribuir a la degradación forestal si la tasa de cosecha es más alta que la tasa de renovación natural de la masa forestal. La degradación también se da cuando el uso de maquinaria para la tala y el transporte compactan el suelo y disminuyen la productividad de los bosques.

15. Se entiende por «sumidero» cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, u aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera» (artículo 1.8 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático). También se define como «todo proceso o mecanismo que hace desaparecer de la atmósfera un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor. Un reservorio dado puede ser un sumidero de carbono atmosférico si, durante un intervalo de tiempo, es mayor la cantidad de carbono que afluye a él que la que sale de él» (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Informe especial del IPCC- Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura*, cit., p. 22). La función de sumidero por parte de los bosques es muy trascendental y puede solucionar en parte el problema del cambio climático, ya que los árboles ayudan en la reducción de los gases de efecto invernadero, pero no puede ser la única medida en este ámbito. Se trata de integrar esta función de sumidero por parte de los bosques en el resto de políticas y medidas cuya finalidad principal es la de aminorar o disminuir los efectos del cambio climático.

16. La adaptación de los bosques al clima de la Tierra y a sus cambios naturales, es decir, sin intervención humana, es un aspecto importante y que no ha planteado muchos problemas porque el propio ciclo de la naturaleza ha buscado el modo de adaptarse o aclimatarse a esas nuevas circunstancias. El problema surgió cuando esos cambios no se han producido de forma natural, sino que han sido las actividades humanas las que han propiciado un cambio brusco y repentino del clima, ante el cual, la naturaleza no se encuentra capacitada por sí misma para acomodarse a esos cambios. «El sistema natural parece querer perdonar una parte de la interferencia humana, pero sólo una parte» (MACLIVER, D. C. (1995): «Cambio climático y ordenación forestal sostenible», *Sistemas de ordenación forestal sostenible*, ed. FAO, Roma, p. 132).

oscilaciones climáticas y si se superan ciertos límites, el resultado puede ser una grave afección al sistema forestal. En especial, son especialmente vulnerables a los cambios en el clima las regiones templadas y boreales, por lo que habrá que prestar especial atención a la conservación y utilización del ecosistema forestal para analizar las actividades humanas que perjudican más gravemente al mismo. «El único efecto irreversible es la extinción de las especies»¹⁷, por lo que se deben crear políticas y medidas que equilibren los usos y actividades con la protección y conservación de los recursos naturales para evitar esos resultados desastrosos. Y en tercer lugar, el bosque actúa como fuente de biocombustibles para sustituir a los combustibles fósiles, lo cual enlaza con la valorización energética de los residuos forestales y de la biomasa.

Hay que incidir sobre el hecho de que los árboles absorben dióxido de carbono cuando se desarrollan y más, específicamente, en los primeros años de crecimiento y la absorción disminuye cuando el árbol llega a su madurez, siendo su principal función la de almacenar carbono. El problema se da cuando los árboles mueren o son cortados para destinarlos a otra finalidad ya que parte de ese carbono almacenado en los árboles como tejido leñoso es liberado a la atmósfera¹⁸.

En consecuencia, no sólo merece ser destacada la función de absorción de los gases de efecto invernadero por parte de los bosques, sino que también es igualmente importante la función de retención de dicho carbono fijado en los productos obtenidos de tales bosques como puede ser, por ejemplo, el corcho y la madera. Por lo tanto, se produce el almacenamiento del carbono tanto en la biomasa viva, como puede ser las ramas, el follaje y las raíces, por ejemplo, y en la biomasa muerta, como la hojarasca, los restos de madera, la materia orgánica del suelo y los productos forestales¹⁹.

17. SALLEH, M. N. y N. G, F. S. P. (1995): «Investigación para lograr una ordenación forestal sostenible», *Sistemas de realización de la ordenación forestal sostenible*, ed. FAO, Roma, p. 202.

18. Si lo que se produce es la quema del árbol como leña, la cantidad de carbono que se desprende es alta, pero si, por el contrario, el destino es, por ejemplo, para un producto duradero, como el mobiliario, el carbono permanece inmovilizado durante un período largo de tiempo.

19. Esta capacidad de retención está influenciada por el tipo de monte arbolado y de las especies existentes, de lo que se deduce que en la gestión forestal debe estudiarse seriamente y valorar las especies a plantar en los espacios forestales, ya que el resultado en lo relativo al cambio climático puede ser muy distinto según se trate de una especie de árbol y otro. Los ecosistemas forestales almacenan «más de la mitad de carbono terrestre y realizan aproximadamente el 80 por ciento del intercambio de carbono que tiene lugar entre los ecosistemas terrestres y la atmósfera» (FAO, 2001, p. 71). Véase a BROWN, S., 2002, pp. 363-372; DYSON, F. J., 1977, pp. 287-291 y MACDICKEN, K. G., 1997.

Esta importancia clara de la función positiva de los árboles en la regeneración del aire ya se plasmó en el artículo 1 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 22 de diciembre de 1972, al disponer el deber de las Administraciones Públicas de adoptar «cuantas medidas sean necesarias para mantener la calidad y pureza del aire, y en especial la conservación y creación de masas forestales y espacios verdes». Seguidamente, se añade que tales medidas no pueden ir en perjuicio del resto de elementos del medio ambiente ni producir una ruptura del equilibrio ecológico (DE VICENTE DOMINGO, R., *Espacios forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*, op. cit., p. 85).

2. La constatación jurídica de la función ambiental de sumidero de los bosques

2.1. En la Ley española de Montes

La inclusión del cambio climático en la Ley española de montes (LM) es trascendente ya que reconoce la función ambiental de los árboles en la mitigación de sus efectos. En concreto, las menciones al cambio climático en la LM²⁰ son, en primer lugar, en la exposición de los principios en los que la ésta se inspira. Uno de ellos es la conservación, mejora y restauración de la biodiversidad de los ecosistemas y especies forestales, la integración en la política forestal española de los objetivos de la acción internacional sobre protección del medio ambiente, especialmente en materia de desertificación, cambio climático y biodiversidad. Y otro principio es el de la adaptación de los montes al Cambio Climático, fomentando una gestión encaminada a la resiliencia y resistencia de los montes al mismo y la consideración de los montes como infraestructuras verdes para mejorar el capital natural y su consideración en la mitigación del cambio climático.

Con estos dos principios, se pone de manifiesto que una de las principales ideas de la Ley es la integración del cambio climático en la política forestal española, lo cual indica la interrelación entre los dos ámbitos y la necesidad de introducir el problema del calentamiento global entre los objetivos y medidas en el Derecho Forestal. De ahí la importancia decisiva de introducir del principio de integración ambiental, es decir, de integrar medidas contra el cambio climático no sólo en la normativa específica sino también en otras políticas sectoriales, como en este caso, la política forestal²¹. Asimismo, recalca, al igual que lo hace en el resto de la Ley, sobre la importancia de llevar a cabo una gestión sostenible de los bosques como el mejor medio de conseguir luchar contra este fenómeno.

El segundo momento en el que se hace referencia es al explicar una de las funciones que los bosques pueden ejercer dentro de la gran diversidad: «los montes, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo

20. La Ley de Montes 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes fue modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril y por la Ley 21/2015, de 20 de julio.

21. El desarrollo sostenible constituye el objetivo último de la aplicación de ese principio, es decir, lo que se quiere conseguir es un desarrollo que responda a las necesidades actuales sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras y, en consecuencia, la incorporación del ingrediente ambiental es necesaria. Lo que se pretende es que la legislación ambiental garantice el desarrollo económico de los pueblos, como declaró la Declaración de Río, pero de un modo sostenible. La sostenibilidad constituye la piedra angular del V Programa y se equipara a racionalidad, para transmitir la idea de que no se puede llevar a cabo un desarrollo económico irracionalmente o sin pensar en las consecuencias perjudiciales que puede tener sobre el ambiente: «el derecho al desarrollo debe hacerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras» (principio 3 de la Declaración de Río).

hidrológico; de fijación del carbono atmosférico...» (artículo 4). Por lo tanto, se establece expresamente que una de las funciones ambientales que los bosques pueden desempeñar es la de absorber y, posteriormente, fijar el carbono existente en la atmósfera, lo cual va en beneficio de la buena calidad del ambiente atmosférico y, en consecuencia, frena el fenómeno del cambio climático. De aquí se deduce el cambio introducido por esta norma trascendiendo la función productiva clásica de la Ley de montes de 1957.

El tercer momento es cuando hace referencia al contenido de la Estadística forestal española en la que, entre otras cosas, se debe incluir el «estado de protección y conservación de los principales ecosistemas forestales españoles y efectos del cambio climático en los mismos» [art. 28.1 k)]. Esto denota, en primer lugar, la importancia y la gran trascendencia del problema en sí considerado y, por otra parte, la constatación una vez más de la relación que guarda el sistema forestal con el calentamiento global del planeta.

El cuarto momento donde se menciona expresamente es, tal como se expone en el artículo 65.2 b) de la Ley, que se tendrán en cuenta como baremo para otorgar los incentivos económicos, la fijación de dióxido de carbono en los montes como medida de contribución a la mitigación del cambio climático, en función de la cantidad de carbono fijada en la biomasa forestal del monte, así como de la valorización energética de su biomasa forestal aprovechable. La actividad administrativa de fomento en el ámbito forestal concede especial importancia y prioridad a que los montes realicen esa función de absorción contribuyendo a la disminución del cambio climático.

Por último, donde se menciona es en la disposición adicional séptima, la cual lleva por encabezado «Cambio climático». En ella se establece que «las Administraciones públicas elaborarán, en el ámbito del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, un estudio sobre las necesidades de adaptación del territorio forestal español al cambio climático, incluyendo un análisis de los métodos de ordenación y tratamientos silvícolas más adecuados para dicha adaptación». Esta disposición denota, en primer lugar, la constatación de la trascendencia del cambio climático a nivel mundial y, por lo tanto, también a España y, en segundo lugar, la voluntad por parte de España de tomar medidas y adquirir responsabilidades en el ámbito del derecho forestal respecto al problema del cambio climático.

En definitiva, la LM se justifica por plasmar las nuevas funciones ambientales que cumplen los bosques ante la evidencia de su trascendencia para el conjunto de la sociedad. Para que estas funciones puedan llevarse a cabo, es fundamental realizar una gestión forestal sostenible, que es el principio fundamental de la nueva LM, para lo cual también se requieren unos adecuados instrumentos de planificación y demás documentos técnicos que organicen y planifiquen dicha gestión.

2.2. En el Protocolo de Kyoto y en el Acuerdo de París

El Protocolo de Kyoto, al referirse al cambio climático como un problema de índole mundial y frente al cual se puede considerar dentro de las soluciones a

adoptar, el aprovechamiento de los bosques como sumideros y depósitos de los gases de efecto invernadero. Jurídicamente se está afirmando que los bosques son un medio eficaz para reducir la contaminación atmosférica y, en consecuencia, frenar o limitar el calentamiento global del planeta²², aspecto esencial.

Las medidas dirigidas a disminuir los efectos del cambio climático en relación con el sector forestal pueden consistir, por un lado, en políticas de *conservación*, mediante acciones dirigidas al mantenimiento del nivel de carbono existente en la atmósfera, como la protección de los árboles existentes, explotación y gestión sostenibles sin abusos, reducción de la tasa de deforestación²³, limitando las talas incondicionadas de árboles exigiendo en su caso, motivación de las mismas y, por último, evitar las emisiones asociadas al dióxido de carbono²⁴.

Asimismo, pueden consistir en políticas de *almacenamiento*, es decir, aumentar la absorción neta de la atmósfera mediante el almacenamiento de carbono en los árboles y otros productos forestales. De hecho, los bosques son una reserva fundamental de carbono ya que almacenan en la vegetación terrestre un 80% del carbono y un 40% se encuentra en los suelos. Esto puede ser posible realizando acciones como la expansión del área de los bosques, aumentando el total de carbono almacenado por unidad de área a través de acciones silvícolas, realizando roturaciones más prolongadas y no ejerciendo acciones que produzcan impactos en el sistema forestal.

Por último, puede tratarse de políticas de *sustitución*, en las que se reemplacen los combustibles fósiles por otro tipo de energía menos contaminante obtenida de los bosques que han sido administrados o gestionados de forma sostenible. Asimismo, conviene utilizar los productos forestales en lugar de otros como el acero o el hormigón, que precisan un uso intensivo de la energía y redundan en beneficio del ambiente ya que se disminuye el volumen de dióxido de carbono existente en la atmósfera²⁵.

22. En este punto, sólo se hace referencia a la función de los árboles como sumideros del carbono, pero cabe establecer a modo de apunte, que también los océanos constituyen sumideros importantes de los gases de efecto invernadero.

23. La deforestación genera conflictos, por el uso de la tierra, por poner un ejemplo, que en ocasiones degeneran en violencia. El valor de los bosques ha servido para financiar cruentas guerras y mafias del crimen organizado, por eso se denomina «madera de conflicto» procedente de países involucrados en conflictos bélicos y donde, según Naciones Unidas, los beneficios de la industria forestal son utilizados para la compra de armas y la financiación de la inseguridad regional.

24. De hecho, en el propio Protocolo de Kyoto, en su artículo 3.3, se especifica que la absorción de carbono derivada de las actividades de forestación y reforestación, al igual que las medidas encaminadas a evitar la deforestación se podrán contabilizar respecto de los objetivos de reducción de las emisiones. Reviste especial importancia por establecer las relaciones entre el cambio climático y los bosques y cómo estos últimos pueden ayudar a frenarlo, Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate change and biodiversity*, 2002. Véase también CIESLA, W. M., 1996; MACLIVER, D. C., 1995 y SÁNCHEZ PEÑA, G. y SANZ SÁNCHEZ, M. J., 2001.

25. En países como Asia y África y Sudamérica, que es donde habita el 90% de la población mundial, la demanda de madera para destinarla a uso como combustible no ha descendido en cifras y se estima que el volumen que se quema al día equivale a 30 millones de barriles de petróleo.

Es decir, de lo que se trata es de fomentar la utilización de biocombustibles sostenibles en lugar de los combustibles fósiles, ya que con el uso de los primeros producidos de forma sostenible no se produce ninguna emisión neta de dióxido de carbono a la atmósfera puesto que el dióxido de carbono que se libera en la quema de estos combustibles es absorbido por la biomasa en regeneración.

Resulta evidente y necesario a la vista de la gravedad del problema del cambio climático, llevar a cabo una ordenación forestal sostenible, contribuyendo a una conservación biológica forestal. Para ello, se deben proteger eficazmente las zonas forestales existentes en nuestros días y en aquellos lugares en los que sea posible y resulte apropiado, se debe fomentar la reforestación y el restablecimiento de hábitats²⁶. En esa misma línea, se sugieren medidas como la creación de zonas protegidas, de bosques de protección y también de bosques de producción, explotados de acuerdo a principios de rendimiento sostenible para que no sólo sea un objetivo la obtención de madera y otros productos forestales, sino que se tenga en cuenta el recurso natural y su conservación. Otra posibilidad podría ser la implantación de reservas biológicas en los bosques con el fin de proceder a una mejor protección de aquellos hábitats que presenten mayor riesgo, los cursos de agua, etc.

La realización de prácticas forestales también aparece mencionada en el Protocolo de Kyoto al referirse a los mecanismos de flexibilidad. De hecho, tanto el Mecanismo de Aplicación Conjunta como el Mecanismo para un Desarrollo Limpio incluyen proyectos forestales dentro de las posibilidades de actuación²⁷. En

26. Para contribuir a la sostenibilidad forestal, es de indudable trascendencia proteger las superficies forestales de los daños o peligros que le pongan en peligro, como el caso de los incendios, por ejemplo. De igual modo, se debe promover el uso menos intensivo de las tierras, evitando provocar incendios deliberados, reduciendo la utilización de productos químicos tóxicos y controlando el tipo de especies que se plantan en esas tierras. Del mismo modo, también resulta necesario establecer diferenciación según de que terreno forestal se trate, ya que así de esa manera, se puede precisar y adecuar cada terreno con sus especiales características y circunstancias a un régimen de protección y conservación adecuado a esas concretas necesidades.

27. Por un lado, el mecanismo de la aplicación o iniciativa conjunta consiste en que tanto el país inversor como el receptor (ambos países desarrollados), se comprometen a limitar las emisiones de CO₂ y, asimismo, pueden poner en práctica proyectos comunes tendentes a lograr la reducción de las emisiones. La parte inversora, por lo tanto, debe prestar asistencia tecnológica o financiera a la parte receptora tanto de recursos públicos como privados y los resultados de tales proyectos o acciones se computan a favor del país inversor. Con dichas transferencias lo que se está haciendo es proporcionar medios que se traducen en reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero o incremento de la capacidad de absorción de los sumideros de tales gases.

Por otro lado, el Mecanismo para un Desarrollo Limpio es un instrumento que consiste en proyectos de inversión, preferentemente privados, aunque cabe la posibilidad de que también sean públicos, desarrollados desde países con compromisos de limitación de emisiones de gases de efecto invernadero hacia países que, sin embargo, no han asumido ese compromiso. El mecanismo se articula sobre dos extremos, por un lado, el país receptor es un país en vías de desarrollo y mediante el proyecto a desarrollar, por iniciativa del país inversor, obtiene financiación adicional y tecnología si participa en proyectos destinados al desarrollo sostenible y la reducción de sus emisiones. Y por otro, el país inversor, que es un país desarrollado, añadirá a su cantidad atribuida la reducción de emisiones

el caso del primer mecanismo, el de la aplicación conjunta, los países desarrollados pueden llevar a cabo proyectos en otros países y de esa manera obtienen créditos de emisión, excepto en los casos en que se trate de actividades de forestación y reforestación, que en esos casos no se computan a los efectos de conseguir créditos. Es en el segundo mecanismo, el del Mecanismo para un Desarrollo Limpio, donde únicamente el 1% de las emisiones de 1990 puede ser reducido por la realización de actividades relacionadas con prácticas forestales en países en vías de desarrollo²⁸.

Con estos Mecanismos se permite la inversión de un país del Anexo I en un país no incluido en el Anexo I, en proyectos de reducción de emisiones o de fijación de carbono. En realidad, se cumple un triple objetivo ya que, en primer lugar, para el país inversor supone alcanzar los objetivos de reducción y limitación de emisiones que se le han fijado. En segundo lugar, para el país receptor de la inversión se consigue la implantación de un desarrollo sostenible a través de la transferencia de tecnologías limpias. Y en tercer lugar supone, en general, alcanzar el objetivo de reducción de las emisiones antropogénicas establecidos en el Protocolo de Kyoto²⁹.

certificada (SARASIBAR IRIARTE, M. (2007): *Régimen jurídico del cambio climático*, ed. Lex Nova, Valladolid y (2008): *El Derecho Forestal ante el cambio climático. Las funciones ambientales de los bosques*, ed. Thomson - Aranzadi, Cizur Menor).

28. La inclusión en este Protocolo de que las medidas realizadas en el sector forestal pueden estar destinadas a mitigar el cambio climático (Medidas para un Desarrollo Limpio), supone conceder a las mismas un gran valor y significado, y por supuesto un apoyo e incentivo para poder ir solucionando un problema de índole y repercusiones mundiales. Véase CIESLA, W. M., 1997; MARLAND, G., 1997; SCHLAMADINGER, B., TIPPER, R., 1998 y UNFCCC, 2003. Las afectaciones económicas de las actividades forestales para frenar el cambio climático están expuestas en CARPIO, C. E. y RAMÍREZ, O. A., 2001; FANKHAUSER, S., 1995.

29. Se exige, para poder participar en estos mecanismos, el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de los dos países que intervienen en el mismo. Por un lado, al país perteneciente al anexo I, se le requiere que haya ratificado el Protocolo de Kyoto, que haya determinado de forma clara la cantidad que va a atribuir al otro país, estar en posesión de un sistema nacional para estimar las emisiones y haber establecido un Registro nacional. También debe haber presentado un inventario anual al mismo tiempo que haber presentado información adicional sobre la cantidad atribuida. Y, por último, se le exige haber designado una autoridad nacional. Por otro lado, al país no perteneciente al anexo I, también se le exige haber ratificado el Protocolo de Kyoto y la designación de una autoridad nacional.

Una vez asegurado el cumplimiento de estos requisitos, ya se puede iniciar este mecanismo, en el que se pueden establecer dos fases: La primera, en la que se procede al diseño del proyecto a realizar y la segunda, que es propiamente la de la realización de dicho proyecto. En la primera, se elabora, primeramente, el «Documento Diseño del Proyecto», en el que se debe especificar una serie de datos, como la descripción general del proyecto, la metodología a seguir, el método para reducir las emisiones o cómo se puede absorber el carbono existente, la duración del proyecto y el período de acreditación, el análisis de las repercusiones ambientales, las fuentes de financiación pública, las observaciones de los interesados, el plan y la metodología de vigilancia y su justificación.

En segundo lugar, se procede a la validación del Proyecto por la entidad operacional, en la que se persigue someter a evaluación el proyecto para comprobar si se cumplen todos los requisitos del Mecanismo para un Desarrollo Limpio. Y, en tercer lugar, se procede al registro de proyecto por la Junta Ejecutiva donde ya se produce la aceptación oficial del proyecto.

En consecuencia, el bosque se convierte en un protagonista claro de los Mecanismos de flexibilidad, lo cual significa que las normas forestales deben asumir la importancia de las funciones ambientales que los bosques desempeñan en relación con el cambio climático. Al tratarse de un problema ambiental mundial con consecuencias muy negativas que afecta a todo el planeta, no se debe descartar ninguna medida o alternativa que tienda a mejorar la situación. Los bosques son un recurso natural que disponemos, merecedor de una protección y conservación adecuados por sí mismos, y también por constituir un medio eficaz para paliar los efectos tan perjudiciales que el calentamiento global está produciendo.

En el Acuerdo de París (2015) también se reconoce la función ambiental de sumidero por parte de los bosques calificándoles en su artículo 5 como sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero. En el artículo siguiente, se anima a los Estados a enfoques de política y los incentivos positivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques, y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, así como de los enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques, reafirmando al mismo tiempo la importancia de incentivar, cuando proceda, los beneficios no relacionados con el carbono que se derivan de esos enfoques.

2.3. En la Ley española sobre Cambio Climático y Transición Energética

La reciente Ley española sobre Cambio Climático y Transición Energética, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, también se refiere a la función de absorción de los gases de efecto invernadero. Una de las referencias la hace en el artículo 25 que está dedicado al desarrollo rural, y en concreto, a la política agraria, política forestal y energías renovables. En él se establece que el Gobierno incorporará en la aplicación de la Política Agraria Común, así como en otras estrategias, planes y programas en materia de política agraria y de desarrollo rural, y en el Plan Forestal Español, medidas encaminadas a reducir la vulnerabilidad al cambio climático de los suelos agrícolas, de los montes y de los suelos forestales. Para facilitar la preservación de los mismos, entre ellas, expone la conveniencia de la elaboración de un mapa de vulnerabilidad, así como la evaluación y promoción de sistemas agrícolas y prácticas de gestión forestal sostenibles para aumentar su resiliencia frente al cambio climático, que fomentarán en todo caso las sinergias con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en estos ecosistemas.

La segunda fase consiste, como he mencionado, en la ejecución del proyecto, en la que, en primer lugar, se ejecuta el plan de vigilancia por el promotor del proyecto. En segundo lugar, se procede a la verificación y certificación de las emisiones por la entidad operacional. Y en tercer y último lugar, se produce la emisión por el administrador del registro de las unidades de reducción resultantes tras la realización del proyecto incurso en el Mecanismo para un Desarrollo Limpio.

Asimismo, se establece en la Ley que el despliegue de las energías renovables debe llevarse a cabo de manera compatible con la conservación del patrimonio natural y la adecuada ordenación territorial. Para ello, perseguirá revertir parte de la riqueza que genera en el territorio donde se realice el referido despliegue para activar su economía y combatir el declive demográfico.

Consciente la Ley de esa importante función ambiental, dedica el artículo 26 al fomento de la misma y establece que las Administraciones Públicas competentes promoverán la identificación, clasificación, cartografía, aumento y mejora de los sumideros de carbono, incluidos los sumideros de carbono azul definidos por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, así como su evaluación y contabilización a partir de las fuentes de información existentes. Las Administraciones Públicas, en el marco del Consejo Nacional del Clima y la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, adoptarán las acciones oportunas para incentivar la participación de personas y entidades propietarias y gestoras públicas y privadas, especialmente los del sector agrario y forestal, en el aumento de la capacidad de captación de CO₂ de los sumideros de carbono.

Para conseguir esos fines, se fomentarán las acciones que resalten las externalidades positivas que proporcionan los sumideros de carbono terrestres y marinos, especialmente aquellas que proporciona el sector agrario y forestal, así como el uso de la biomasa de origen primario como fuente de materiales, los productos forestales de los montes como materias primas con ciclo de vida óptimo, servicios ecosistémicos y energía de origen renovable y sostenible. A tal efecto, la acción de fomento señalada se llevará a cabo en el marco del necesario apoyo a la bioeconomía como motor de desarrollo de las zonas rurales, y adaptada a las obligaciones ligadas a la calidad del aire.

En conclusión, la inclusión de la función ambiental de los espacios forestales en la reciente Ley sobre Cambio Climático es un acierto ya que no podía ser de otra manera, por otra parte, tratándose de una Ley de 2021 donde se presupone el reconocimiento jurídico de la interacción entre cambio climático y los espacios forestales. Pero considero que la actividad administrativa de fomento es insuficiente para conseguir resultados puesto que se trata de buenas intenciones por parte de las Administraciones, pero no se hace referencia a ninguna otra medida más coactiva que obligue en cuanto a resultados. Tampoco se hace referencia a una política sancionadora que, por desgracia, suele ser la más efectiva.

II. LA CERTIFICACIÓN FORESTAL

1. La necesaria gestión forestal sostenible como fundamento de la certificación forestal

Con la aplicación del principio de gestión forestal sostenible, supone considerar al bosque de modo integrado con otros elementos ambientales, con la

consecuencia de que el uso que se haga del mismo sea compatible y adecuado con el resto de elementos. La gestión debe ser integradora en un doble sentido, por un lado, de todos los recursos naturales existentes o potenciales, y por otro, la integración de éstos con el medio físico en que se encuentran.

La LM supone un cambio muy importante en la regulación jurídica forestal y una de sus manifestaciones la constituye el principio de gestión forestal sostenible, convirtiéndose en una de sus importantes novedades³⁰. En la propia exposición de motivos, se destaca este principio no únicamente como un cambio respecto a la legislación anterior, sino como el fundamento principal del contenido de la Ley, que sirve de base o fundamento para el resto de cuestiones o materias tratadas (art. 32).

La LM pretende incluir todos esos aspectos novedosos en la concepción tradicional de aprovechar conservando. La definición que se da de este principio por la LM es «la organización, administración y uso de los montes de forma e intensidad que permita mantener su biodiversidad, productividad, vitalidad, potencialidad y capacidad de regeneración, para atender, ahora y en el futuro, las funciones ecológicas, económicas y sociales relevantes en el ámbito local, nacional y global y sin producir daños a otros ecosistemas» [artículo 6 e)]³¹.

Este principio sirve como punto de partida a partir del cual configurar y construir los pilares fundamentales que caracterizan a dicha Ley, el cual aparece expresamente como uno de ellos [art. 3 a)]³². Ocupa el primer lugar en este precepto y a partir de él, se entienden y explican otros planteamientos y concepciones de la Ley. Es decir, partiendo de este principio de la sostenibilidad, se derivan otros como, por ejemplo, el cumplimiento equilibrado de la multifuncio-

30. Conviene recordar que fueron las Comunidades Autónomas las que se adelantaron en el conocimiento de la importancia del principio de sostenibilidad y en su inclusión en el contenido de sus normas forestales. Todas las leyes forestales autonómicas, excepto la de Asturias, son previas a la LM y en todas ellas, a diferencia de LM/1957, se hacía mención de este principio. Este dato es muy significativo y demuestra, nuevamente, cómo la legislación autonómica en este sentido ha sido más adelantada y ha innovado en este campo, a pesar de no contar con una ley estatal que constituyera el marco y el modelo a seguir.

31. La referencia a la sostenibilidad hasta la LM era referente a la sostenibilidad de la madera fundamentalmente, pero como se desprende de su definición, la novedad principal es la de la implantación de la gestión forestal sostenible vista de modo integral lo cual responde a la idea de la multifuncionalidad. Lo destacado de la nueva concepción es que no sólo se pretende conservar y mantener los bosques ya existentes, sino que también se debe potenciar y revitalizar esos espacios forestales pensando en el presente y también en el futuro. También hay que traer a colación el término de globalización, ya que la multifuncionalidad de los bosques debe ser plasmada a nivel local, nacional e internacional, lo cual también es una característica innata del ambiente «que no entiende de fronteras y debe por tanto armonizarse a nivel mundial» (GARCÍA MORENO-RODRÍGUEZ, F. (2005): «La ordenación de los montes: gestión sostenible, instrumentos de ordenación y certificación forestal», en el vol. col. CALVO SÁNCHEZ, L. (Coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, p. 814).

32. Como se expuso en la declaración de la Asamblea de Naciones Unidas en junio de 1997, «los bosques son parte del desarrollo sostenible». Y todas las actuaciones y medidas que se realicen en este medio deben encuadrarse en el marco de la sostenibilidad y dentro de los límites que supone dicho principio.

nalidad de los montes en su valores ambientales, económicos y sociales [artículo 3 b)] y la integración en la política forestal española de los objetivos de la acción internacional sobre protección del medio ambiente, especialmente en materia de desertificación, cambio climático y biodiversidad [artículo 3 g)].

La LM establece como medio principal la aplicación del principio de sostenibilidad para obtener el resultado de una política forestal adecuada con la incorporación necesaria de los requisitos ambientales y así obtener un equilibrio entre el aprovechamiento productivo y la protección de los recursos forestales. En conclusión, esta nueva filosofía ambientalista y proteccionista que impera en la Ley tiene uno de sus reflejos en el principio de gestión forestal sostenible.

De hecho, por ejemplo, uno de los instrumentos propiciadores de la gestión forestal sostenible es el Plan Forestal, que, entre otras cosas, sirve de apoyo a la certificación forestal. Por ello, la razón del título de este apartado tiene su razón de ser, ya que la gestión sostenible de los bosques, creando foros y procesos permite garantizar la certificación de dicha gestión en los productos derivados del bosque, como prueba o señal de la sostenibilidad tanto para el sector forestal como para la sociedad en general³³, aspecto que posteriormente se explicará.

Cabe hacer mención del Informe Brundtland de 1987 donde se enfatizó la importancia de un desarrollo sostenible y en concreto, en lo que respecta al ámbito forestal, destacan los «Principios Forestales» que en aquel momento no se pudieron acordarse y constituyeron el primer intento global en el logro de criterios para el consenso sobre el manejo, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques. Me refiero a la definición de los Criterios e Indicadores (C&I), que son herramientas para evaluar las tendencias de las condiciones forestales y el manejo forestal y no sólo eso sino aspectos mucho más amplios que la mera evaluación del rendimiento sostenido de la madera, como la evaluación de bosques y ecosistemas con funciones ambientales, sociales, y económicas. Los

33. Por ello, con la certificación forestal se quiere mostrar el cumplimiento de una serie de condiciones que se han seguido en la gestión forestal, que son:

- Mantenimiento y mejora adecuada de los recursos forestales y su contribución a los ciclos globales del carbono.

- Mantenimiento de la salud y vitalidad del ecosistema forestal.

- Mantenimiento y potenciación de las funciones productivas del monte.

- Mantenimiento, conservación y mejora apropiada de la diversidad biológica de los ecosistemas forestales.

- Mantenimiento de otras posibles funciones que los bosques pueden realizar fuera de las productivas (funciones recreativas, culturales, paisajísticas, etc.).

En realidad, la certificación forestal puede ser un medio muy a tener en cuenta para aumentar la superficie forestal gestionada de modo racional y de alguna manera para poder conservar los bosques que existen en nuestros días, ya que ese instrumento se convierte en una garantía y apoyo hacia la conservación de nuestro sistema forestal. Para profundizar sobre la certificación forestal, véase a GARCÍA MORENO-RODRÍGUEZ, F. (2005): «La ordenación de los montes: gestión sostenible, instrumentos de ordenación y certificación forestal», en el vol. col. CALVO SÁNCHEZ, L. (Coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, pp. 861-876 y (2021): *La certificación forestal: un instrumento económico de mercado al servicio de la gestión forestal sostenible*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

C&I ofrecen un marco común para describir, monitorear y evaluar el progreso hacia el manejo forestal sostenible³⁴.

De dicho Informe, el medio más exitoso para conseguir esa gestión forestal sostenible fue la certificación forestal. Y si una propiedad forestal quiere certificarse debe comprometerse a una gestión forestal sostenible, es decir, responsable y respetuosa con la protección del elemento natural pero que también sea económicamente viable y socialmente beneficiosa. Y el primer requisito para participar en el proceso de certificación es contar con un Plan de Gestión donde se plasmen objetivos claros con una planificación clara de la Unidad de Gestión forestal.

Cuando nos referimos a madera sostenible entendemos aquélla que es extraída, procesada y comercializada considerando los posibles impactos ambientales, sociales y económicos de su extracción y utilización. Por ello, los esquemas de certificación de gestión forestal ayudan a comprobar que la madera proviene de bosques gestionados sosteniblemente, a través de una verificación independiente de una tercera parte.

La madera constituye un recurso renovable y altamente sostenible cuando se obtiene correctamente. Por ejemplo, el incremento de la demanda de madera sostenible en el área de la construcción ayuda a impulsar la gestión forestal sostenible, incrementar la oferta de la cobertura forestal y almacenar carbono en el CO₂ contenido en la madera del edificio.

La gestión forestal sostenible supone que se asegure que el aprovechamiento de productos forestales maderables y no maderables contribuya a mantener la biodiversidad, la productividad y los procesos ecológicos del monte. Asimismo, supone que el aprovechamiento de productos forestales maderables y no maderables contribuya a mantener la biodiversidad, la productividad y los procesos ecológicos del monte y, por último, supone que las operaciones forestales se estructuren y se administren de modo que sean lo suficientemente rentables, sin que los beneficios económicos se generen a expensas del recurso forestal, del ecosistema o de las comunidades afectadas.

2. Los instrumentos de la certificación forestal

En realidad, la certificación forestal es una clase de etiqueta ecológica pero referida a los productos forestales y principalmente a la madera. Se trata de extender y favorecer las prácticas de gestión forestal de forma sostenible. La propia Ley en su artículo 6 p) la define como «el procedimiento voluntario por el que una tercera parte independiente proporciona una garantía escrita tanto de que

34. RAVI PRABHU, CAROL COLFER Y GILL SHEPHERD (1998), «Criterios e indicadores para la ordenación forestal sostenible: nuevos hallazgos de la investigación realizada por CIFOR al nivel de la unidad de manejo forestal», *Red Forestal para el Desarrollo Rural*, 23ª (online).

la gestión forestal es conforme con criterios de sostenibilidad como de que se realiza un seguimiento fiable desde el origen de los productos forestales».

La Ley dedica dos preceptos a la certificación forestal, en concreto, en el artículo 35 de la LM tras su reforma de 2015, establece que «las Administraciones públicas promoverán el desarrollo de los sistemas de certificación forestal voluntarios, transparentes y no discriminatorios».

Con la reforma se incluyó otro artículo, el 35 bis que también se refiere a la certificación y más en concreto, a «la compra responsable de productos forestales». En él se expone que «a efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el órgano de contratación podrá incluir entre las consideraciones de tipo medioambiental que se establezcan en el procedimiento de contratación, las relativas a las condiciones de legalidad del aprovechamiento de la madera y sus productos derivados en origen como factor excluyente en caso de no acreditarse, y las relativas a su sostenibilidad, que podrá acreditarse, entre otras formas, mediante la certificación forestal definida en el artículo 6»³⁵. Estos dos preceptos denotan la gran relevancia que este aspecto tiene en el sistema forestal y que también guarda mucha relación con la gestión sostenible de los espacios forestales, como se ha señalado.

Este sistema de certificación forestal es un procedimiento voluntario y pretende en última instancia vincular el comercio de los productos forestales con la gestión sostenible de los espacios forestales de los que proceden procurando que el usuario final compre aquellos productos que tengan esa certificación, lo cual quiere decir que proceden de espacios forestales ordenados y gestionados siguiendo prácticas sostenibles. Esta certificación forestal supone que la presión que el mercado puede hacer de esta clase de productos forestales que cuenten con certificación, influirá en la continuidad de las prácticas de gestión forestal sostenible, lo cual es desde todos los puntos de vista positivo. Se trata de un instrumento de mercado que garantiza al consumidor que la madera o cualquier otro producto forestal (corcho, resina, etc.) procede de un bosque gestionado de forma responsable y sostenible. Este Certificado se denomina Certificación de la Gestión Forestal Sostenible (Certificación GFS).

Pero a pesar de ser muy importante para el mantenimiento de los productos y servicios que proporcionan los bosques, la gestión forestal sostenible no establece por sí misma el enlace entre el bosque y el mercado. Para garantizar que la madera y los productos derivados de ella provengan de bosques gestionados de manera sostenible, aparece la certificación de cadena de custodia. Es decir, con el instrumento de la certificación forestal se constata que se ha cumplido con los criterios de sostenibilidad exigidos respecto de los montes. Y con el certificado de la cadena de custodia, se acredita la trazabilidad de las materias

35. Para conocer más sobre la certificación forestal, véase a GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., «La ordenación de los montes: gestión sostenible, instrumentos de ordenación y certificación forestal», en el vol. col. CALVO SÁNCHEZ, L. (Coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, op. cit., pp. 861-876.

primas durante el proceso de fabricación, transporte y comercialización hasta el usuario final, asegurando su origen sostenible (Certificación CoC).

La certificación forestal es aplicable, por tanto, a propietarios de terrenos forestales que quieran certificar sus montes, y a la industria de la madera y de los productos forestales (5 años revisable cada año para verificar el cumplimiento de requisitos)³⁶.

Por lo que una propiedad forestal que desee certificarse debe demostrar un compromiso claro con los principios del FSC³⁷, es decir, debe promover una gestión forestal ambientalmente responsable económicamente viable y socialmente beneficiosa. El primer requisito para entrar en el proceso de certificación es la existencia de un Plan de Gestión (Proyecto de Ordenación o Planes técnicos), que establezca objetivos claros y permita una planificación a corto, mediano y largo plazo de la unidad de gestión forestal. Antes de iniciar el proceso de certificación, el propietario puede solicitar una preauditoría para identificar los posibles aspectos débiles de su gestión que puedan convertirse en precondiciones de cara a la obtención del certificado. Una vez llegado a un acuerdo, el solicitante firma un contrato con la entidad de certificación³⁸, momento a partir del cual se inicia el proceso de información y consultas a los interesados locales, para obtener la máxima información posible de la operación que se somete a evaluación.

Los principales esquemas de certificación a nivel internacional, aunque no únicos, son, por un lado, FSC (Forest Stewardship Council) que tiene certificados de Gestión Forestal Sostenible, Cadena de Custodia y Madera Controlada (este último controla que la madera que se mezcla con la madera certificada cumpla con la legalidad) y PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification) que tiene certificados de Gestión Forestal Sostenible y Cadena de Custodia. Este sistema trabaja con esquemas nacionales como: Cerflor (Brazilian Forest Certification Programme), MTCC (Malasia) o SFI-Sustainable Forestry Initiative (Canadá y EEUU), entre otros.

El FSC³⁹ lo creó una organización independiente, no gubernamental y sin ánimo de lucro. Fue establecida en 1994 en Oaxaca por diferentes grupos de 25

36. Actualmente existen distintos sistemas de Certificación Forestal, aunque los esquemas más extendidos mundialmente son dos: FSC y PEFC. La adopción de uno u otro sistema (o de los dos) depende de cada empresa y sobre todo de qué tipo de madera esté demandando el cliente y de la madera certificada que puedan suministrar los proveedores. Sobre esta diferenciación véase la Guía de compra pública responsable de productos forestales, en el marco de la Estrategia ambiental vasca de Desarrollo Sostenible.

37. <https://es.fsc.org/es-es/sistema-fsc/principios-y-criterios-fsc>

38. En España, hay dos entidades de certificación acreditadas que son SmartWood y SGS QUALIFOR.

39. La etiqueta FSC 100% supone que todos los materiales utilizados en los productos que llevan esta etiqueta proceden de bosques que han sido auditados por una tercera parte independiente para confirmar que se manejan de conformidad con los rigurosos estándares sociales y ambientales de FSC. De todas las etiquetas FSC, FSC 100% es la que contribuye de forma más directa al objetivo de FSC que es bosques para todos, para siempre y, por lo tanto, es el mayor sello de distinción para los productos certificados. Sin embargo, FSC RECICLADO significa que se ha verificado que los productos que llevan esta etiqueta están hechos con un 100% de material reciclado (ya sea materiales recuperados postconsumo o preconsumo). El uso de productos FSC Reciclado puede ayudar a aliviar la pre-

países para promover la gestión responsable de los bosques y está organizada en 3 cámaras de miembros (económica, medioambiental y social). Desarrolló los Principios y Criterios que describen cómo se pueden gestionar los bosques para satisfacer las necesidades sociales, económicas y medioambientales de los bosques de todo el mundo y se utilizarán para la certificación con un conjunto aprobado de indicadores adaptados a las condiciones nacionales, regionales o locales⁴⁰.

El PEFC lo creó una organización independiente, no gubernamental y sin ánimo de lucro. Fue creada en 1999 en París para promover la gestión responsable de los bosques a nivel local. También está organizada en 3 cámaras de miembros (económica, medioambiental y social) y constituye una organización paraguas que respalda los sistemas nacionales de certificación forestal desarrollados a través de procesos de múltiples partes interesadas y adaptados a las prioridades y condiciones locales (48 sistemas nacionales de certificación forestal respaldados). Desarrolló el punto de referencia de la Gestión Forestal Sostenible del PEFC (base de los requisitos que deben cumplir los propietarios o gestores forestales para lograr la certificación del PEFC a nivel local mediante normas avaladas por el PEFC).

3. La contratación pública en el ámbito forestal como medio de apoyo a la certificación forestal

La compra verde o con criterios ambientales se basa en la incorporación de requerimientos medioambientales en los contratos de suministros, obras y servicios. La Administración puede incentivar la conveniencia de una práctica forestal sostenible, así como de la certificación forestal mediante la realización de actividades de sensibilización sobre la gestión forestal sostenible⁴¹, a través de la

sión de la demanda sobre las fuentes de material virgen, ayudando así a proteger los bosques del mundo. Y, por último, FSC MIXTO supone que los productos que llevan esta etiqueta están hechos con una mezcla de materiales procedentes de bosques certificados por FSC, materiales reciclados y/o madera controlada FSC. Aunque la madera controlada no procede de bosques certificados por FSC, mitiga el riesgo de que el material se obtenga de fuentes inaceptables.

40. Los 10 principios del FSC son: cumplimiento de las leyes; Derechos de los trabajadores y condiciones de empleo; Derechos de los pueblos indígenas; Relaciones con la comunidad; Beneficios del bosque; Valores e impactos ambientales; Planificación de la gestión; Seguimiento y evaluación; Alto valor de conservación y ejecución de las actividades de gestión.

41. La sensibilización ha demostrado ser una buena vía para contribuir a la educación de la ciudadanía, apoyar a las ONG locales y mejorar la imagen de las autoridades públicas. La campaña Madera Justa es un buen ejemplo de actividad de sensibilización. Por citar ejemplos de otros países que han realizado actividades de sensibilización respecto de la gestión forestal sostenible, cabe referirse a Rakvere en Estonia, que cuenta con abundantes recursos forestales y, cada año, una de sus ciudades es seleccionada para recibir el premio de *Capital Forestal*. La ciudad de Rakvere, que tiene un 14.3% de su territorio cubierto con bosques propiedad de la ciudad, obtuvo el título de *Capital Forestal* en el 2012. Otro ejemplo es el del CPET (*Central Point of Expertise on Timber Procurement*) que trabajó junto con la Federación para el Comercio de Madera del Reino Unido y WWF-Reino Unido

compra pública responsable de madera, así como mediante el apoyo a pequeños productores de madera en Europa⁴².

De hecho, muchos trabajos de edificación, el equipamiento de sus centros o para el mobiliario urbano son destinos en los que la Administración utiliza madera. El volumen de contratación de obras de construcción es uno de los más importantes para la gran mayoría de Administraciones españolas.

La Administración con estas prácticas, quiere reducir al mínimo los impactos ambientales producidos a través de sus contrataciones y asegurar una demanda pública de bienes y servicios de manera que los productores y proveedores de la Administración promuevan nuevas alternativas sostenibles a los productos y servicios tradicionales. Por ello, se puede afirmar que la contratación pública⁴³ debe ser una herramienta para combatir el cambio climático y prevenir la deforestación y la tala ilegal⁴⁴. Respecto de esto último, ante la dificultad de acreditar la no procedencia de la madera de talas ilegales, se suele recurrir a una de-

(WWF, *World Wildlife Fund*) en 2008 para realizar una campaña de sensibilización específicamente dirigida a las Administraciones Locales. La campaña consistía en enviar folletos informativos a las autoridades locales, realizar seminarios formativos y elaborar una guía electrónica disponible en el sitio web de CPET. Desde 2010 CPET ha estado trabajando en colaboración con WWF Reino Unido en el apoyo a la campaña «¿Qué madera elegir? Para impulsar la ejecución de una política de compra responsable por las Administraciones Locales.

42. El apoyo a las pequeñas empresas madereras puede lograrse si las Administraciones Públicas aplican una política de compra que favorezca especialmente a aquellas compañías localizadas en regiones forestales importantes. Con objeto de cumplir la normativa europea sobre compra pública, es fundamental asegurar que no se produzca discriminación en las licitaciones públicas del resto de las empresas madereras europeas. Para ello, se pueden separar las licitaciones en lotes más pequeños, que resultan más manejables para los pequeños operadores, así como trabajar con empresas madereras locales o regionales fuera de concursos de licitación para asegurar su capacidad de competición. Se recomienda también establecer un diálogo abierto y transparente con los potenciales proveedores en la fase previa a la licitación. Como ejemplo, cabe citar que todo el Parque Olímpico de Londres de 2012 se hizo sólo con madera de fuentes sostenibles (ya sea certificada FSC o PEFC) en su Estrategia de Desarrollo Sostenible, consiguiendo el reconocimiento como el primer Proyecto Doblemente Certificado en el Mundo. Otra sede destacada y también sostenible de las Olimpiadas 2012 fue el velódromo, que para la construcción de su revestimiento se utilizó sólo madera certificada de diversas especies y para las pistas, se utilizó madera certificada de pino siberiano.

43. Sobre contratación pública verde, véase GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a. y ALENZA GARCÍA, J. F. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor; PERNAS GARCÍA, J. J. (2011): *Contratación pública verde*, ed. La Ley, Madrid, p. 181; ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2018): Contratación pública ecológica y objeto de contrato: el diseño «verde» de las prestaciones contractuales en el Derecho Comunitario e interno, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 39, pp. 97-132; SOLA TEYSSIERE, J. (2018): «Las cláusulas ambientales como criterios de adjudicación del contrato», en el vol. col. GALÁN Vioque, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 125-161.

44. En este sentido, cabe hacer referencia al Reglamento 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, que es aplicable desde el 3 de marzo de 2013. Regula el comercio de productos de la madera en el mercado de la Unión Europea y prohíbe la entrada de madera aprovechada ilegalmente, estableciendo procedimientos obligatorios (sistema de diligencia debida) para los agentes que comercialicen madera o productos de la madera. El reglamento también

claración jurada de los licitadores en este sentido. Asimismo, es necesario recalcar que la compra de madera sostenible ayuda a reducir las emisiones de carbono causadas por la deforestación, a mitigar las emisiones relacionadas con el transporte de materiales maderables, así como a almacenar carbono.

En este sentido, es importante volver a remarcar que la madera es un almacén natural de carbono (sumidero de CO₂) y que su consumo responsable, por parte de las administraciones asegurándose de la procedencia de explotaciones forestales sostenibles, favorece el desarrollo socioeconómico de las poblaciones locales y contribuye en la mitigación del cambio climático.

La compra de madera sostenible puede ayudar a preservar para las generaciones futuras la salud y la función que desempeñan los recursos forestales, a proteger los derechos y el sustento de las personas que dependen de ellos y a garantizar condiciones laborales dignas para los trabajadores forestales. A mi juicio, es desde todos los puntos de vista una práctica muy positiva, porque fomenta que los particulares hagan lo mismo.

En el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado 2018-2025, las Administraciones se plantean como objetivo, la compra de madera de origen legal y procedente de explotaciones gestionadas de forma sostenible en los productos con un contenido en Madera superior al 10%. En dicho Plan, se detalla las principales especificaciones técnicas y/o criterios de adjudicación que pueden ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación⁴⁵. En particular, se establece como medidas la incorporación como criterio

requiere que los agentes que comercializan madera en el mercado europeo por primera vez dispongan de un sistema de auditoría preventiva.

45. Este Plan fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministro de 7 de diciembre de 2018 y establece como criterios de adjudicación o especificaciones técnicas:

- Disponer de un certificado ISO 14006 o equivalente emitido a nombre del fabricante del producto. (Podrá ser utilizado también como requisito de solvencia).

- La madera y materiales a base de madera procederán de fuentes legítimas (bosques de gestión legal y sostenible).

- Utilización de materiales elaborados parcial o totalmente a partir de materiales reciclados o renovables (como la madera).

- Limitar el contenido en disolventes orgánicos y las emisiones de compuestos orgánicos volátiles (COV) de los productos, adhesivos y sustancias destinadas al tratamiento de superficies.

- Evitar ciertas sustancias peligrosas en la producción de materiales y el tratamiento de superficies.

- Los envases se deberán realizar con material reciclado y fácilmente reciclable o con materiales procedentes de recursos renovables, o ser un sistema multiusos.

- Garantizar la reciclabilidad y la separabilidad de los materiales de envasado y las piezas del mobiliario, así como el uso de materiales de envasado elaborados a base de materias primas renovables.

- Adquisición de mobiliario duradero, apto para su uso, ergonómico, fácil de desmontar, reparable y reciclable.

Si la compra de mobiliario y paneles murales incorpora la retirada de los muebles que sean desechados, y por tanto adquieran su condición de residuo, éstos deberán gestionarse conforme a la Ley 22/2011, de 28 de julio, prestando especial atención a la aplicación del principio de jerarquía de residuos. Igualmente, en aplicación de la economía circular, se fomentará la aplicación de operaciones para la reutilización cuando sea posible.

de adjudicación, de conformidad con el proyecto de ecoetiqueta europea, que la madera virgen utilizada no proceda de talas ilegales, árboles genéticamente modificados o de alto valor medioambiental y la incorporación como criterio de valoración, la gestión forestal sostenible, acreditable mediante la presentación de los documentos que así lo acrediten.

Igualmente, es obligada la referencia al *Buying Green Handbook* de la Comisión Europea⁴⁶, el cual incluye una serie de requisitos medioambientales en sus convocatorias de propuestas para el suministro de mobiliario, que contemplan la totalidad del ciclo de vida de estos productos. Los licitadores deben comprometerse a cumplir los criterios de sostenibilidad en cada fase de la vida de los muebles⁴⁷.

De forma destacada, hay que referirse al Cabildo de Gran Canaria porque fue pionero en la certificación de gestión forestal FSC en España, con una superficie forestal importante de madera certificada⁴⁸. Además del interés ambiental hasta ahora destacado, también conviene referenciar que supuso un aspecto de interés para el turismo de esa zona porque añadía valor y enriquecía la imagen de dicha isla.

Por poner algunos ejemplos más, el Ayuntamiento de Madrid mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno del 24 de febrero de 2005, se comprometió a adoptar las medidas necesarias para promover la utilización de madera y productos forestales cuyo origen sea legal y proceda de masas forestales gestionadas de manera ambientalmente responsable y socialmente beneficiosa.

En esta misma línea, el Parlamento de Cataluña aprobó por unanimidad el 19 de junio de 2003, una proposición no de ley para promover la compra de madera procedente únicamente de la gestión forestal sostenible, a través de la

Los órganos de contratación podrán asumir criterios adicionales para incorporar en los pliegos de contratación siguiendo los criterios de la contratación pública verde de la UE en este grupo de productos http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/furniture_GPP_product_sheet_es.pdf.

46. Tercera edición, 2016.

47. Entre los criterios figuran los siguientes:

— debe indicarse la procedencia de la madera; — al menos un 50 % de contenido sostenible certificado en la madera; — trazabilidad de la madera certificada y no certificada utilizada; — uso limitado de sustancias peligrosas; — uso de las mejores técnicas disponibles en el tratamiento de las superficies del mobiliario; — sistemas de tratamiento eficaces para los residuos suspendidos en el aire y en el agua en la fabricación de cueros; — reducción de compuestos orgánicos volátiles (COV) y de las emisiones de formaldehído ($\leq \frac{1}{2}$ E1).

Otros criterios relacionados con el ciclo de vida hacen referencia a los materiales de envasado y embalaje, la optimización de la congestión durante el transporte y el almacenamiento y la utilización de medios de transporte integrado (carretera y ferrocarril). Cada mueble debe ir acompañado de su respectivo manual o folleto de instrucciones relativos al mantenimiento y a la gestión del producto al término de su vida útil, con el objetivo de separar aquellos artículos con un peso superior a 50 gramos, marcar las piezas de plástico con fines de recuperación y recoger y recuperar los muebles usados.

También hay que tener en consideración el Reglamento (UE) n.º 995/2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera.

48. Los gestores decidieron optar por la certificación FSC porque pensaron que era una herramienta no sólo para mejorar la gestión forestal, sino también para articular el componente social, la relación con los vecinos y usuarios del monte, así como con los propietarios de las fincas incluidas en el alcance del certificado.

demanda de madera certificada en los pliegos de prescripciones técnicas de las obras, suministros y servicios de la Generalitat.

En el Ayuntamiento de Barcelona en 2004, se aprobó una política de compra responsable de productos forestales, que establece «un orden de preferencia de certificados y documentos acreditativos, dando prioridad a los que ofrezcan mayor información sobre las características ambientales del producto, la sostenibilidad en la producción y extracción, así como sobre los criterios sociales requeridos en el proceso de acreditación». En consecuencia, lo que hizo el Ayuntamiento de Barcelona es dar preferencia en las adquisiciones a la madera o productos de madera con el sello FSC o certificaciones equivalentes sobre otros productos que no la tengan⁴⁹.

Hay que señalar que, dentro de la gama de productos desarrollados bajo los sistemas de certificación de Comercio Justo⁵⁰ (sello Fairtrade para productos y sello WFTO/Organización Mundial de Comercio Justo para organizaciones), no existen opciones de madera o mobiliario aptos para las administraciones públicas. No obstante, ya existen las primeras iniciativas de organizaciones de Comercio Justo que además cumplen con los parámetros del sistema FSC y también se está trabajando en que los criterios sociales de FSC se acerquen a los parámetros de Comercio Justo⁵¹.

Otro ejemplo es el del Gobierno Vasco, ya que su mobiliario requerirá madera natural con certificado de explotación forestal sostenible y tableros de partículas con bajas emisiones de formaldehído. También se consideran los pro-

49. Además de la Administración pública, cabe hacer referencia a modo de ejemplo, al caso de empresas privadas que también contribuyen a la compra responsable de madera, como es Leroy Merlin España, que se asoció en 2007 a la «Red Ibérica de Comercio Forestal», para desarrollar con ayuda de WWF/España un programa de compra responsable de productos forestales, cuyo objetivo fue documentar el origen de la madera de los proveedores para reducir los riesgos de un origen ilegal y aumentar de forma progresiva la madera certificada. Con ello, contribuye a promover una gestión social y ambientalmente sostenible de los bosques puesto que aplica medidas de consumo responsable que dan prioridad a los productos forestales certificados por el FSC, máxima garantía de su origen sostenible. En 2009, se adhirió como socio estratégico a la campaña Madera Justa, desarrollada conjuntamente por la Fundación COPADE (Comercio Para el Desarrollo) y FSC España. En base a esto, creó unas líneas de productos que ayudan a generar hábitos de vida saludables y a crear hogares más sostenibles. Estas líneas se llaman «Eco-Opciones» y cuentan con 3.200 referencias dentro de 5 categorías.

50. El Comercio Justo es un movimiento internacional que busca cambiar las reglas del comercio internacional para mejorar las condiciones de vida de las comunidades productoras en países del Sur, a través de la comercialización, la educación y la presión política.

Por ello, se deduce que el Comercio Justo contribuye a un desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de productores y trabajadores marginados, especialmente en países en vías de desarrollo. Optando por el Comercio Justo, las Administraciones Públicas se conviertan en agentes activos de desarrollo mejorando así su ética institucional, acelerando la integración de la responsabilidad social empresarial en la cadena de suministro y convirtiéndose en referentes de consumo responsable de cara a la ciudadanía.

51. En la práctica, a veces ocurre que la documentación de los certificados presentada es de baja calidad y, por lo tanto, presentan problemas de garantía. Igualmente se constata que es difícil dar seguimiento a la cadena de custodia, por lo que la formación e información al personal implicado son claves para el éxito en la aplicación de la política.

cedimientos y métodos de producción de los productos. En el caso de la madera, cuando el objeto contractual lo permita, se incluirán especificaciones técnicas medioambientales y/o de seguridad y salud social y laboral vinculadas a la fabricación del producto suministrado o utilizado en la prestación de los servicios u obra contratada, o que deba incluirse en el diseño proyectado, siempre que dichas especificaciones contribuyan a las características técnicas del producto, aunque no sean visibles.

Cabe resaltar igualmente la iniciativa de WWF creando el Observatorio «Ciudades por los bosques»⁵² para incentivar y poner de manifiesto el interés que tienen los gobiernos de las ciudades españolas más pobladas (más de 20.000 habitantes) por la conservación de los bosques del planeta. En este Observatorio se encuentran sólo L'Hospitalet de Llobregat, Barcelona, Benicarló, Gavá, Sant Boi de Llobregat y León quienes han adoptado medidas contra el consumo de madera de origen ilegal.

De todas estas buenas prácticas por parte de diferentes Administraciones públicas, cabe enfatizar de nuevo que la contratación sostenible es la que considera criterios ambientales y sociales además de la variable del precio, con el fin de contratar de forma más respetuosa con el medio ambiente y promoviendo la inserción sociolaboral, la igualdad de oportunidades, el respeto hacia los derechos laborales básicos en la cadena de producción y un Comercio Justo con países en vías de desarrollo.

Los mecanismos para la integración de consideraciones y criterios ambientales y sociales en los procedimientos de contratación alcanzan tanto a las actuaciones previas (determinación del objeto de contrato y pliegos de cláusulas administrativas), como al procedimiento de contratación en sí (selección y requisitos de capacidad técnica), a la propia adjudicación (valoración de la oferta más ventajosa) y en la ejecución del contrato (condiciones de ejecución), aspectos que se describen a continuación.

52. Existen tres listas, que son la Lista verde a la que pertenecen las ciudades con más de 20.000 habitantes que cuentan con una Política de Compra Responsable implantada y un Plan de Acción aprobado para controlar el origen sostenible de los productos forestales y dar prioridad a aquéllos certificados por un sistema creíble como el FSC; la lista roja a la que pertenecen las ciudades con más de 20.000 habitantes que no han respondido al cuestionario de WWF-España o que aún no han desarrollado instrumentos para evitar la entrada de productos forestales de origen insostenible y la lista ámbar, a la que pertenecen las ciudades con más de 20.000 habitantes que tienen una Política de Compra Responsable en proceso de elaboración, o que incorporan en sus compras algún instrumento de control sobre el origen de la madera.

III. LA REFERENCIA DE LA LEY ESPAÑOLA DE CAMBIO CLIMÁTICO A LA CONTRATACIÓN DE MADERA CERTIFICADA

1. La madera certificada como instrumento ante el cambio climático

La Ley española de Cambio Climático contribuye a la gestión forestal sostenible con el instrumento de la certificación forestal, tal como se ha descrito anteriormente. En el artículo 31 se hace una referencia importante al tema de la contratación y a la inclusión de cláusulas ambientales. Se establece que en toda la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente. Es decir, se está reconociendo que la contratación pública constituye un instrumento adecuado para combatir el cambio climático.

En el apartado segundo del citado precepto, la Ley establece que entre los criterios de adjudicación, se incluirán algunos como, requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten; ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones; uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil; medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas; medidas de adaptación al cambio climático y minimización de generación de residuos.

Sin embargo, en el apartado tercero, se regula que se pueden incluir, no como criterios de adjudicación sino como prescripciones técnicas, por un lado, el hecho de que la madera que se utilice en las construcciones proceda de bosques gestionados de forma sostenible y por otro, atendiendo a su huella ecológica y las actuaciones de repoblación forestal con especies autóctonas, como medida compensatoria para paliar la huella de carbono resultante de la ejecución de la obra o servicio objeto de licitación.

De la regulación de este precepto, una conclusión evidente que se obtiene es que, para determinadas materias, se incluyen los aspectos ambientales como criterios de adjudicación y, sin embargo, para otros, como es el caso que nos afecta, el de la madera certificada se incluye como prescripción técnica, además de forma voluntaria y sólo en los contratos de obras y en los de concesión de obras. Esta diferenciación tiene consecuencias muy importantes, ya que la incorporación de esa variable ambiental en una u otra fase del proceso otorga un sentido completamente distinto.

A pesar de esto, como señala PALACÍN SÁENZ⁵³, la incorporación de la variante ambiental, al igual que ocurre con los aspectos sociales o innovadores, no consigue calar suficientemente en los poderes adjudicadores, y puede ser debido a la falta de profesionalización de los gestores y al desconocimiento de los potenciales usos de la gestión medioambiental. Todo esto conlleva que el contenido ambiental no tenga una incidencia directa y, por lo tanto, no se demuestre el papel ejemplarizante de la Administración en la compra pública respecto de las empresas privadas.

Si se incluye como criterio de adjudicación, en caso de que se utilice esa madera certificada obtendrá una serie de puntos, pero no se le excluye en caso de que no la tenga. Pero si es una prescripción técnica supone que es una condición en la ejecución del contrato, es decir, que el contrato tiene que desarrollarse cumpliendo esa premisa ambiental. Y si fuera una condición especial de ejecución, supondría igualmente un compromiso para el licitador ya que, si no ejecuta el contrato considerando esa cláusula, puede conllevar incluso la resolución del contrato. Por lo que el panorama cambia considerablemente.

Como expone LAZO, «se trata de un avance «en diferido» puesto que su efectividad se condiciona a la elaboración de un Catálogo de prestaciones (aprobación conjunta del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y al Ministerio de Hacienda). Nótese que el Catálogo definirá qué prestaciones (entre las cuales entra en todo caso alimentación sostenible y saludable, único sector que se menciona de forma explícita) y qué especificaciones técnicas (reducción de emisiones y huella de carbono) se asociarán a cada una de ellas. Para su elaboración, se otorga un plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, es decir, como máximo el 22 de mayo de 2022»⁵⁴.

Si se utiliza como prescripción técnica que el material objeto del contrato, madera sostenible o madera reciclada, se haya obtenido mediante una gestión forestal sostenible, se materializa conforme al último estándar FSC o PEFC, o alguna otra certificación equivalente. El pliego de prescripciones técnicas es un documento en el que se definen los aspectos técnicos del contrato, es decir, el qué, cómo y cuándo, qué pretende el órgano de contratación de los licitadores y de lo que estos están en condiciones de entregar o ejecutar⁵⁵. En el caso de la madera, la forma de verificar su veracidad es, por un lado que, en el momento

53. PALACÍN SÁENZ, B. (2022): *A la responsabilidad social por la contratación pública*, ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 365. En la misma línea, PERNAS GARCÍA, J. J. (2011), *Contratación pública verde*, ed. La Ley, Madrid, p. 181 y RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a (2017) «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos» en el vol. col. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a. y ALENZA GARCÍA, J. F: *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 147-178.

54. LAZO VITORIA, X., «Habemus Ley de cambio climático», *Observatorio de Contratación Pública* (online) y «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro (2020): en el vol. col. GIMENO FELIÚ, J. M^a, *Observatorio de los Contratos Públicos*, ed. Aranzadi, pp. 177-204.

55. La Resolución n.º 33/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Público de Navarra, de 11 de mayo de 2018, lo define en los términos que siguen:

de la entrega de los bienes, el contratista (proveedor o licitador) debe presentar o una factura que contenga un número FSC o PEFC CdC (cadena de custodia) válido vinculado con el producto en cuestión, que especifique el porcentaje de material certificado o también se admite cualquier otro medio de prueba equivalente⁵⁶.

Sin embargo, si se incluye como criterio de adjudicación, de lo que se trata es de que la Administración, dentro de las variables y opciones que tiene en consideración para decidir sobre la adjudicación del contrato, contempla el hecho de que la madera proceda de bosques gestionados de forma sostenible. El criterio definitivo es la oferta más ventajosa, pero en cumplimiento de la normativa sobre contratación pública, no sólo el criterio del precio es el único que se tiene en consideración, sino que hay otros, de contenido ambiental en este caso, aunque también puede ser de contenido social.

Por citar un ejemplo, en ese caso, se pueden otorgar veinte puntos a los productos que contengan el 100% de material procedente de una gestión forestal sostenible y cero puntos a aquellos que contengan menos del 70% de dicho material. Para contenidos intermedios la asignación de puntos se hará siguiendo un criterio de proporcionalidad directa. La forma de verificar tal cuestión será siguiendo los parámetros antes citados respecto a los indicados en las especificaciones técnicas. Para los productos que no sean 100% de madera certificada es necesario controlar que procede de fuentes controladas y aceptables para evitar en la medida de lo posible las talas ilegales, violación de derechos tradicionales y civiles, conversión de bosques y uso de organismos genéticamente modificados. Es muy complicado que los productos sean 100% de madera certificada y es por ello que existen diferentes tipos de etiquetas como la FSC puro

«Las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, que constituyen el documento que se denomina pliego de prescripciones técnicas particulares (artículo 46.1 de la LFCP) son, como significamos en nuestro Acuerdo 1/2017, de 4 de enero, instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación, entre las que se recogen, en el caso que nos ocupa, los requisitos que definen los productos a suministrar y, por tanto, implican los mínimos que deben reunir estos y suponen los requisitos que las ofertas de los licitadores han de cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación».

56. Según la ficha de producto para la contratación pública ecológica de la UE, para verificar que todas las maderas y materiales a base de madera procederán de fuentes legítimas, se aceptarán como prueba los certificados de la cadena de custodia de FSC1 y PEFC2 o cualquier otro documento equivalente.

La procedencia legítima de la madera también se podrá demostrar con un sistema de rastreo. Estos sistemas voluntarios podrán estar certificados por terceras partes, en muchos casos dentro de un sistema de gestión ISO 9000, ISO 14000 o EMAS.

Si la madera procede de un país firmante de un Acuerdo de Asociación Voluntario legalidad con la UE, la licencia FLEGT podría servir como prueba de legalidad.

Respecto de la madera no certificada, los licitadores indicarán los tipos (especies), cantidades y orígenes de la madera usada en la producción, junto con una declaración de legalidad. Deberá ser posible rastrear la madera por toda la cadena de producción desde el bosque hasta el producto.

En determinados casos en que las pruebas facilitadas no se consideren suficientes para demostrar el cumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas, las autoridades contratantes podrán pedir a los proveedores otras aclaraciones o pruebas.

(100% certificado), FSC mixta (bosques gestionados de forma sostenible pero no 100 % certificados, habiendo una madera certificada y otra que no lo es) y FSC reciclado (madera 100% reciclada).

A este respecto, es importante que los compradores incluyan en los contratos de compra una clara descripción de los requisitos o documentos que los proveedores deben presentar como prueba de cumplimiento porque, en muchos casos, no será posible evaluar el origen de los productos maderables adquiridos hasta el momento de la entrega del material. Se trata de la definición de gestión forestal sostenible y/o contenido de material reciclado en las especificaciones técnicas; los requisitos de verificación que el proveedor deberá presentar en la entrega del producto para mostrar evidencia de su procedencia y contenido del producto y los procedimientos a seguir y las penalizaciones en las que se incurrirá en caso de incumplimiento.

En ese caso la Administración da valor al hecho de que la madera proceda de aprovechamientos legales y sostenibles. Pero como se ha dicho, puede dar una mayor puntuación a la madera que esté certificada, como una cualidad más pero sin hacer distinción ni valorar de forma distinta a que la madera tenga un sistema de certificación u otro (FSC o PEFC o cualquier otro sistema equivalente)⁵⁷.

Descendiendo al plano práctico, se traduce en que todas las ofertas de madera, productos forestales o productos elaborados derivados de la madera u otro producto forestal, que se vayan a utilizar en obra, deberán proceder de aprovechamientos legales y sostenibles. Y se puede añadir que se valorará con (X punto/s) a aquella oferta que ofrezca garantía de legalidad y sostenibilidad del aprovechamiento de madera, mediante la presentación de certificados de gestión forestal sostenible como PEFC, FSC o equivalente. Este criterio se tendrá en cuenta tanto en la producción, como en el proceso de transformación y comercialización mediante el Certificado de Cadena de Custodia y el Certificado de Gestión Forestal Sostenible⁵⁸.

57. En este sentido, véase el Manual de Contratación Pública de la Comisión: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_es.pdf

58. FLEGT son las siglas en inglés de la propuesta de la Unión Europea para combatir la tala ilegal y evitar que madera obtenida de forma ilegal entre en la Unión Europea, «Forest Law Enforcement, Governance and Trade», que se podría traducir como Plan de Acción para el cumplimiento de las leyes forestales del buen gobierno y del comercio. Se trata del Reglamento (21/73) de la Comisión Europea aprobado en 2003. Principalmente, consiste en acuerdos voluntarios entre países miembros y países productores de madera por los que sólo podrá entrar en Europa madera que tenga verificada su cadena de custodia por uno de estos planes o acuerdos.

2. La madera certificada como prescripción técnica en la Ley de cambio climático

Como se ha dicho, en la Ley de Cambio Climático⁵⁹ se incluye la contratación pública como un medio para combatirlo. Y entrando en el precepto que lo regula, se establece que la madera que proceda de bosques gestionados de forma sostenible y atendiendo a su huella ecológica constituye una prescripción técnica, es decir una condición que debe cumplirse en la ejecución del contrato en cuestión. Esta ha sido la elección del legislador, fijarla como una condición en la ejecución del contrato. De aquí se deduce la importancia que se le quiere otorgar a la gestión forestal sostenible y a la certificación forestal, aunque se desdibuja un tanto, al puntualizar que será la Administración la que opte de forma voluntaria en fijarlo o no.

Como anteriormente exponía y que me parece importante enfatizarlo, la certificación forestal es la máxima garantía de la legalidad y de la sostenibilidad del aprovechamiento de madera, ya que de lo que se trata es de una auditoría externa de la gestión forestal que se realiza en el bosque. Está realizada por entidades independientes y exige el cumplimiento de unas determinadas condiciones ecológicas, sociales y económicas. Mediante esta certificación, se transmite al consumidor una garantía de sostenibilidad y legalidad en cuanto a la gestión de esa madera. Sin esa gestión forestal sostenible es impensable que esa madera obtenga el certificado.

Cabe añadir que algunas políticas nacionales de compra de madera sostenible, como por ejemplo las existentes en Francia y Reino Unido, recomiendan o exigen incluir en los contratos de compra de madera cláusulas relacionadas con los aspectos sociales de la sostenibilidad. Se refiere a cláusulas relativas al cumplimiento de los convenios de la OIT en toda la cadena de suministro de madera, y respeto de los derechos tradicionales de los grupos indígenas. En el caso

59. La normativa autonómica sobre cambio climático tiene su valor ya que no contaba con una ley estatal en la que basarse, pero en lo relativo a la inclusión de la variable ambiental relacionada con la madera certificada o proveniente de un bosque gestionado de forma sostenible, se puede concluir que hace referencia a la contratación pública como un medio para paliar el cambio climático, pero ninguna de ellas hace un especial desarrollo de dicha cuestión. La Ley andaluza (Ley 8/2018, de 30 de octubre, en su artículo 30, sólo se habla de la promoción de materiales de construcción sostenibles sin especificar nada más, por lo que no detalla en qué fase ni momento se incluirá. En la Ley catalana, también se hace una previsión genérica, sin entrar en más detalle, ya que sólo se establece que se debe «incluir en todos los procedimientos de contratación pública en que resulte adecuado a su objeto especificaciones técnicas y criterios de adjudicación específicos relativos al uso eficiente de recursos y a la minimización de las emisiones de gases de efecto invernadero. La cuantificación del uso de recursos y de emisiones de gases debe incluirse en el cálculo del coste de inversión, de explotación y de mantenimiento del objeto del contrato» (art. 29). La Ley balear, en su artículo 71, es similar a la andaluza ya que establece que incluirá como prescripciones que en las edificaciones e instalaciones nuevas incorporarán el uso de materiales de construcción de bajo impacto ambiental, preferentemente de origen local. En la Ley Foral de Navarra, pendiente de publicación, también se refiere a la promoción del uso de la madera principalmente en edificios, viviendas y mobiliario público, así como el uso de biomasa forestal como fuente energética pero tampoco especifica nada más.

del FSC y del PEFC se exigen el cumplimiento de los criterios sociales para la certificación, de manera que los proveedores que ofrecen productos etiquetados por alguno de estos esquemas, con el objetivo de cumplir con las especificaciones técnicas anteriores, aseguran al órgano de contratación de que estos criterios sociales han sido cumplidos.

Al ser una prescripción técnica es obligatorio que se cumpla en la ejecución del contrato. En el caso de que se incluya que la madera esté certificada, lo que no puede hacer la Administración es obligar a que tenga un certificado determinado, ya que de lo que se trata es de que certifique y garantice que la madera se ha obtenido de un bosque gestionado de forma sostenible. También se exige que tenga relación con el objeto del contrato, que esté suficientemente determinada, que no produzca efectos discriminatorios y que no limite la competencia de manera desproporcionada.

La diferencia que presenta la directriz cuando se utiliza como condición especial de ejecución estriba en el grado de concreción. Como condición especial de ejecución, es necesario fijar un porcentaje mínimo de madera autóctona a utilizar, mientras que como criterio es la competición entre las diferentes ofertas la que termina fijando la cifra. En ese sentido, si la directriz como criterio de adjudicación debía prestar especial atención a la vinculación con el objeto del contrato, como condición especial de ejecución es el principio de proporcionalidad el que debe tomarse más de referencia⁶⁰.

Así pues, por referirme a algún caso donde se incluye como prescripción técnica, cito el Decreto de 15 de junio de 2010 del Ayuntamiento de Madrid, sobre la incorporación de criterios ambientales en los contratos celebrados por él en relación con productos forestales, en el que se establece como prescripciones técnicas el requerimiento de materia prima con unas determinadas características, la procedencia de los productos forestales y requerimiento de utilización de un proceso concreto de producción, el cumplimiento del Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre y el cumplimiento de las convenciones fundamentales de la OIT⁶¹.

60. Aunque los dos principios tienen relevancia tanto en caso como en otro, la intensidad con la que intervienen es desigual. Las condiciones especiales de ejecución deben respetarse por el adjudicatario independientemente de quien acabe resultando ser, mientras que las obligaciones que emanan de los criterios de adjudicación surgen de las ofertas presentadas por los licitadores individualmente considerados, de manera que tienen un aspecto personalismo, dentro de la horquilla previamente configurada por el órgano de contratación. La obligación en esos casos llega hasta donde están dispuestos a comprometerse los participantes del procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en las condiciones especiales, donde es el órgano de contratación quien impone de forma unívoca la obligación, constituyendo, de este modo, una barrera para todo licitador que no esté en disposición de cumplir con ellas (Circular de 18-12-2020, conjunta de la Dirección General de Contratación y de la Dirección General de Cambio Climático y Educación Ambiental, por la que se aprueban las directrices de contratación pública ecológica). Sobre estos aspectos, véase DE GUERRERO MANSO, C. (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, pp. 141-177.

61. En esta misma línea, cabe citar el expediente EASP19 022 correspondiente a la contratación del Servicio de Diseño, Maquetación, Impresión, Empaquetado y Distribución de la Gaceta

Un ejemplo a señalar es el contrato de suministro mediante compraventa de pasillos y plataformas de madera para las playas de Fuengirola, en el que se incluyen como condiciones especiales de ejecución que la madera objeto del contrato debe proceder de bosques sostenibles con certificación FSC, o certificados equivalentes o cualquier otro medio que acredite que se dispone de los mecanismos de calidad y sostenibilidad con el medio ambiente requeridos⁶².

Otro supuesto es el de la Comunidad Foral de Navarra, donde se establece que para la incorporación como prescripción técnica que todas las maderas y productos de madera utilizados (incluidos mostradores de fibra de madera, contrachapados, DM y otros productos similares) deberán disponer de garantías de procedencia de explotaciones forestales sostenibles, acreditables mediante la certificación de gestión forestal sostenible, de acuerdo con los sistemas de certificación FSC o PEFC u otro sistema de certificación equivalente. Alternativamente, se admitirá la utilización de madera reciclada con certificación, verificable mediante la ficha técnica del producto o documentación que acredite el cumplimiento del estándar «EPF recycled wood» o «FSC recycled».

Hay una cuestión que merece ser comentada respecto de la huella de carbono de los medios de transporte a larga distancia de madera y productos maderables ya que puede suponer emisiones de CO₂ considerables, dependiendo del medio de transporte utilizado. Por ello, las cláusulas de ejecución del contrato pueden ser utilizadas para reducir las emisiones de carbono y de otros gases de efecto invernadero asociados con el transporte o la producción de madera y productos maderables, siempre y cuando estas cláusulas no conlleven la discriminación de proveedores.

Por ello, se establecen medidas como que se entregue la cantidad adecuada de material o producto adquirido. Frecuentemente esto significa una entrega a

Extremadura Empresarial en papel fabricado a partir de madera procedente de bosques de gestión sostenible (https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/DcqxCoAgEADQT7opqKDBIJqjoXS-JQ0UOz8vK6vdrfPDawApG8KGAhXZB_q2d95lJYut8QWa_MVkaP8ACxgw5IaHQU-SG6n1e8Qw3-Eqqh_PSnUd5JTUB008L3E!)

62. Se trata del expediente 022/2018-CONTR. Se especifica que en cuanto a la justificación de la elección de la certificación FSC, se encuentran los Principios y Criterios del FSC que describen los elementos o normas esenciales de la gestión forestal ambientalmente apropiada, socialmente beneficiosa y económicamente viable (Cumplimiento de las leyes —cumplir todas las leyes, reglamentos, tratados, convenciones y acuerdos; Derechos de los trabajadores y condiciones de empleo— mantener o mejorar el bienestar social y económico de los trabajadores; Derechos de los pueblos indígenas —identificar y respaldar los derechos de los pueblos indígenas de propiedad y uso de la tierra y sus recursos; Relaciones con las comunidades— mantener o mejorar el bienestar social y económico de las comunidades locales; Beneficios del bosque —mantener o mejorar los beneficios económicos, sociales y ambientales a largo plazo provenientes del bosque; Valores e impactos ambientales— mantener o restaurar el ecosistema, su biodiversidad, recursos y paisajes; Planificación de la gestión —contar con un plan de gestión implementado, monitorizado y documentado; Monitorización y evaluación— demostrar el progreso hacia el cumplimiento de los objetivos de la gestión; Altos valores de conservación —mantener o mejorar los atributos que definen ese tipo de bosques y plantaciones— planificar y gestionar las plantaciones conforme a los Principios y Criterios de FSC).

granel de gran volumen, que incremente la eficiencia ecológica y disminuya el impacto ambiental por unidad de material entregado. Así se producirán menos entregas de mayor cantidad, en lugar de entregas más frecuentes con menos material. También se debe exigir que las entregas se realicen en horas de baja intensidad de tráfico para minimizar la contribución a la congestión vial y que los proveedores reciclen o reutilicen el material de embalaje de los productos.

Las cláusulas ambientales de contrato son efectivas solamente cuando se lleva un seguimiento de su cumplimiento y se aplican penalizaciones por falta de conformidad o se entregan bonos que reconozcan el respeto de las mismas. Es por ello, que un número cada vez mayor de etiquetas ecológicas requieren declarar las emisiones de CO₂ asociadas al transporte de los materiales, por lo anteriormente expuesto.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Como idea final y conclusiva de este estudio, quiero destacar que se trata de una línea de ideas concatenadas, y me explico. Si situamos el foco de atención en el problema ambiental del cambio climático, deducimos que en lo que aquí nos atañe, es necesaria una gestión forestal sostenible para de esa manera, proteger y conservar nuestros espacios forestales en un buen estado propiciando esa función ambiental de absorción de los gases de efecto invernadero (sumideros), que son los causantes de dicho calentamiento.

La siguiente idea relacionada es que, llevando a cabo esa gestión forestal sostenible, se puede conseguir una certificación forestal de esos productos procedentes de dichos bosques, que no hace otra cosa que remarcar dicha sostenibilidad.

Y la última idea relacionada en esta conexión de ideas, es que la inclusión de la contratación pública en la Ley española de cambio climático, supone un mecanismo adecuado para combatir los efectos perjudiciales del mismo, convirtiéndose la Administración en un agente que promociona la compra, teniendo en cuenta aspectos ambientales, y no sólo la variable del precio. En concreto, dentro de las opciones que el legislador pudiera haber elegido para incluir esta madera procedente de una gestión forestal sostenible en una u otra fase del procedimiento de contratación, ha elegido que sea como prescripción técnica, que en el caso de que la Administración opte por incluirlo, puesto que la Ley permite que sea voluntario, el licitador tiene obligación de ejecutar el contrato cumpliendo con tal premisa.

Esta concatenación de ideas es la progresión lógica y la que, en teoría, debiera cumplirse, pero, como se ha comentado, la realidad plantea muchas dificultades para que esa integración de la variable ambiental en la contratación pública sea efectiva y tenga una incidencia directa. Habrá que confiar en que la legislación sectorial vaya incorporando ese contenido ambiental en los procesos de contratación públicos y que los operadores adjudicadores tengan herramientas para su correcta aplicación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO BLANCO, F. A. (1997): «La propiedad forestal», en el vol. col. SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, ed. Tecnos, Madrid, pp. 261-300.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, pp. 141-177.
- DE VICENTE DOMINGO, R. (1995): *Espacios forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*. ed. Civitas, Madrid.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (1997): «Montes». en el vol. col. MARTÍN MATEO, R. (Dir.). *Tratado de Derecho ambiental*. t. III, ed. Trivium. Madrid. pp. 407-502.
- GARCÍA MORENO-RODRÍGUEZ, F. (2005): «La ordenación de los montes: gestión sostenible, instrumentos de ordenación y certificación forestal», en el vol. col. CALVO SÁNCHEZ, L. (Coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, pp. 789-884.
- GARCÍA MORENO-RODRÍGUEZ, F. (2021): *La certificación forestal: un instrumento económico de mercado al servicio de la gestión forestal sostenible*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla.
- HERRANZ SÁEZ, J. L. (1986): «El sector forestal en la Comunidad Económica Europea», *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 136, pp. 41-74.
- LAZO VITORIA, X. (2021): «Habemus Ley de cambio climático», *Observatorio de Contratación Pública* (online).
- LAZO Vitoria, X. (2020): «Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», en el vol. col. GIMENO FELIÚ, J. M^a, *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, 2020, pp. 177-204.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2002): «Elementos vertebradores de la actuación pública forestal», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 1, pp. 29-37.
- MACLIVER, D. C. (1995): «Cambio climático y ordenación forestal sostenible», *Sistemas de ordenación forestal sostenible*, ed. FAO, Roma, pp. 129-141.
- MARTÍN MATEO, R. (2002): «Los servicios ambientales del monte», *Revista Española de Administración Local*, núm. 288, pp. 71-73.
- OLIVÁN DEL CACHO, J. (1993): «La protección del medio ambiente en la legislación forestal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, pp. 135-178.
- PALACÍN SÁENZ, B. (2022): *A la responsabilidad social por la contratación pública*, ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (2011): *Contratación pública verde*, ed. La Ley, Madrid,
- RAVI PRABHU, CAROL COLFER Y GILL SHEPHERD (1998), «Criterios e indicadores para la ordenación forestal sostenible: nuevos hallazgos de la investigación realizada por CIFOR al nivel de la unidad de manejo forestal», *Red Forestal para el Desarrollo Rural*, 23^a (online).

- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a. y ALENZA GARCÍA, J. F. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a (2017) «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos» en el vol. col. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a. y ALENZA GARCÍA, J. F: *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 147-178.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2018): Contratación pública ecológica y objeto de contrato: el diseño «verde» de las prestaciones contractuales en el Derecho Comunitario e interno, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 39, pp. 97-132.
- SALLEH, M. N. y N. G, F. S. P. (1995): «Investigación para lograr una ordenación forestal sostenible», *Sistemas de realización de la ordenación forestal sostenible*, ed. FAO, Roma, pp. 201-209.
- SARASIBAR IRIARTE, M. (2007): *Régimen jurídico del cambio climático*, ed. Lex Nova, Valladolid.
- SARASIBAR IRIARTE, M. (2008): *El Derecho Forestal ante el cambio climático. Las funciones ambientales de los bosques*, ed. Thomson - Aranzadi, Cizur Menor.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2018): «Las cláusulas ambientales como criterios de adjudicación del contrato», en el vol. col. GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 125-161.

LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN: UNA PRIORIDAD PARA EUROPA*

Jesús del Olmo Alonso

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Alcalá

Sumario: I. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA. 1. La preocupación de la Unión Europea por reducir la emisión de gases de efecto invernadero y por incrementar el uso de energías renovables y mejorar la eficiencia energética. 2. Europa y el futuro inmediato de las energías renovables y de la eficiencia energética en la edificación. II. PAQUETE DEL PACTO VERDE EUROPEO: FASE III. NUEVAS PROPUESTAS DE DIRECTIVAS SOBRE ENERGÍAS RENOVABLES, EFICIENCIA ENERGÉTICA Y EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LA EDIFICACIÓN. 1. Propuesta de Directiva para la modificación de las principales normas sobre energía procedente de fuentes renovables. 2. Propuesta de refundición de Directiva relativa a la eficiencia energética. 3. Propuesta de refundición de Directiva de eficiencia energética de los edificios. III. REFLEXIÓN FINAL: QUERER NO ES PODER. IV. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo se incluye en el Proyecto de Investigación UAH CCG20/CCSJ-015 «Compra Pública Verde y Cambio Climático, análisis sectorial: edificación y alimentación», financiado por la Universidad de Alcalá bajo la modalidad «Proyectos para potenciar la creación y consolidación de Grupos de Investigación», Programa propio del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia.

I. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA

1. La preocupación de la Unión Europea por reducir la emisión de gases de efecto invernadero y por incrementar el uso de energías renovables y mejorar la eficiencia energética

España, la Unión Europea y el resto del Mundo se encuentran en estos momentos inmersos en una importante crisis económica y otra ambiental. Varios informes científicos¹ y de organismos de la ONU advierten de lo lejos que están los países de cumplir el Acuerdo de París, que fija como objetivo que el incremento de la temperatura respecto a los niveles preindustriales se quede, de media, por debajo de los dos grados y, en la medida de lo posible, no supere los 1,5 grados. En este contexto, la Unión Europea lleva muchos años embarcada en un crucial proceso de transición energética, el cual pretende ir reduciendo progresivamente la emisión de gases de efecto invernadero y el consumo de energía, en especial de la procedente de fuentes no renovables. Además de liderar la lucha contra el cambio climático para proteger el planeta y la salud de quienes lo habitamos, la estrategia europea pretende mejorar la competitividad económica de la Unión, reduciendo la dependencia energética de terceros países². El sector de la edificación, como veremos a continuación, es esencial para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

La Unión Europea ratificó por Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril, el *Protocolo de Kioto de la Convención Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas* acordado a nivel internacional en 1997. Desde entonces, la Unión Europea ha venido realizando, de forma infatigable, numerosas actuaciones orientadas a lograr un importante incremento del uso de energías renovables y del ahorro y eficiencia energética. Inicialmente, la Unión Europea elaboró distintos documentos (medidas de *soft law*) que definían claramente su estrategia al respecto y buscaban la implicación de los estados miembros. Posteriormente, ha adoptado distintos Reglamentos y Directivas que se han ido actualizando y mejorando para lograr el objetivo de neutralidad climática o huella de carbono 0 para el año 2050.

1. El informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) publicado el 9 de agosto de 2021 concluye que, a menos que las emisiones de gases de efecto invernadero se reduzcan de manera inmediata, rápida y a gran escala, limitar el calentamiento a cerca de 1,5 ° C o incluso a 2 ° C será un objetivo inalcanzable.

2. Gas y petróleo de Rusia, Noruega o Estados Unidos, gas de Argelia o petróleo de países árabes, entre otros. En el momento en que se escriben estas líneas, la invasión de Ucrania ha puesto de manifiesto la dependencia energética de algunos países europeos del gas y petróleo rusos y está obligando a reconsiderar la utilización de energía nuclear, a pesar del anuncio de cierre de centrales nucleares por parte de algunos países.

Entre los primeros documentos³, la Comisión aprobó el 8 de marzo de 2006 el Libro Verde «*Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*» [COM (2006) 105 final]. La Unión Europea se marcó entonces como objetivo reducir el consumo de energía en un 20 % hasta el año 2020 y aumentar el uso de energías renovables en otro 20 % para el mismo periodo. Posteriormente, en otra comunicación aprobada el 13 de noviembre de 2008, «*Eficiencia energética: alcanzar el objetivo del 20 %*» [COM (2008) 772], la Comisión señaló que el consumo de energía en los edificios residenciales y comerciales representaba ya aproximadamente el 40% del consumo total de energía final y el 36% de las emisiones totales de CO₂ de la Unión Europea. Y, en el año 2011, la Comisión vino a señalar, en el art. 5.2 de su comunicación «*Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos*» [COM (2011) 571 Final], que la mejora de la construcción y del uso de edificios en la UE influiría en el 42 % de nuestro consumo final de energía y en torno al 35 % de nuestras emisiones de gases de efecto invernadero, permitiéndonos, asimismo, ahorrar hasta un 30 % de agua. Por tanto, las políticas existentes para promover la eficiencia energética y el uso de energías renovables en los edificios deben reforzarse y completarse con políticas sobre eficiencia de los recursos que aborden una gama más amplia de impactos ambientales a lo largo del ciclo de vida de los edificios e infraestructuras.

En esta primera etapa, la Unión Europea comenzó ya a perfilar un planteamiento mucho más ambicioso, con la mirada puesta en 2050 y con la pretensión de llevar a cabo una paulatina transición energética que permitiría sustituir el modelo de producción transporte y distribución de gestión centralizada por un modelo de generación distribuida y gestión inteligente basado en el productor/consumidor (*prosumidor*) como actor principal. A esta transición se refirió la Comisión en su comunicación «*Hoja de ruta de la energía para 2050*» [COM (2011) 885 Final], de 15 de diciembre de 2011, en la que se planteaba una transformación radical de las fuentes de producción, distribución y consumo de energía de los ciudadanos europeos hasta lograr el abastecimiento completo y seguro de la red a partir de fuentes de energías renovables (RES) y otras fuentes no convencionales. En ese momento, el objetivo era que el consumo final de energías renovables fuese del 30 % para 2030 y del 50 % para 2050. Esta estrategia se complementaba con la política de reducción de gases de efecto invernadero, que se plasmó en la comunicación «*Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050*» [COM (2011) 112 Final], de 8 de marzo de 2011. La UE debía intentar reducir sus emisiones internas de gases de efecto invernadero (GEI) un 40 % antes de 2030, y un 80 % antes de 2050, niveles de emisión que se calculaban respecto a los niveles de 1990.

3. Me remito para una mejor explicación de los mismos a mi trabajo DEL OLMO ALONSO, J. (2020): «La persecución del objetivo de neutralidad climática por la Unión Europea y España: el sector de la edificación». En MOLINA DEL POZO MARTÍN, F. C. (Coord.): Derecho de la Unión Europea e integración regional. Liber amicorum al Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo, Tirant lo Blanch y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Valencia, pp. 1487 a 1509.

De esta primera fase son tres importantísimas directivas. En primer lugar, la Directiva 2009/28/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al *Fomento del Uso de Energía procedente de Fuentes Renovables*, la cual sustituyó a la anterior Directiva 2001/77/CE⁴. Esta norma estableció el objetivo conocido como 20-20-20, que perseguía lograr en el 2020 una reducción de un 20 % en el consumo de energía primaria, de otro 20 % para las emisiones de gases de efecto invernadero, y conseguir una cuota del 20 % de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la UE. De acuerdo con esta Directiva, los Estados miembros debían establecer un plan de acción nacional para 2020 que determinase la cuota de energía procedente de fuentes renovables consumida en el transporte, la electricidad y la producción de calor. En desarrollo de esta exigencia, España aprobó Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (PANER) 2011-2020. Para la Directiva 2009/28/CE, el sector de la edificación es un sector estratégico donde es vital establecer medidas que permitan fomentar la eficiencia energética y el uso de las energías renovables.

En segundo lugar, se aprobó la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre *Eficiencia Energética*⁵. Entre sus numerosas disposiciones, el artículo 4 establecía el objetivo de la renovación del parque nacional de edificios antiguos, tanto residenciales como comerciales, el artículo 5 introdujo algunas medidas para avanzar en la función ejemplarizante de los edificios de Administraciones y organismos públicos en la adopción de medidas de eficiencia energética, y el artículo 9 se ocupó de la implantación de contadores inteligentes.

Por último, dada la importancia del sector de la edificación, se aprobó la Directiva 2010/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la *Eficiencia Energética de los Edificios*, que venía a derogar la anterior Directiva 2002/91/CE, de 16 de diciembre de 2002, sobre el Rendimiento Energético de los Edificios⁶. Esta importantísima Directiva 2010/31/CE, aún vigente, entiende por eficiencia energética del edificio la «cantidad de energía calculada o medida que se necesita para satisfacer la demanda de energía asociada a un uso normal del edificio, que incluirá, entre otras cosas, la energía

4. Esta Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables fue modificada de forma importante por la Directiva (UE) 2015/1513, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015.

5. La Directiva sobre Eficiencia Energética vino a sustituir a la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, sobre *Eficiencia del Uso Final de la Energía y los Servicios Energéticos*, que buscaba en los Estados miembros un ahorro de energía que rondase el 9 % hasta el año 2016.

6. La Directiva de eficiencia energética de los edificios ha sido modificada por la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre Eficiencia Energética y, especialmente, por el Reglamento 2018/1999/UE, de 11 de diciembre, y por la Directiva 2018/844/UE, de 30 de mayo. De igual forma, la Directiva 2010/31/CE ha sido complementada por el Reglamento Delegado 244/2012, de 16 de enero, que establece el marco metodológico comparativo para calcular los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios y sus elementos.

consumida en la calefacción, la refrigeración, la ventilación, el calentamiento del agua y la iluminación», la cual quedará reflejada en uno o más indicadores cuantitativos, pudiendo incluir un indicador de emisiones de CO₂. Desde su aprobación, la norma exige que se sometan a una certificación de su eficiencia energética los edificios de nueva construcción o aquellos en que se realicen modificaciones, reformas o rehabilitaciones en las que se renueven más del 25 % del total de sus cerramientos, suprimiendo el límite mínimo de superficie de 1000 metros cuadrados que aparecía en la Directiva 2002/91/CE. El objetivo principal de la Directiva 2010/31/CE era que, a partir del 31 de diciembre de 2020, todos los edificios nuevos tuviesen un consumo de energía casi nulo, anticipándolo para final de 2018 a los edificios propiedad de las Administraciones Públicas, que deben servir de ejemplo. El «edificio de consumo de energía casi nulo»⁷ se define por la Directiva como un edificio con un nivel de eficiencia energética muy alto, que se determinará de conformidad con el anexo I. 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. En nuestro país, hasta ahora, los edificios de consumo energético casi nulo se identifican como aquellos que cumplen las exigencias mínimas de eficiencia energética que derivan del CTE⁸, lo que supone la aplicación de unas normas técnicas de mínimos únicamente a los edificios de nueva construcción. Así lo establece también la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios⁹. Pero, en los últimos años, están cobrando cada vez

7. Véase a este respecto la Recomendación (UE) 2016/1318 de la Comisión, de 29 de julio de 2016, sobre las directrices para promover los edificios de consumo de energía casi nulo y las mejores prácticas para garantizar que antes de que finalice 2020 todos los edificios nuevos sean edificios de consumo de energía casi nulo. En función de las necesidades energéticas de cada Estado y de las zonas geográficas, se asignan unos valores de referencia numéricos, que son indicadores de uso de energía primaria que no deben superar estos EECN para ser considerados como tales. Se recomienda el uso de fuentes de energía renovables y tomar medidas eficaces para garantizar que los edificios nuevos respondan a los objetivos predeterminados, proponiendo aplicar un mecanismo de sanciones para los edificios nuevos que no cumplan en plazo con los requisitos energéticos previstos. También la Recomendación propone acciones de mejora sobre el parque inmobiliario existente, reconociéndose que el enfoque adoptado en algunos Estados miembros, por el cual las ayudas financieras para renovación de edificios se vinculan a la consecución de unas clases energéticas altas equivalentes al nivel EECN, ha resultado ser satisfactoriamente eficaz.

8. En este sentido véase GONZÁLEZ RÍOS, I. (2019); «Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana». Revista Andaluza de Administración Pública, n.º. 103, p. 26.

9. Disposición adicional segunda. Edificios de consumo de energía casi nulo.

1. Los requisitos mínimos que deben satisfacer los edificios de consumo de energía casi nulo serán los que en cada momento se determinen en el Código Técnico de la Edificación.

2. Los edificios nuevos que vayan a estar ocupados y sean de titularidad pública deben ser edificios de consumo de energía casi nulo.

más importancia las certificaciones ambientales de edificios¹⁰ (Passivhaus¹¹, BREEAM, LEED, VERDE, etc.) que, pese a ser de aplicación voluntaria, realmente conducen a tener un consumo de energía casi nulo y contienen, normalmente, exigencias mucho más elevadas que las exigidas por la normativa vigente de obligado cumplimiento.

Aunque las novedades introducidas por las anteriores Directivas estaban aún lejos de implementarse en los distintos estados miembros, podemos decir que la Unión Europea decidió renovar su compromiso en la lucha contra el cambio climático y abrir una segunda etapa¹² con objetivos más ambiciosos aún para 2030 y 2050. El 25 de septiembre de 2015, 193 países se comprometieron en perseguir 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) para el 2030. Entre ellos se encuentra el ODS 7, denominado «energía asequible y no contaminante». La ONU aprobó entonces la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible¹³. En noviembre de 2015, el Acuerdo de París en relación con la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21) consideró que era prioritaria la descarbonización del parque inmobiliario y su eficiencia energética, para disminuir las emisiones de CO₂. Como consecuencia, a finales de noviembre de 2016, la Comisión Europea presentó un paquete de medidas (*Winter Package*) orientadas a alcanzar los objetivos climáticos europeos en el año 2030. Las principales medidas a poner en marcha se recogían en la Comunicación de la Comisión denominada «Energía Limpia para todos los europeos», de 30 de noviembre de 2016 [COM (2016) 860 Final]. Su Anexo I, denominado «Acelerar el recurso a energía limpia en los edificios», establecía: «Alrededor del 75 % del parque inmobiliario es ineficiente desde el punto de vista energético. Con la tasa de renovación actual del 1 % al año, se necesitaría casi un siglo para descarbonizar el parque inmobiliario y al-

10. Sobre las mismas véase GIFREU FONT, J. (2019): «Edificación y sostenibilidad: líneas de actuación y retos pendientes en los procesos de construcción y de rehabilitación del parque edificado», en LÓPEZ RAMÓN F. (Coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEMAT, Madrid, pp. 761 y ss.

11. Conviene señalar, por otro lado, la importancia del estándar Passivhaus, uno de los más completos en construcción de Edificios de Consumo Casi Nulo, y que garantiza una demanda energética entre un 75% y un 90% por debajo de la que tiene un edificio convencional. Tengamos en cuenta que el concepto de edificación pasiva, distinto del de edificio de consumo de energía casi nulo, se refiere a un tipo de construcción enfocada a la reducción máxima de la energía necesaria para la climatización, logrando mantener una temperatura constante y confortable mediante la optimización de los recursos existentes. Para ello, se trabaja a través de técnicas de construcción pasivas como, entre otras, un buen factor de forma que reduzca la superficie en contacto con el exterior para disminuir las necesidades de climatización, una orientación correcta de las ventanas para aprovechar el calor del sol cuando están cerradas y la ventilación natural al abrirlas, o utilizar protecciones solares que impidan un sobrecalentamiento en verano. <http://www.passivehouse.com>

12. Un resumen de las principales normas y medidas de esta segunda etapa puede encontrarse en GALERA RODRIGO S. (2019): «Energía: transición energética, fase II», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEMAT, Madrid, pp. 761 a 781. Véase también GONZÁLEZ RÍOS, I. (2017): «Nuevos retos en materia de eficiencia energética en España tras el paquete energético de la UE de 2016», en GALÁN VIOQUE R. y GONZÁLEZ RÍOS I. (Dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Navarra, Aranzadi, pp. 171 a 210.

13. En nuestro país véase <https://www.agenda2030.gob.es/>

canzar unos niveles hipocarbónicos modernos». Igualmente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2016, sobre la Estrategia de la Unión en el ámbito de la calefacción y la refrigeración, 2016/2058(INI), consideró que el parque inmobiliario europeo actual es ineficiente desde el punto de vista energético y que, según las previsiones, el 90 % de estos edificios seguirá utilizándose en el 2050. Además, señalaba que el 50 % de la demanda final de energía de la Unión se destina a calefacción y refrigeración, de la que el 80 % se utiliza en edificios, y que el sector inmobiliario viene a representar, aproximadamente, el 13 % de todas las emisiones de CO₂ en la UE.

Estas propuestas del Paquete de Invierno de 2016 se han concretado en Reglamentos y Directivas con las que la Unión Europea ha dado un nuevo salto hacia adelante, aunque sus Estados no hayan logrado, siquiera, poner en marcha mínimamente las medidas anteriores. Estas nuevas normas adaptan el entorno regulatorio al horizonte temporal 2030-2050 y a los compromisos del Acuerdo de París. Entre ellas, por su importancia, debemos destacar la Directiva 2018/844/UE, de 30 de mayo de 2018, que ha modificado las Directivas 2010/31/UE sobre eficiencia energética de los edificios y 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética. Posteriormente, la Directiva 2018/2001/UE, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, ha procedido a refundir la Directiva 2009/28/CE, que queda derogada. Por su parte la Directiva 2018/2002/UE, de 11 de diciembre de 2018, ha modificado nuevamente la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética. Veamos, brevemente, algunas de las medidas recogidas en este segundo paquete de normas.

La Directiva 2018/2001/UE, de 11 de noviembre, relativa al fomento del uso de energía renovable eleva los objetivos de uso de energía renovable, establece en su artículo 3, que los Estados velarán conjuntamente por que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea de al menos el 32 % del consumo final bruto de energía de la UE en 2030. La nueva regulación aborda también una cuestión cada vez más extendida en todos los Estados como es el autoconsumo de energía renovable¹⁴. Para ello, establece una definición de «autoconsumidores de energías renovables» y de «autoconsumidores de energías renovables que actúen de forma conjunta», pensando en una distinción entre el autoconsumo desarrollado en la vivienda unifamiliar frente a bloques. Junto a ello propone la adopción de un marco normativo que habilite a los autoconsumidores de energías renovables para generar, consumir, almacenar y vender electricidad sin hacer frente a cargas desproporcionadas. Otro aspecto importante en esta Directiva lo constituyen las medidas sobre el sector de calefacción y refrigeración, clave para acelerar la descarbonización del sistema energético, ya que la calefacción y la refrigeración urbanas representan cerca de la mitad del consumo final

14. Sobre las instalaciones de autoconsumo eléctrico puede verse GONZÁLEZ RÍOS, I. (2021): Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídico-administrativos para 2030-2050. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 221 a 227. ORTIZ GARCÍA, M. (2022): La regulación europea y el nuevo régimen del autoconsumo eléctrico en España, en VV.AA.: Los desafíos jurídicos de la transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 267 a 295.

de energía de la Unión y aproximadamente el 10 % de la demanda de calor en toda la Unión. Conforme a su art. 36 los Estados miembros tenían hasta el 30 de junio de 2021 para transponer a cada ordenamiento una buena parte de su articulado, sin que, una vez más, los plazos se hayan cumplido del todo. Pese a ello, como veremos más adelante, ya hay una nueva propuesta de Directiva que contempla un aumento del 32 al 40 % en la cuota de las fuentes renovables en la combinación energética de la Unión, que se pretende alcanzar en 2030.

Por lo que se refiere a la eficiencia energética, la Directiva 2012/27/UE ha sido modificada de manera importante por la Directiva 2018/844/UE, de 30 de mayo, y por la Directiva 2018/2002/UE, de 11 de noviembre, con la pretensión de lograr un incremento paulatino en la mejora de la eficiencia energética, pasando del objetivo del 20 % previsto en la anterior Directiva para 2020, a un mínimo del 32.5 % para el año 2030, con una reducción del consumo de energía de un 26 %. La nueva regulación fomenta las inversiones y las medidas de eficiencia energética a largo plazo, tales como la renovación de edificios. Por ello, para reducir el gasto del consumidor en energía, a través de los Estados se incentivarán las ayudas que permitan la disminución del consumo de energía mediante la reducción de las necesidades energéticas de los edificios y las mejoras en la eficiencia de los aparatos, que deben combinarse con la disponibilidad de modos de transporte de bajo consumo de energía integrados con el transporte público y el uso de la bicicleta. Se establece, además, entre otras muchas medidas, la obligación de instalar contadores de calefacción y repartidores de costes de calefacción de lectura remota, para garantizar que se facilita información rentable y frecuente sobre el consumo.

Por último, en esta segunda fase, la Directiva de eficiencia energética de los edificios ha sido objeto, también, de diversos cambios, primero por la Directiva 2018/844/UE, de 30 de mayo, y luego por el Reglamento 2018/1999/UE, de 11 de diciembre. Los cambios introducidos por la Directiva 2018/844/UE debían haberse transpuesto por los estados a sus ordenamientos nacionales antes del 10 de marzo de 2020 y tienen por objetivo, a largo plazo, reducir para 2050 las emisiones de gases de efecto invernadero en la Unión en un 80-95 % en comparación con 1990¹⁵ y acelerar la renovación económicamente rentable de los edificios existentes y la promoción de las tecnologías inteligentes en los edificios. Esta importante Directiva promueve la implantación de infraestructuras de recarga para vehículos eléctricos¹⁶ y de sistemas de automatización y control de edificios¹⁷ que apoyen

15. La Directiva indica también que el parque inmobiliario es responsable aproximadamente del 36 % de todas las emisiones de CO₂ de la Unión (considerando 6). Casi el 50 % del consumo de energía final de la Unión se destina a calefacción y refrigeración, de la cual el 80 % se consume en edificios (considerando 7).

16. Véase al respecto el vigente artículo 8 de la Directiva 2010/31/UE en la redacción dada por el artículo 1 de la Directiva 2018/844/UE.

17. La Directiva introduce el concepto de «sistema de automatización y control de edificios» en el artículo 2, apartado 3 *bis*, de la Directiva 2010/31/CE, que lo define como «sistema que incluy(e) todos los productos, programas informáticos y servicios de ingeniería que puedan apoyar el funcionamiento

el funcionamiento eficiente energéticamente, económico y seguro de sus instalaciones técnicas¹⁸ mediante controles automatizados¹⁹. También amplía el alcance del régimen de inspección actual de las instalaciones de calefacción y aire acondicionado con el fin de incluir las instalaciones combinadas (con ventilación) y de tener en cuenta la eficiencia de las instalaciones en condiciones de funcionamiento habituales. Dado que la consecución de los objetivos de la Unión en materia de energía y cambio climático está directamente relacionada con los esfuerzos para renovar su parque inmobiliario priorizando la eficiencia energética, la Directiva 2018/844/UE, introduce en la Directiva 2010/31/UE un artículo 2 *bis* por el que cada Estado miembro deberá establecer una estrategia a largo plazo para apoyar la renovación de sus parques nacionales de edificios residenciales y no residenciales, tanto públicos como privados, transformándolos, antes de 2050, en parques inmobiliarios con alta eficiencia energética y descarbonizados. También modifica el párrafo 5º del artículo 7 de la Directiva 2010/31/UE que ahora obliga a los Estados miembros a fomentar, en relación con los edificios sujetos a reformas importantes, la implantación de instalaciones alternativas de alta eficiencia, siempre que ello sea técnica, funcional y económicamente viable, y a lograr unas condiciones climáticas interiores saludables, mejorar la seguridad contra incendios y evitar los riesgos relacionados con una intensa actividad sísmica. Del mismo modo, exigirán que los edificios de nueva construcción, cuando sea técnica y económicamente viable, estén equipados con dispositivos de autorregulación que regulen separadamente la temperatura ambiente en cada espacio interior. Para cumplir de manera rentable las ambiciones de la Unión en materia de eficiencia energética en el sector de la edificación, sería necesario realizar la renovación a una tasa media anual del 3 %. De este modo, los esfuerzos destinados a aumentar la eficiencia energética de los edificios contribuirían activamente a la independencia energética de la Unión, pues hemos de considerar que cada 1 % de aumento del ahorro energético permite reducir en un 2,6 % las importaciones de gas (considerando 10 de la Directiva 2018/844/UE). Para que este ritmo de renovación edificatoria sea factible, son muy importantes los incentivos financieros, que los Esta-

eficiente energéticamente, económico y seguro de las instalaciones técnicas del edificio mediante controles automatizados y facilitando su gestión manual de dichas instalaciones técnicas del edificio».

18. Por instalaciones técnicas del edificio se entienden los «equipos técnicos destinados a calefacción y refrigeración de espacios, ventilación, agua caliente sanitaria, iluminación integrada, automatización y control de edificios, generación de electricidad *in situ*, o una combinación de los mismos, incluidas las instalaciones que utilicen energía procedente de fuentes renovables, de un edificio o de una unidad de este».

19. Las disposiciones de la Directiva 2010/31/UE, relativas a la automatización y a las instalaciones técnicas de edificios, son objeto de la Recomendación (UE) 2019/1019, de la Comisión, de 7 de junio de 2019, sobre modernización de edificios. Esta recomendación busca ayudar a los estados miembros a introducir en sus regulaciones procedimientos que garantizan el rendimiento óptimo de las instalaciones técnicas de los edificios y posibiliten su automatización y monitorización electrónica. La automatización de los edificios y la monitorización electrónica de sus instalaciones técnicas pueden convertirse en un sustituto eficaz de las inspecciones, en particular para las instalaciones de gran tamaño. En consecuencia, ofrecen tanto a los consumidores como a las empresas un gran potencial de ahorro energético.

dos habrán de vincular al ahorro de energía previsto o logrado (art. 10 de la Directiva 2010/31/CE).

Para impulsar este proceso de renovación del parque inmobiliario, la Comisión aprobó el 8 de mayo de 2019 la Recomendación 2019/786/UE, relativa a la renovación de edificios, que tuvo su continuación, al año siguiente, en la Comunicación de la Comisión, de 14 de octubre de 2020, «Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas» [COM (2020) 662 final]. A fin de garantizar una renovación en la que los edificios existentes pasen a ser, a más tardar en 2050, edificios con alta eficiencia energética y descarbonizados, deben adoptarse estrategias nacionales de renovación a largo plazo con un sólido componente financiero. La recomendación se centra en explicar las disposiciones relativas a la renovación de edificios y afecta a los artículos 2 bis, 10 y 20, así como al anexo I de la Directiva 2010/31/UE, preceptos que incluyen disposiciones sobre estrategias de renovación a largo plazo, mecanismos de financiación, incentivos, información y cálculo de la eficiencia energética de los edificios. Entre las ideas presentes en la recomendación, está la del pasaporte de renovación de edificios, como ejemplo de medida con la que los Estados miembros pueden apoyar las renovaciones económicamente rentables específicas y las renovaciones profundas por fases. Dicho pasaporte es un documento electrónico o en papel en el que se describe la hoja de ruta a largo plazo (quince a veinte años) para la renovación por etapas (con el menor número de etapas posible) de un edificio concreto que puede ser el resultado de una auditoría energética in situ que cumpla criterios de calidad específicos y que defina las medidas y renovaciones pertinentes que podrían mejorar el rendimiento energético. También, en el apartado 2.4 la recomendación, propone varios mecanismos de financiación y de gestión, entre los que podemos señalar la adjudicación por los municipios de contratos de servicios energéticos, la concesión de préstamos que tengan en cuenta el efecto positivo del componente de eficiencia energética, la financiación a través de impuestos, la convocatoria de subvenciones destinadas a los consumidores más vulnerables, las ayudas para el uso de contratos de rendimiento energético, sistemas de ventanilla única, etc. Llama la atención lo establecido en el apartado 2.7.2 en relación con las viviendas en alquiler, ya que los Estados miembros deben considerar introducir, o continuar aplicando, requisitos para que los certificados de eficiencia energética demuestren un determinado nivel de rendimiento energético²⁰. Al hacerlo, los

20. Así, por ejemplo, el gobierno neerlandés ha anunciado que, a partir de 2023, los edificios deberán tener una calificación energética mínima de «C» para ser alquilados como espacio de oficinas. En este sentido, el art. 78.4 de la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética de Navarra establece que, «a partir del 1 de enero de 2030, y sin perjuicio de lo que se establezca en la normativa vigente en materia de arrendamientos urbanos, las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados únicamente podrán arrendar inmuebles para su propio uso en edificios de consumo de energía casi nulo conforme a la versión vigente en 2030 del Código Técnico de la Edificación. Los contratos de arrendamiento en vigor de inmuebles ubicados en edificios que no tengan la consideración de edificio de consumo de energía casi nulo no podrán prorrogarse más allá de 2030. Quedan exentos de esta obligación:

Estados miembros deben considerar el establecimiento de mecanismos de financiación que alivien las cargas asociadas a las reformas necesarias para los propietarios de inmuebles. La recomendación se refiere, además, a la Iniciativa de Hipotecas de Eficiencia Energética, que tiene por objeto crear una hipoteca normalizada a escala europea. La idea es conceder hipotecas preferenciales a los propietarios que desean mejorar la eficiencia energética de sus edificios, teniendo en cuenta el impacto positivo de la eficiencia energética en el valor del edificio y en el riesgo de impago (apartado 2.7.8.2).

Conviene señalar, en fin, que el Reglamento 2018/1999/UE, de 11 de diciembre, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, además de modificar la Directiva de Eficiencia Energética de los Edificios, introdujo un mecanismo de gobernanza para aplicar estrategias y medidas, buscando una Unión de la Energía totalmente funcional que estimulase la cooperación entre los Estados miembros, también, en su caso, a nivel regional, con el fin de alcanzar los objetivos generales y específicos de la Unión. El reglamento estableció la obligación para los estados de llevar a cabo unos Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima, que deben abarcar períodos decenales y ofrecer una visión global de la situación actual del sistema y las políticas energéticas, prestando especial atención, en este primer período de 2021 a 2030, a los objetivos para 2030 en materia de reducción de las emisiones de GEI, de energías renovables, de eficiencia energética y de interconexión eléctrica.

2. Europa y el futuro inmediato de las energías renovables y de la eficiencia energética en la edificación

Pero, dada la trascendencia que tiene esta cuestión para el futuro de Europa y del planeta, la Comisión Europea ha seguido trabajando a un ritmo vertiginoso y, aun cuando las iniciativas anteriores no están aún puestas en marcha en su totalidad, ha llevado a cabo nuevas propuestas y planteamientos que han de marcar la política europea en las próximas décadas. Hay en estos momentos un auténtico maremágnum de iniciativas en relación con la eficiencia energética y las energías renovables, ya que sentar las bases para lograr la neutralidad climática en Europa es una de las 6 prioridades que se ha marcado la Comisión para el periodo 2019-2024.

Por ello, la Comisión Europea presentó, el 11 de diciembre de 2019²¹, el *Pacto Verde Europeo (European Green Deal)*, que es una hoja de ruta para dotar

a) Los arrendamientos de inmuebles en localidades donde no haya disponible en alquiler inmuebles de las características requeridas de consumo de energía casi nulo.

b) Los alquileres de locales de superficie inferior a 60 m².

c) Los alquileres de carácter provisional, como las reubicaciones motivadas por la rehabilitación o construcción de un edificio o debidas a otras causas, por un periodo máximo de dos años.

21. Comunicación de la Comisión «El Pacto Verde Europeo» [COM (2019) 640 final], de 11 de diciembre de 2019.

a la Unión de una economía sostenible y lograr el objetivo de neutralidad climática en el 2050. En su comunicación, la Comisión plantea elaborar un amplio paquete de iniciativas políticas²² cuyo objetivo es situar a la UE en el camino hacia una transición ecológica. Entre las acciones perseguidas se encuentran impulsar un uso eficiente de los recursos mediante el paso a una economía limpia y circular, descarbonizar el sector de la energía y, especialmente, garantizar que los edificios sean más eficientes desde el punto de vista energético. La Comunicación de la Comisión sobre el Pacto Verde Europeo, en su punto 2.1.4., establece que la tasa anual de renovación del parque inmobiliario de los Estados miembros oscila entre el 0,4 % y el 1,2 %, pero dicha tasa debería como mínimo duplicarse para alcanzar los objetivos de la UE en materia de eficiencia energética y clima.

Una de las primeras actuaciones de calado es el llamado «Reglamento de Taxonomía», Reglamento 2020/852/UE, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, que establece los criterios para determinar si una actividad económica se considera medioambientalmente sostenible a efectos de fijar el grado de sostenibilidad medioambiental de una inversión. Una de sus aportaciones más importantes es la creación de un sistema común de clasificación, o «taxonomía», de las actividades económicas sostenibles desde el punto de vista ambiental, que constituye un lenguaje común que los inversores y las empresas podrán utilizar para determinar las oportunidades de inversión en proyectos y actividades económicas que aporten una contribución sustancial a los objetivos climáticos y ambientales, y les ayudará a orientar sus operaciones hacia la sostenibilidad. Su artículo 13.g) considerará que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la transición hacia una economía circular, en particular a la prevención, la reutilización y el reciclaje de residuos, cuando dicha actividad prevenga o reduzca la generación de residuos, especialmente la procedente de la extracción de minerales y los residuos de la construcción y demolición de edificios. La construcción se toma como uno de los sectores clave y esta es una de las normativas que más van a influir en la valoración positiva de la edificación sostenible y orientará en gran medida las inversiones públicas y privadas. Dentro de la taxonomía se han establecido una serie de requisitos para el sector de la edificación, como la definición de criterios para la mitigación del cambio climático en cuanto al consumo de energía, analizando todo el ciclo de vida del edificio y no ciñéndose únicamente a la fase de uso.

Posteriormente, la Comisión publicó su Comunicación de 17 de septiembre de 2020 «Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficio de nuestros ciudadanos» [COM (2020)

22. Además de las que comentaremos, existen otras en distintos ámbitos, como, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de 17 de mayo de 2021 [COM (2021) 240 final], sobre un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la UE, «Transformar la economía azul de la UE para un futuro sostenible», o la Comunicación de 12 de mayo de 2021 [COM (2021) 400 final], Plan de acción de la UE: «Hacia una contaminación cero del aire, el agua y el suelo».

562 final], que es un documento muy completo y clarificador en el que se habla por primera vez del objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, en toda la UE y toda la economía, de al menos un 55 % en comparación con 1990 de aquí a 2030, englobando las emisiones y las absorciones. A juicio de la Comisión, las inversiones relacionadas con la energía deben aumentar: «En el período 2021-2030, la UE tendrá que invertir anualmente 350.000 millones EUR más que en el período 2011-2020, lo que supone un aumento de alrededor de 90.000 millones EUR al año en comparación con las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos actuales en materia de clima y energía para 2030». La Comisión prevé que las importaciones netas de energía disminuirán en más de un cuarto en el período 2015-2030 y que, aumentar la ambición climática del objetivo actual para 2030 al 55 % y alcanzar la neutralidad del clima de aquí a 2050, supondría ahorrar 100.000 millones de euros en la factura de importación de la UE a lo largo del período 2021-2030 y hasta 3 billones de euros de aquí a 2050. Prevé también que, de aquí a 2030, la cuota de producción de electricidad renovable de la UE se duplique, del 32 % actual, a como mínimo 65 % aproximadamente. Por lo que se refiere al sector de la construcción, el incremento de la inversión deberá respetar la justicia y la equidad sociales, a fin de evitar las repercusiones negativas en los consumidores vulnerables. Renovar los edificios europeos no solo reducirá las facturas de energía y las emisiones de gases de efecto invernadero, sino que además mejorará las condiciones de vida y crea puestos de trabajo locales. En la actualidad los edificios nuevos consumen tan solo la mitad de lo que consumían los edificios típicos de la década de 1980. Pero cerca del 35 % de los edificios de la Unión tienen más de 50 años y, por ello, será necesario que el índice de renovación, que actualmente se sitúa en torno al 1 %, se duplique, como mínimo, de aquí a 2030. En concreto, es necesario incrementar ampliamente las grandes renovaciones de las cubiertas de edificios, la digitalización inteligente y la integración de las energías renovables. La próxima oleada de renovación pondrá en marcha un conjunto de medidas para incrementar la profundidad y el ritmo de las renovaciones por edificio y a escala municipal, cambiar los combustibles por soluciones de calefacción renovables, difundir los productos y dispositivos más eficientes, utilizar sistemas inteligentes y las infraestructuras del edificio para recargar los vehículos eléctricos y mejorar la envolvente del edificio (aislamiento y ventanas).

Al poco tiempo, se publicó la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 2020 [COM (2020) 788 final], que recoge el *Pacto Europeo por el Clima*, entre cuyas acciones destacan las relativas al sector de la edificación. Llama la atención lo dispuesto en el punto 3.3.3, relativo a los edificios ecológicos, el cual establece que, si consideramos todo el ciclo de vida del diseño, construcción, uso, renovación y demolición, el sector de la construcción es el mayor consumidor de energía de la UE (40 %), el mayor usuario de materias primas (el 50 % de las materias extraídas) y por consiguiente unos de los más grandes emisores de gas de efecto invernadero (el 36 % de las emisiones directas e indirectas relacionadas con la energía). Considera que, el aumento de las temperaturas provocará olas de calor más frecuentes y aumentará la necesidad de energía para

refrigerar nuestros edificios durante la estación cálida. Entiende que, para que nuestros edificios sean más respetuosos con el clima, debemos utilizar materiales de bajas emisiones de carbono, construir mejor los nuevos edificios y renovar los existentes, ya que la mayoría de ellos seguirán existiendo en las próximas décadas.

En esta misma línea y para poder cumplir los compromisos del Acuerdo de París y la aplicación de los ODS, siguiendo la propuesta de la Comisión, se ha publicado la que se conoce como «*Ley Europea del Clima*», Reglamento 2021/1119/UE, de 30 de junio de 2021, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999. La Unión Europea blindará, a través de un Reglamento, el objetivo de la neutralidad climática para el 2050 y garantiza la aplicabilidad directa de sus disposiciones en todos los estados miembros. La Ley Europea del Clima busca lograr un objetivo colectivo de reducción de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (las emisiones una vez deducidas las absorciones) en al menos un 55 % de aquí a 2030, con respecto a los niveles de 1990. También persigue, junto a la reducción progresiva de gases de efecto invernadero, el incremento de absorciones por sumideros naturales, que deberán estar equilibradas en 2050. En su considerando 7, afirma que, gracias al marco regulador de la Unión y a los esfuerzos realizados por el sector industrial, es posible disociar el crecimiento económico de las emisiones de gases de efecto invernadero. Así, por ejemplo, las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión disminuyeron un 24 % entre 1990 y 2019, mientras que la economía creció un 60 % durante el mismo período. Establece, igualmente, que todos los sectores de la economía (energía, industria, transporte, calefacción y refrigeración y edificación, agricultura, residuos y uso del suelo, silvicultura, etc.) deben contribuir a lograr la neutralidad climática en la Unión de aquí a 2050. También llama la atención el anuncio, en su considerando 18, de un mecanismo de ajuste en frontera, que se concretaría en una tasa de carbono sobre las importaciones, que resulte compatible con las normas de la Organización Mundial del Comercio. Esta es una medida reclamada desde todos los ámbitos para evitar deslocalizaciones («fuga de carbono») y paliar así cierta falta de competitividad de nuestros sectores económicos por la actuación, altamente contaminante, de los socios internacionales que no comparten las mismas normas de protección del clima. Al respecto puede verse, en este momento, la Propuesta de Reglamento 2021/0214 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono [COM (2021) 564 final].

Más recientemente, la Comisión Europea ha puesto en marcha su paquete legislativo «*Fit for 55*», que tiene por objeto traducir las ambiciones del Pacto Verde en legislación y apoyar su compromiso de reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero en al menos un 55% para 2030. El 14 de julio de 2021, la Comisión ha publicado su comunicación «*Objetivo 55*» cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática» [COM (2021) 550 final]. La comunicación plantea un conjunto comple-

to e interrelacionado de propuestas²³ encaminadas a convertir a Europa en el primer continente neutro de aquí a 2050. Se trata de propuestas que pretenden hacer una revisión completa de la legislación relacionada con el clima, la energía y el transporte y, además, poner en marcha nuevas iniciativas legislativas²⁴. Entre las actuaciones previstas podemos señalar las siguientes:

- Llevar a cabo una transición socialmente justa, luchando contra la desigualdad y la pobreza energética a través de la lucha contra el cambio climático. Para ello se crea un Fondo Social para el Clima, con la intención de combatir las cifras de pobreza energética que afecta a 34 millones de personas en la Unión Europea. Este fondo aportará 72.200 millones de euros en el periodo 2025-2032 al presupuesto de la UE, con cargo al nuevo régimen de comercio de derechos de emisión y se combinará con contribuciones nacionales de al menos el 50 %.
- Buscar una transformación sistémica de toda la economía con acciones en todos los sectores de la industria, el transporte, los edificios y la energía, incluyendo un reforzamiento del régimen de comercio de derechos de emisión, que se reforzará y se aplicará a nuevos sectores en los que no se han reducido las emisiones. En este sentido, la comisión propone empezar a aplicar el comercio de derechos de emisión a partir de 2026 al transporte por carretera y a los edificios, en un sistema centrado en los proveedores de combustible. También se revisará el reglamento de reparto del esfuerzo, Reglamento 2018/842/UE, de 30 de mayo de 2018,

23. Un resumen de las medidas que plantea para este periodo se puede ver en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>

24. Además de una nueva propuesta de modificación de la Directiva de Energías Renovables y de las nuevas propuestas de Directivas sobre Eficiencia Energética y sobre Eficiencia Energética de Edificios, que veremos más adelante, podemos encontrar otras iniciativas legislativas, todas de 14 de julio de 2021, entre las que podemos destacar:

- Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/842 sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París [COM (2021) 555 final].

- Propuesta de Reglamento relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos y por el que se deroga la Directiva 2014/94/UE [COM (2021) 559 final].

- Revisión de la fiscalidad de la energía: propuesta por la que se reestructura el régimen de la Unión de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (refundición), [COM (2021) 563 final].

- Propuesta de Reglamento sobre combustibles sostenibles en aviación [COM (2021) 561 final].

- Propuesta de Reglamento relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE [COM (2021) 562 final].

- Propuesta de Reglamento por el que se establece el Fondo Social para el Clima [COM (2021) 568 final]

- Propuesta de Reglamento por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono [COM (2021) 564 final].

sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, con el objetivo de facultar a los Estados miembros para adoptar medidas nacionales que permitan reducir las emisiones en los sectores de la construcción, el transporte, la agricultura, los residuos y la pequeña industria. Además, se está trabajando en mejorar la fiscalidad de la energía y en configurar un mecanismo de ajuste del carbono en frontera (MAFC), que fije un precio sobre las importaciones de mercancías muy contaminantes en función de su contenido en carbono y que será compatible con el régimen de comercio de derechos de emisión.

- Revisar las normas de emisión de CO₂ para turismos y furgonetas nuevos, pues el transporte es la principal causa de contaminación atmosférica de las ciudades y las emisiones siguen siendo superiores a las de 1990, siendo necesaria una reducción del 90 % de las emisiones del transporte hasta el 2050 para cumplir el objetivo de neutralidad climática. A partir de 2035 ya no será posible comercializar en la UE turismos o furgonetas que tengan un motor de combustión interna. Por su parte, el Reglamento relativo a la infraestructura para los combustibles alternativos garantizará el despliegue necesario de una infraestructura interoperable y de fácil utilización para la recarga y el repostaje de vehículos más limpios en toda la UE.
- Promover la utilización de combustibles sostenibles en los sectores aéreo y marítimo (*ReFuelEU* y *FuelEU*), resultando los combustibles contaminantes más caros para los proveedores.
- Actualizar la Directiva sobre Energías Renovables, aumentando a un 40 % de uso de energías renovables en la combinación energética de la UE, y revisar las Directivas sobre Eficiencia Energética y Rendimiento Energético de los Edificios. El objetivo de eficiencia energética a escala de la UE se amplía del 32,5 % al 36 %, para el consumo de energía final y al 39 % para el consumo de energía primaria. También la propuesta de Directiva de eficiencia energética de los edificios deberá recoger medidas específicas para acelerar el porcentaje de renovaciones de edificios.
- Realizar también una transición verde, protegiendo la naturaleza y aumentando el sumidero natural de carbono de la UE, aumentando la calidad y cantidad de bosques y otros sumideros naturales de carbono, para lo que va a ser esencial la nueva estrategia forestal de la UE. En este sentido, se está trabajando en la actualización del Reglamento sobre el uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura.

Otra de las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión ha sido la Recomendación 2021/1749/UE, de 28 de septiembre de 2021, «sobre el principio de *«primero, la eficiencia energética»*: de los principios a la práctica —Directrices y ejemplos para su aplicación en la toma de decisiones en el sector de la ener-

gía y más allá». Este principio es uno de los principios rectores de la política energética de la UE y trata de priorizar la eficiencia energética en la toma de decisiones de la Unión y sus Estados miembros. Aparece definido en el artículo 2, punto 18, del Reglamento 2018/1999/UE, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima: «principio por el cual en las decisiones de planificación, estrategia e inversión en materia de energía se deben tener plenamente en cuenta medidas alternativas en materia de eficiencia energética que sean eficientes en costes y que permitan dotar de mayor eficiencia a la demanda y el suministro de energía, en particular mediante ahorros de energía en el uso final eficientes, iniciativas para la respuesta de la demanda y una transformación, transmisión y distribución más eficiente de la energía, y que permitan alcanzar aun así los objetivos de dichas decisiones». Por su parte, el art. 3 de la propuesta de Directiva de eficiencia energética [COM (2021), 558 final], establece que, de conformidad con el principio de «primero, la eficiencia energética», los Estados miembros velarán por que las soluciones de eficiencia energética se tengan en cuenta en las decisiones en materia de planificación, políticas e inversiones importantes relacionadas con los sectores energéticos o con los no energéticos, cuando tengan un impacto en el consumo de energía y en la eficiencia energética.

Según esta recomendación, para medir y cuantificar los impactos positivos y negativos sobre el rendimiento energético mejorado de los edificios, pueden considerarse aspectos que influyen en la salud como la capacidad de mantener los hogares a una temperatura apropiada, la calidad del aire interior, la existencia de moho y humedad, el alumbrado interior, el nivel de ruido consecuencia del aislamiento de la envolvente del edificio o la retirada de materiales tóxicos (amianto, plomo...). En relación con los edificios, esta Recomendación 2021/1749/UE establece, entre otras cosas, la necesidad de aplicar el principio de «primero la eficiencia energética» a las operaciones de renovación de edificios, así como a la utilización de tecnologías y criterios de diseño que hagan que el edificio y sus instalaciones térmicas sea lo más eficiente posible. Como se ha dicho anteriormente, los edificios son responsables de, aproximadamente, el 40 % del consumo total de energía de la UE y del 36 % de sus emisiones de gases de efecto invernadero. Pero estas cifras hacen referencia al uso y funcionamiento de los edificios, no a su ciclo de vida completo, que es lo que hay que tener en cuenta, según la Comisión, a la hora de efectuar estas renovaciones. Tanto las nuevas construcciones como las renovaciones de edificios tienen un gran potencial para seguir reduciendo las emisiones totales de carbono y pueden aportar múltiples beneficios a la economía, la sociedad y el medio ambiente. El principio de «primero la eficiencia energética» debe presidir también la planificación de nuevos desarrollos urbanísticos, debiendo dar un alto grado de consideración a la eficiencia energética y a la reducción de emisiones de carbono cuando se diseña la localización de edificios, servicios e infraestructuras de movilidad. Entre otros muchos, la recomendación propone que los ordenamientos nacionales fomenten programas de renovación integrales (desde la mejora de la integri-

dad térmica de los cerramientos exteriores, hasta la mejora y optimización de los sistemas técnicos de los edificios a través de las tecnologías digitales, pasando por la integración de los recursos energéticos renovables distribuidos y descentralizados. También sugiere promover, en las normas de contratación pública, las herramientas que permitan incrementar la adquisición, construcción de edificios eficientes desde el punto de vista energético y considerando su ciclo de vida, sobre la base de análisis coste-beneficios integrados. Por último, la recomendación propone la adopción de una serie de medidas, que no siempre son fáciles de llevar a la práctica: impulsar planes de financiación innovadores para la renovación de edificios, incluidas las hipotecas de eficiencia energética; vincular la financiación a auditorías a posteriori que garanticen que las acciones llevadas a cabo hayan tenido un impacto significativo en la eficiencia energética de los edificios; vincular la autorización de la localización de edificios a factores que potencien las energías renovables (orientación, espacio para bombas geotérmicas y de calor, etc.); obligar a proporcionar puntos de recarga de bicicletas y vehículos eléctricos en aparcamientos a través de códigos de edificación; utilizar contratos de rendimiento energético que aseguren ganancias de eficiencia energética; o utilizar tecnologías activas/pasivas de eficiencia energética para optimizar el mantenimiento y utilización del edificio.

Pero, junto a normas, recomendaciones y comunicaciones, la Unión Europea ha ido poniendo en marcha algunas otras iniciativas y herramientas de carácter más práctico y que pueden resultar muy útiles.

Así, en primer lugar, podemos hablar del *Libro del Edificio Digital*, llamado ahora *Pasaporte de renovación del edificio* por la Directiva de eficiencia energética de los edificios (artículo 19 bis) y por el artículo 10 de la propuesta de nueva Directiva de Eficiencia Energética de Edificios, a la que luego nos referiremos. Es una medida más con la que los Estados miembros pueden apoyar las renovaciones económicamente rentables específicas y las renovaciones profundas por fases. Se trata de un documento electrónico en el que se describe la hoja de ruta a largo plazo (quince a veinte años) para la renovación por etapas (con el menor número de etapas posible) de un edificio concreto que puede ser el resultado de una auditoría energética que cumpla criterios de calidad específicos y que defina las medidas y renovaciones pertinentes que podrían mejorar el rendimiento energético. Pero, además de una planificación de la renovación por etapas del edificio, este instrumento constituye un depósito común para todos los datos de construcción relevantes que puedan conocerse, incluyendo, por tanto, la información comprendida en el vigente Libro del Edificio, al que se refiere la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación en su artículo 7 y la Parte I del Código Técnico de la Edificación en su art. 8. Su desarrollo es una oportunidad para España y, por ello, desde GBCE y Cíclica se ha propuesto una solución adaptada al contexto nacional: El PAS-E, entre cuyos componentes se encuentra el Plan de Rehabilitación del Edificio, una hoja de ruta consensuada que marca la secuencia de intervenciones a realizar en el tiempo, antes del año 2050.

También, la Comisión mantiene otra importante herramienta, el *Observatorio del Parque Inmobiliario Europeo* (EU Building Stock Observatory o BSO)²⁵, creado en 2016 y que cuenta con más de 250 indicadores, que le permiten monitorizar el conjunto de edificios y contar con mayores elementos de información a la hora de adoptar las distintas medidas en este ámbito. supervisa el rendimiento energético de los edificios en toda Europa. El BSO contiene una base de datos, un mapa de datos y fichas informativas, lo que facilita el seguimiento de la información sobre la eficiencia energética de los edificios en toda Europa.

Para facilitar las distintas actuaciones que pueda emprender la Unión y los distintos estados miembros, la Comisión Europea ha diseñado *Level(s)*, un marco común de indicadores básicos de sostenibilidad para edificios residenciales y de oficinas, tanto de nueva construcción como existentes. Level(s) ofrece una terminología común para evaluar distintos indicadores de sostenibilidad de los edificios (emisiones de carbono, materiales, uso de agua, salud, valor y riesgo económico, etc.). Es decir, contiene un conjunto de indicadores y parámetros comunes para medir el comportamiento medioambiental de los edificios durante su ciclo de vida. Esta terminología o marco común debería permitir la adopción de medidas en los edificios que puedan contribuir claramente a la consecución de objetivos más generales de la política medioambiental europea.

En fin, por su importancia futura, hemos de destacar el *SRI (Smart Readiness Indicator for buildings)* o indicador de aptitud para aplicaciones inteligentes en los edificios y sus instalaciones técnicas²⁶. Se trata de una metodología común de la UE, que evalúa la preparación inteligente de los edificios (o unidades de edificios) en su capacidad para realizar tres funcionalidades clave: optimizar la eficiencia energética y el rendimiento general en uso, adaptar su funcionamiento a las necesidades del ocupante y adaptarse a las señales de la red. También persigue sensibilizar a los propietarios y ocupantes de los edificios sobre el valor que aportan la automatización de los edificios y el seguimiento electrónico de sus instalaciones, lo que conlleva un ahorro energético real. El *SRI* se introdujo a partir de la modificación introducida por la Directiva 2018/844/UE que, como hemos visto, modificaba la Directiva 2010/31/UE, de eficiencia energética de los edificios y, en concreto, su artículo 8 sobre instalaciones técnicas de los edificios, electromovilidad e indicador de aptitud para aplicaciones inteligentes. En desarrollo de este artículo 8, la Comisión aprobó el Reglamento Delegado 2020/2155/UE, de 14 de octubre de 2020, que establece un régimen común voluntario de la Unión Europea para la valoración del grado de preparación para aplicaciones inteligentes de los edificios. Su art. 2.1 lo define como un indicador que informa sobre la valoración del grado de preparación para aplicaciones inteligentes de un edificio o de una unidad de un edificio. El artículo 3, por su parte, desarrolla su regulación al establecer que permitirá valorar y comunicar la preparación

25. https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-efficiency/energy-efficient-buildings/eu-building-stock-observatory_es

26. https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-efficiency/energy-efficient-buildings/smart-readiness-/indicator/sri-implementation_en

para aplicaciones inteligentes de los edificios y de las unidades de los edificios a los operadores económicos y otras partes interesadas, en particular, a los planificadores y propietarios de edificios. Con ello, permitirá evaluar las capacidades de un edificio o de una unidad de un edificio para adaptar su funcionamiento a las necesidades de los ocupantes y de la red y para mejorar su eficiencia energética y su eficiencia en uso global. El indicador de preparación para aplicaciones inteligentes deberá incluir elementos para un mayor ahorro energético, la evaluación comparativa y la flexibilidad, así como funcionalidades y capacidades mejoradas ofrecidas por dispositivos inteligentes y más interconectados. Por tanto, este indicador incluirá la valoración de la preparación para aplicaciones inteligentes de un edificio o unidad de un edificio y, cuando sea posible, información adicional sobre la inclusividad y la conectividad del edificio, la interoperabilidad y la ciberseguridad de los sistemas, así como sobre la protección de datos.

A mi modo de ver, aún estamos muy lejos de poder generalizar en España los sistemas inteligentes de utilización de los edificios. Para ello, no hace falta continuar regulando más esta cuestión, pues quien dispone de los recursos adecuados ya implanta soluciones inteligentes a través de sistemas de domótica. Lo que hace falta es mejorar, generalizar y abaratar el uso de estas tecnologías, e integrarlas en los procesos constructivos, para que puedan resultar accesibles a la inmensa mayoría de los ciudadanos, cuyos recursos económicos no van a ser suficientes, al menos en un futuro cercano, para poder realizar esta transformación digital de sus edificios. Sí se pueden ir implantando progresivamente, junto a otras medidas, a los edificios nuevos, pero teniendo en cuenta que son muchas las exigencias que se van concretando y que todas ellas implican un incremento del coste de construcción y, por tanto, del precio de venta. Por tanto, estas y otras medidas deberán implantarse progresivamente, en función de la situación económica real de la mayoría de los ciudadanos y no solo de los que sufren pobreza energética.

Como se ha podido ver, para la Unión Europea la lucha contra el cambio climático, en especial en el sector de la edificación, ha venido siendo en los últimos años una prioridad estratégica, aunque no siempre sus propuestas e iniciativas han podido ser secundadas por los Estados con rapidez.

II. PAQUETE DEL PACTO VERDE EUROPEO: FASE III. NUEVAS PROPUESTAS DE DIRECTIVAS SOBRE ENERGÍAS RENOVABLES, EFICIENCIA ENERGÉTICA Y EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LA EDIFICACIÓN

En desarrollo del Pacto Verde Europeo, el Parlamento Europeo y el Consejo están trabajando en la modificación y actualización de las tres Directivas que regulan los principales aspectos de la sostenibilidad en el sector de la edificación: la Directiva sobre fomento de la energía procedente de fuentes renovables, la de eficiencia energética y, especialmente, la de eficiencia energética en el

sector de la edificación. Ello puede considerarse, en mi opinión, como una tercera fase en el impulso regulador que la Unión Europea está desarrollando en este ámbito. Ya se han publicado tres propuestas de Directivas sobre cada una de estas cuestiones.

1. Propuesta de Directiva para la modificación de las principales normas sobre energía procedente de fuentes renovables

El 14 de julio de 2021 se publicó la Propuesta de Directiva por la que se modifican la Directiva 2018/2001/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento 2018/1999/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva 2015/652/UE del Consejo [COM (2021) 557 final 2021/0218 (COD)]. Su artículo 5 prevé su transposición por los Estados miembros para el 31 de diciembre de 2024.

La propuesta de Directiva modifica el artículo 2 del Reglamento 2018/1999/UE estableciendo nuevos objetivos de la Unión en materia de energía y clima para 2030. Propone incrementar al 40 % el objetivo vinculante para 2030 de la cuota de las energías renovables en la combinación energética de la Unión, reduciendo las emisiones internas de gases de efecto invernadero en toda la economía, en comparación con los niveles de 1990. También la propuesta de artículo 2 del Reglamento persigue mejorar la eficiencia energética como mínimo en el 32,5 % para 2030 y alcanzar el 15 % de interconexión eléctrica. El periodo posterior 2030-2050 está aún siendo objeto de debate.

En lo que hace referencia a la modificación de la Directiva 2018/2001/UE, la nueva propuesta plantea, asimismo, nuevos objetivos a nivel nacional, entre los que podemos destacar, en lo que a nosotros nos interesa, los siguientes:

- un nuevo valor de referencia para 2030 del 49 % de uso de energías renovables en el consumo final de energía para el sector de la construcción.
- y un aumento indicativo de 2,1 puntos porcentuales anuales en el uso de energías renovables y de calor y frío residuales para la calefacción y refrigeración urbanas, calculado a partir de la cuota de energías procedentes de fuentes renovables y de calor y frío residuales en la calefacción y la refrigeración urbanas en 2020.

Estos objetivos tienen en cuenta el gran potencial que presentan los edificios para contribuir de forma eficaz a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión. Para ello, se considera necesario descarbonizar la calefacción y la refrigeración en este sector a través de una mayor cuota de producción y uso de energía renovable. Precisamente, por esto, la propuesta de

Directiva considera que el desarrollo de infraestructuras de redes urbanas de calefacción y refrigeración²⁷ debe intensificarse y orientarse hacia el aprovechamiento eficiente y flexible de una gama más amplia de fuentes renovables de calor y frío.

En lo que al sector de la edificación se refiere, hemos de destacar la introducción, por el artículo 1, apartado 6, de la propuesta de Directiva, de un nuevo artículo 15.bis en la Directiva 2018/2001/UE. Dicho precepto busca la integración en los edificios de los sistemas de energías renovables en el ámbito de la calefacción y la refrigeración. Establece que, para cumplir el citado objetivo del 49 % de uso de energías renovables en el consumo final de energía para el sector de la construcción en 2030, los Estados miembros habrán de incluirlo en los planes nacionales integrados de energía y clima actualizados, junto con información sobre cómo prevén alcanzarlo. Además, habrán de introducir medidas concretas en sus reglamentos y códigos de construcción que permitan aumentar la cuota de electricidad y de calefacción y refrigeración procedentes de fuentes renovables en el parque inmobiliario. Entre ellas²⁸ se incluyen medidas nacionales relativas a aumentos significativos en el autoconsumo de energías renovables, a las comunidades de energías renovables y al almacenamiento local de energía, en combinación con mejoras de la eficiencia energética relacionadas con la cogeneración y con edificios pasivos o de energía cero o casi cero. También los Estados tendrán en cuenta los sistemas urbanos eficientes de calefacción y refrigeración para lograr el cumplimiento de esos niveles mínimos de utilización de energías renovables en los edificios.

Los edificios públicos vuelven a convertirse en ejemplo para el incremento de la cuota de energía renovable utilizada. Para ello, la propuesta de Directiva establece que los Estados miembros podrán permitir, entre otras posibilidades, que esta obligación se cumpla disponiendo que los tejados de los edificios públicos sean utilizados por terceros para instalaciones que producen energía procedente de fuentes renovables. De igual forma, los Estados miembros promoverán el uso de sistemas y equipos de calefacción y refrigeración renovables y garantizarán que se proporcione información y asesoramiento adecuados sobre alternativas renovables de alta eficiencia energética, así como sobre los instrumentos financieros y los incentivos disponibles para promover una mayor tasa de sustitución de los sistemas de calefacción antiguos y una mayor transición a soluciones basadas en energías renovables.

Otras medidas relacionadas con el sector de la edificación que se incluyen en la propuesta de Directiva son las relativas a la movilidad eléctrica. Los puntos de recarga en los que los vehículos eléctricos suelen aparcar durante períodos

27. Al respecto puede verse GIFREU FONT, J. (2019): «La integración de medidas de eficiencia energética en la edificación a la vista de los objetivos de la UE para los horizontes 2020-2030. Las redes *District Heating and Cooling*», Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. X, núm. 1, pp. 1 a 55.

28. Lo anterior se aplicará a las fuerzas armadas, únicamente, en la medida en que su aplicación no dé lugar a conflicto alguno con la naturaleza y objetivos básicos de estas, y con la excepción del material utilizado exclusivamente para fines militares.

prolongados, por ejemplo, por motivos de residencia o empleo, son muy pertinentes para la integración del sistema energético, por lo que es necesario garantizar funciones de carga inteligente. A este respecto, la explotación de infraestructura de carga normal no accesible al público es especialmente importante para la integración de los vehículos eléctricos en el sistema eléctrico, ya que está situada en aquellos lugares en los que los vehículos eléctricos aparcen repetidamente durante períodos prolongados, como edificios con acceso restringido, aparcamientos para empleados o instalaciones de estacionamiento arrendadas a personas físicas o jurídicas.

Para que todo este proceso de implantación masiva de energías renovables se lleve a cabo, es trascendental la preparación de empresas y Pymes, así como la existencia de suficiente personal cualificado. Por ello, la propuesta obliga a los Estados miembros a garantizar la suficiente disponibilidad de instaladores formados y cualificados de sistemas de calefacción y refrigeración renovables para las tecnologías pertinentes Y, para lograr un número suficiente de instaladores y diseñadores, los Estados miembros garantizarán la disponibilidad de suficientes programas de formación que culminen con una cualificación o certificación en materia de tecnologías de calefacción y refrigeración renovables y sus soluciones innovadoras más recientes.

2. Propuesta de refundición de Directiva relativa a la eficiencia energética

El 14 de julio de 2021 apareció la versión refundida de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la eficiencia energética [COM (2021) 558 final/2]. La propuesta introduce importantes novedades y se ha elaborado en coordinación con las relativas a energía procedente de fuentes renovables y eficiencia energética de edificios. Sigue definiendo «eficiencia energética» como la relación entre la producción de un rendimiento, servicio, bien o energía, y el gasto de energía (art. 2.6). Entre los objetivos recogidos en su artículo 4, está una reducción por los Estados miembros del consumo de energía, al menos en un 9 % para 2030 en comparación con las previsiones de la hipótesis de referencia de 2020, de modo que el consumo de energía final de la Unión no supere los 787 Mtep y que el consumo de energía primaria de la Unión no supere los 1023 Mtep en 2030²⁹. Los Estados miembros estarán obligados a notificar a la Comisión, como parte de las actualizaciones de los planes nacionales integrados de energía y clima, sus contribuciones nacionales de eficiencia

29. Concretamente, el art. 8.1 exige a los Estados lograr un ahorro acumulado de uso final de la energía equivalente a la consecución de un nuevo ahorro cada año del 0,8 % del consumo de energía final, para el periodo 2021-2023, como promedio de los últimos tres años previos al 1 de enero de 2019. Ese porcentaje se incrementará al 1,5 % anual para el periodo 2024-2030, sobre el promedio de los 3 años previos al 1 de enero de 2020. Los complicados cálculos para contabilizar el ahorro de energía se contienen en el art. 8.5.

energética. Para ello utilizarán la fórmula definida en el Anexo I y explicarán el sistema utilizado y los datos tenidos en cuenta para calcular dichas contribuciones. Cuando la Comisión concluya que no se han realizado avances suficientes hacia la consecución de las contribuciones de eficiencia energética, los Estados miembros velarán por que se apliquen medidas adicionales en el plazo de un año a partir de la fecha en que la Comisión reciba la evaluación en los términos del párrafo 3 del artículo 4, que incluyen la aportación de una contribución financiera voluntaria al Fondo Nacional de Eficiencia Energética³⁰.

Conforme a su exposición de motivos, la eficiencia energética es un ámbito de actuación clave, sin el cual no puede lograrse la descarbonización total de la economía de la Unión³¹. Por ello, el principio de «primero la eficiencia energética» es un principio rector de la política energética de la Unión y debe tenerse en cuenta en todos los sectores, incluido el financiero, y a todos los niveles³². No obstante, la propuesta reconoce que, aunque el objetivo de eficiencia energética para 2020 puede haberse alcanzado debido a las circunstancias excepcionales provocadas por la pandemia de COVID-19, la suma de las contribuciones nacionales comunicadas por los estados miembros en los planes nacionales de energía y clima no alcanzaría el objetivo del 32,5 % de ahorro en el consumo de energía fijado por la Unión para 2030 (Considerando 8 de la Directiva).

En ese contexto hay que relanzar nuevas actuaciones que permitan mejorar los niveles de eficiencia energética, en especial en algunos sectores como el transporte, responsable del 30 % del consumo de energía final, o el de los edificios, pues el 75 % del parque inmobiliario de la Unión tiene un bajo rendimiento energético y los edificios son responsables de, aproximadamente, el 40 % del

30. Conforme al art. 28.9, los Estados podrán crear un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, cuyo objetivo será aplicar las medidas de eficiencia energética con carácter prioritario entre los clientes vulnerables, las personas afectadas por la pobreza energética y, en su caso, las personas que viven en viviendas sociales. Dicho Fondo podrá financiarse con los ingresos procedentes de las subastas de derechos de emisión realizadas con arreglo al régimen de derechos de emisión de la UE, en los sectores de la construcción y el transporte.

31. Puede verse la Comunicación «Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra» [COM (2018) 773 final]. En ella se evalúa el papel de la eficiencia energética como condición *sine qua non* para todas las hipótesis de descarbonización.

32. El artículo 3.3 de la Directiva, en la redacción dada por la propuesta, establece que los Estados miembros, al aplicar el principio de «primero, la eficiencia energética», deberán:

a) promover y, cuando se requieran evaluaciones de los costes y beneficios, garantizar la aplicación de metodologías de costes y beneficios que permitan una evaluación adecuada de los beneficios añadidos de las soluciones de eficiencia energética desde el punto de vista social;

b) designar a la entidad responsable de realizar un seguimiento de la aplicación del principio de «primero, la eficiencia energética» y de las repercusiones de las decisiones en materia de planificación, políticas e inversiones en el consumo de energía y la eficiencia energética;

c) informar a la Comisión, como parte de los informes de situación nacionales integrados de energía y clima realizados con arreglo al artículo 17 del Reglamento (UE) 2018/1999, de cómo se ha tenido en cuenta el principio a la hora de tomar decisiones nacionales y regionales en materia de planificación, políticas e inversiones importantes relacionadas con los sistemas energéticos nacionales y regionales.

consumo total de energía de la Unión y del 36 % de las Emisiones de GEIs procedentes de la energía. Otro sector en el que pueden introducirse mejoras importantes es el de las tecnologías de la información y comunicación (TICs), que representa entre el 5 y el 9 % del consumo total de electricidad del mundo y más del 2 % de todas las emisiones³³.

También, la propuesta presta especial atención al sector público, que es el responsable de entre el 5 y el 10 % del consumo de energía total de la UE. Por ello, el artículo 5 de la Directiva introduce la obligación de que el sector público reduzca su consumo de energía en los servicios públicos y en sus instalaciones, lo que debe aplicarse a sectores como el transporte, los edificios, o a otros muchos ámbitos como la ordenación del territorio, la gestión del agua o el tratamiento de residuos. Por ello, se establece la obligación de lograr una reducción anual del consumo de energía en el sector público de, al menos, un 1,7 %, en comparación con el año X-2 (siendo X el año en que la presente Directiva entre en vigor). Los Estados miembros habrán de incluir en sus planes nacionales de energía y clima, elaborados con arreglo al Reglamento 2018/1999/UE, una lista de los organismos públicos que contribuirán al cumplimiento de la citada reducción, indicando la cantidad de reducción del consumo de energía que debe lograr cada uno de ellos y las medidas que tienen previsto adoptar lograrla. También, deberán notificar a la Comisión la reducción del consumo de energía final alcanzada cada año.

El ahorro de energía en el sector público puede venir principalmente de la renovación de sus edificios y de la toma en consideración de la eficiencia energética a la hora de contratar obras, bienes y servicios. Respecto al primero de ellos, el artículo 6 amplía el ámbito de aplicación de la obligación de renovación, que se extiende ahora a todos los organismos públicos de todos los niveles de la Administración y a todos los sectores de actividad, en particular a los edificios sanitarios, educativos o vivienda protegida sobre edificios propiedad de los organismos públicos. Dichas renovaciones habrán de cumplir la norma de los edificios de consumo de energía casi nulo, cuyo concepto ha sido modificado, como luego veremos, en la propuesta de Directiva de eficiencia energética de edificios. Cada uno de los Estados se asegurará de que al menos el 3 % de la superficie total de los edificios de más de 250 m², que cuenten con calefacción o sistema de refrigeración y sean propiedad de organismos públicos, se renueve cada año para transformarse en edificios de consumo de energía casi nulo, de

33. La estrategia digital europea ya ha puesto de relieve la necesidad de lograr unos centros de datos altamente eficientes energéticamente y sostenibles, así como de adoptar medidas de transparencia en cuanto a la huella ambiental de los operadores de telecomunicaciones. Véase la comunicación de la Comisión «Configurar el futuro digital de Europa» [COM (2020) 67 final]. En 2018, el consumo de energía de los centros de datos de la Unión Europea fue de 76,8 TWh. Se espera que esta cifra aumente hasta los 98,5 TWh de aquí a 2030, lo que supondrá un incremento del 28 %. Este aumento en términos absolutos también puede observarse en términos relativos: dentro de la Unión, los centros de datos representaban el 2,7 % de la demanda de electricidad en 2018 y, si la trayectoria actual se mantiene, alcanzarán el 3,21 % en 2030 (Considerando 66 de la propuesta de Directiva).

conformidad con el nuevo artículo 9 de la propuesta de refundición de la Directiva 2010/31/UE de eficiencia energética de los edificios (para el cálculo de dicho porcentaje, se excluyen lógicamente los edificios que sean edificios de consumo de energía casi nulo el 1 de enero de 2024). A tal fin, los Estados miembros harán público un inventario de los edificios que reúnan las mencionadas circunstancias y que contenga la superficie expresada en metros cuadrados y el certificado de rendimiento energético del edificio. De igual forma, cuando los organismos públicos celebren un contrato para ocupar un edificio que no sea de su propiedad, habrán de procurar que dicho edificio se encuentre entre las dos clases de eficiencia energética más altas que figuren en el certificado de rendimiento energético.

Por su parte, el artículo 7 refuerza la obligación de tener en cuenta los requisitos de eficiencia energética en el ámbito de la contratación pública, aplicando el principio de «primero la eficiencia energética». Los Estados miembros podrán exigir que los organismos públicos, cuando adjudiquen contratos públicos, tengan en cuenta aspectos relacionados con la economía circular y criterios de contratación pública ecológica. Por ello, todas las entidades públicas que inviertan recursos públicos a través de la contratación pública deben dar ejemplo a la hora de adjudicar contratos y concesiones, eligiendo los productos, servicios, obras y edificios de mayor rendimiento energético (Considerando 36). Conforme al art. 7, los Estados miembros garantizarán que, cuando se celebren contratos públicos y concesiones de un valor o superior a los umbrales que dan lugar a la aplicación de la regulación armonizada, los poderes y las entidades adjudicadores adquieran solamente productos, servicios, edificios y obras que tengan un alto rendimiento energético, de conformidad con los requisitos mencionados en el Anexo IV de la versión refundida por la propuesta de Directiva. Esa obligación será aplicable a los contratos de las fuerzas armadas, únicamente, en la medida en que se aplicación no dé lugar a conflicto alguno con la naturaleza y los objetivos básicos de sus actividades. Por otro lado, los Estados podrán exigir que los poderes y entidades adjudicadores tengan en cuenta, cuando proceda, aspectos más amplios en materia de sostenibilidad, medio ambiente y economía circular y aspectos de tipo social en las prácticas de contratación pública, con vistas a alcanzar los objetivos de descarbonización y contaminación cero de la Unión. Para garantizar la transparencia de la aplicación de los requisitos de eficiencia energética en el proceso de contratación pública, los Estados deberán hacer pública la información sobre el impacto de la eficiencia energética en los contratos de valor igual o superior a los umbrales que exigen la aplicación de la regulación armonizada. También deberán informar a la Comisión de las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia energética, en los informes de situación nacional de aplicación de sus planes nacionales integrados de energía y clima (art. 7.7).

Dado que los edificios son responsables de las emisiones de gases de efecto invernadero antes y después de su construcción, los Estados miembros deberán tener en cuenta todo el ciclo de vida de las emisiones de carbono de los edificios. Por ello ha de analizarse el *potencial de calentamiento global* que mide la

contribución global del edificio a las emisiones que provocan el cambio climático. También se denomina a este dato *evaluación de la huella de carbono o medición del carbono durante toda la vida*. Suma las emisiones de carbono incorporadas en los materiales de construcción y las emisiones directas e indirectas de carbonos procedentes de la fase de uso (Considerando 41). En consecuencia, el mencionado artículo 7.5 también incluye una disposición en virtud de la cual los poderes adjudicadores podrán exigir que las ofertas indiquen un potencial de calentamiento global en los edificios nuevos (expresado en $\text{KgCO}_2\text{e}/\text{m}^2$ de superficie interior útil, para cada fase del ciclo de vida promediado para un año de un periodo de estudio de referencia de cincuenta años), en particular cuando estos edificios nuevos tengan más de 2000 m^2 .

La Directiva mantiene en su art. 13 la obligación que tienen los Estados de velar porque los clientes finales de calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria urbanas reciban contadores de precio competitivo que reflejen su consumo real de energía. Aquellos edificios que cuenten con una fuente central de calefacción o refrigeración, o se abastezcan de un sistema urbano de calefacción o refrigeración, deberán instalar contadores individuales para cada unidad del edificio cuando sea técnicamente viable y rentable. Cuando estos contadores y repartidores de costes de calefacción sean de nueva instalación, habrán de ser dispositivos de lectura remota. Los que ya estén instalados y no lo sean, habrán de ser sustituidos por otros nuevos que sí sean de lectura remota, a más tardar el 1 de enero de 2027.

También la propuesta introduce la necesidad de que los Estados evalúen sus sistemas de calefacción y refrigeración. Así el art. 23 establece que, como parte integrante de su respectivo Plan Integrado de Energía y Clima y de sus informes de evaluación, cada Estado miembro notificará a la Comisión una evaluación completa en materia de calefacción y refrigeración, para la que deberán haber permitido la participación pública tanto en la preparación de los planes, como en su evaluación completa. Los Estados deberán animar, además, a sus autoridades regionales y locales a elaborar planes locales de calefacción y refrigeración, en especial en los municipios de más de 50.000 habitantes. Para ello, deberán prestarles apoyo técnico y financiero.

En relación con las necesarias actuaciones de renovación, los Estados deben tener una visión general de los edificios que no alcanzan el nivel de edificio de consumo de energía casi nulo (EECN) y por ello, esta propuesta, en sintonía con la relativa a la eficiencia energética de edificios, obliga a los Estados miembros a publicar y mantener actualizado un inventario de edificios públicos que forme parte de una base de datos general de eficiencia energética, que debería también contener información de edificios privados. Esa información global podrá agruparse luego en el Observatorio del Parque Inmobiliario de la Unión, al que ya nos referimos antes, y permitirá, también, que las empresas, incluidas las de servicios energéticos, puedan proponer soluciones de renovación (Considerando 33). El art. 2.46 de la propuesta define qué ha de entenderse por «renovación sustancial», que es aquella cuyo coste supera el 50 % del coste de inversión que correspondería a una unidad nueva comparable.

Otra preocupación de la futura Directiva es aliviar la *pobreza energética*, que ha de entenderse por toda situación en la que un hogar no puede acceder a los servicios energéticos esenciales para preservar un nivel de vida y salud digno, como una calefacción, refrigeración e iluminación adecuadas y la energía para hacer funcionar los aparatos, dados el contexto nacional pertinente, la política social existente y otras políticas pertinentes (art. 2.48). Tal como exige el Pacto Verde Europeo, la futura Directiva de eficiencia energética, junto con otras iniciativas previstas en el paquete «Objetivo 55», en particular el Fondo Social para el Clima, abordará este reto y convertirá las necesidades climáticas y sociales en oportunidades. En 2019, en torno a 34 millones de hogares de la Unión no pudieron mantener la vivienda a una temperatura adecuada³⁴. Por ello, el artículo 8, que establece la obligación de un ahorro de energía anual de un 1,5 % para todos los Estados a partir del 1 de enero de 2024 (antes, del 0,8 %), exige aplicar medidas de actuación con carácter prioritario a los consumidores vulnerables y obliga a los estados miembros a que una proporción de la cantidad total de ahorro exigida de uso final de energía provenga de los clientes vulnerables y los usuarios finales, las personas afectadas por la pobreza energética y, en su caso, las personas que vivan en viviendas sociales. Los Estados harán el mejor uso posible de la financiación con el fin de eliminar los efectos adversos y garantizar una transición energética justa e inclusiva. Al diseñar estas medidas de actuación, los Estados promoverán la contribución de las comunidades de energías renovables y las comunidades ciudadanas de energía a su aplicación³⁵. Esta preocupación, la reitera la propuesta de Directiva en el nuevo artículo 22, que lleva el título de «empoderamiento y protección de los clientes vulnerables y mitigación de la pobreza energética», en cuyo apartado 3 introduce una serie de obligaciones para los estados tales como: aplicar medidas de mejora de la eficiencia energética para mitigar los efectos distributivos de otras políticas y medidas, como las fiscales o la aplicación del comercio de derechos de emisión en el sector de la construcción y el transporte; hacer el mejor uso posible de la financiación pública disponible a nivel nacional y de la Unión, en especial cuando proceda del Fondo Social para el Clima o de los ingresos procedentes de las subastas de derechos de emisión; o fomentar la asistencia técnica y el despliegue

34. Así lo establece el Considerando 62 de la propuesta de Directiva, con cita de la Recomendación de la Comisión 2020/1563 UE, de 14 de octubre de 2020, sobre la pobreza energética (C/2020/9600 final).

35. Sobre las comunidades de energía véanse GALLEGO CÓRCOLES, I. (2021): Comunidades de energía y transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). GALLEGO CÓRCOLES, I. (2022): «Las comunidades de energías renovables: retos pendientes», en VV.AA.: Los desafíos jurídicos de la transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 597 a 622. GONZÁLEZ RÍOS, I. (2020): «Las Comunidades energéticas locales: un nuevo desafío para las entidades locales», Revista Vasca de Administración Pública, nº. 117, pp. 147 a 193. Una experiencia práctica muy interesante se contiene en GUZMÁN SEPÚLVEDA, R. (2022); Análisis del potencial para el autoconsumo energético de polígonos industriales (APESIS). Comunidad energética en el polígono industrial El Cerro. Cártama (Málaga), en VV.AA.: Los desafíos jurídicos de la transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 623 a 652.

de herramientas de financiación y financieras. También, los Estados miembros han de establecer una red de expertos de diversos sectores, como el sanitario, el de la construcción y el sector social, para desarrollar estrategias de apoyo a los responsables de la toma de decisiones a nivel local y nacional en la aplicación de medidas de mejora de la eficiencia energética que mitiguen la pobreza energética. Asimismo, exigirán que las partes obligadas informen anualmente sobre el ahorro de energía que hayan logrado mediante acciones promovidas entre las personas afectadas por la pobreza energética, los clientes vulnerables y, en su caso, las personas que viven en viviendas sociales, y exigirán información estadística agregada sobre sus clientes finales (art. 9.6).

De acuerdo con el art. 18, los Estados miembros velarán por que las empresas con un consumo medio anual de energía superior a 100 TJ durante los tres años anteriores, y que reúnan todos los vectores energéticos, apliquen un sistema de gestión de la energía (que será certificado por un organismo independiente con arreglo a las normas europeas o internacionales pertinentes). Por su parte, las empresas con un consumo medio anual de energía superior a 10 TJ durante los tres años anteriores, que reúnan todos los vectores energéticos y que no apliquen un sistema de gestión de la energía, serán objeto de una auditoría energética. Las auditorías energéticas serán realizadas de manera independiente y rentable por expertos cualificados o acreditados, o serán ejecutadas y supervisadas por autoridades independientes con arreglo a la legislación nacional, llevándose a cabo, al menos, cada cuatro años a partir de la fecha de la auditoría energética anterior. En los supuestos en que no se den los consumos anteriores, los Estados miembros elaborarán programas que alienten a las PYMES a realizar auditorías energéticas y a aplicar posteriormente las recomendaciones que establezcan (art. 11.4). Las empresas que ejecuten un contrato de rendimiento energético quedarán exentas de la obligación de aplicar un sistema de gestión de la energía o de realizar una auditoría energética (art. 11.7). También se eximirá a las empresas que apliquen un sistema de gestión ambiental certificado por un organismo independiente, siempre que este sistema incluya una auditoría energética (art. 11.8).

La propuesta de Directiva establece la nueva definición de «sistema urbano eficiente de calefacción y refrigeración» (art. 2, punto 43, y art. 24), que es una de las formas en las que se puede satisfacer el nivel mínimo de fuentes de energía renovables en los edificios nuevos o que sean objeto de renovaciones importantes. Dicho concepto es dinámico, pues, a medida que avancen los años, aumentará también el nivel de exigencia en el uso de energías renovables. Así, hasta el 31 de diciembre de 2025, se mantiene la definición que existía anteriormente «todo sistema que utilice al menos un 50 % de energías renovables, un 50 % de calor residual, un 75 % de calor cogenerado o un 50 % de una combinación de estos tipos de energía y calor». Pero a partir de ese momento, se produce un incremento en las exigencias hasta llegar, el 1 de enero de 2050, a considerar que será «todo sistema que utilice exclusivamente energía renovable y calor residual, y cuya cuota de energías renovables sea, como mínimo, del 60 %», con lo que se garantizará un suministro de calefacción o refrigeración totalmente descarbonizado. En cualquier

caso, los Estados velarán por que no se aumente el uso de combustibles fósiles distintos del gas natural, cuando se construya o renueve sustancialmente un sistema urbano de calefacción y refrigeración (art. 24.2). También promoverán que los gestores de redes de transporte y distribución cartografíen las pérdidas de la red y adopten medidas rentables para reducirlas (art. 25.3).

La cogeneración de alta eficiencia³⁶ y los sistemas urbanos eficientes de calefacción y refrigeración tienen un potencial significativo de ahorro de energía primaria en la Unión. Por ello, los Estados miembros deberán llevar a cabo una evaluación completa del potencial de cogeneración de alta eficiencia y de sistemas urbanos eficientes de calefacción y refrigeración. Estas evaluaciones habrán de ser coherentes con los planes nacionales integrados de energía y clima y con las estrategias de renovación a largo plazo y permitirán a los Estados adoptar medidas que permitan promover y facilitar el despliegue del potencial de cogeneración de alta eficiencia y de sistemas urbanos eficientes de calefacción y refrigeración. También, los Estados miembros deben considerar y promover el papel de las comunidades de energías renovables y las comunidades ciudadanas de energía (Considerando 92).

Los Estados miembros garantizarán que los clientes finales, los usuarios finales, los clientes vulnerables, las personas afectadas por la pobreza energética y, en su caso, las personas que viven en viviendas sociales tengan acceso a mecanismos de resolución extrajudicial de litigios que sean sencillos, justos, transparentes, independientes, eficaces y eficientes para resolver litigios que atañan a los derechos y obligaciones establecidos en la Directiva, mediante un mecanismo independiente, como un *defensor del pueblo para la energía*, un órgano de los consumidores o una autoridad reguladora (artículo 21.4). También habrán de notificar a la Comisión Europea, como parte de las actualizaciones de sus planes nacionales integrados de energía y clima, la cantidad de ahorro de energía requerido, una descripción de las medidas de actuación que vayan a aplicar para lograr el objetivo acumulado de uso final de la energía requerido y sus métodos de cálculo (art. 8.11).

Finalmente, el artículo 26 aclara y refuerza las disposiciones sobre la disponibilidad de sistemas de cualificación, acreditación y certificación para distintos proveedores de servicios energéticos, auditores energéticos, gestores energéticos e instaladores. Se exige a los estados miembros que evalúen los regímenes cada cuatro años a partir de 2024. Por su parte, el artículo 27 introduce requisitos adicionales para aumentar la celebración de contratos de rendimiento energético. Entre ellos, su párrafo 4 establece que los Estados miembros alentarán a los organismos públicos a utilizar contratos de rendimiento energético para la renovación de grandes edificios (en especial cuando cuenten con una superficie útil superior a 1000 m²).

36. Por «cogeneración» se entiende la generación simultánea de energía térmica y de energía eléctrica o mecánica en un solo proceso (art. 2.32 de la propuesta). Por «cogeneración de alta eficiencia» se entiende la que permite ahorrar energía mediante la producción combinada, en lugar de separada, de calor y electricidad. Los requisitos para la cogeneración de alta eficiencia deben ser coherentes con los objetivos a largo plazo de las políticas climáticas.

Para que todo ello pueda ser posible, la propuesta de Directiva anima a los Estados miembros y a las regiones a hacer un uso pleno de los fondos europeos disponibles en el marco del Marco Financiero Plurianual y de NextGenerationEU, incluidos el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, los fondos de la política de cohesión, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y el Fondo de Transición Justa, así como los instrumentos financieros y la asistencia técnica disponibles en el marco de InvestEU, para incentivar la inversión privada y pública en medidas de mejora de la eficiencia energética. La inversión en eficiencia energética tiene potencial para contribuir al crecimiento económico, el empleo, la innovación y la reducción de la pobreza energética de los hogares, y, por tanto, supone una contribución positiva a la cohesión económica, social y territorial y a la recuperación verde. Entre los posibles campos de financiación conviene destacar las medidas de eficiencia energética en los edificios públicos y las viviendas, y las nuevas cualificaciones para fomentar el empleo en el sector de la eficiencia energética. La Comisión garantizará las sinergias entre los distintos instrumentos de financiación, en particular los fondos en régimen de gestión compartida y gestión directa (como los programas gestionados de forma centralizada: Horizonte Europa o el Programa LIFE), así como entre las subvenciones, los préstamos y la asistencia técnica, con el fin de maximizar el efecto multiplicador de todos estos elementos en la financiación privada y su impacto en la consecución de los objetivos de la política de eficiencia energética (Considerando 108).

Por último, se deriva a los Estados el régimen sancionador en materia de eficiencia energética por incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de esta propuesta de Directiva.

3. Propuesta de refundición de Directiva de eficiencia energética de los edificios

Como cierre a este paquete de reformas de las principales normas comunitarias sobre transición energética en el sector de la edificación, tenemos aquella que tiene una mayor y más inmediata trascendencia práctica. El 15 de diciembre de 2021 ha visto la luz la propuesta definitiva de refundición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre eficiencia energética de los edificios [COM (2021) 802 final], en adelante DEEE. Esta reforma pretende lograr, de aquí a 2030, una reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de los edificios, así como de su consumo de energía final, estableciendo una visión a largo plazo para que el sector de la edificación cumpla el objetivo de neutralidad climática en la UE en el año 2050.

Esta propuesta de refundición, que sustituye y deroga a la Directiva 2010/31/CE³⁷, forma parte del paquete «Objetivo 55» y busca adaptar al Pacto Verde Eu-

37. Las referencias a la Directiva derogada deberán entenderse ahora hechas a la presente propuesta de Directiva, de acuerdo con la tabla de correspondencias que figura como Anexo IX (art. 33).

ropeo las disposiciones sobre los edificios nuevos y existentes, pretendiendo lograr un parque inmobiliario descarbonizado para 2050. También da continuidad a la estrategia «oleada de renovación», en sus tres ámbitos: lucha contra la pobreza energética y mejora de los edificios menos eficientes; función ejemplarizante de edificios públicos; y descarbonización de sistemas de calefacción y refrigeración. El texto incluye también una propuesta de normas mínimas obligatorias de eficiencia energética.

Como ya se ha dicho, los edificios son responsables del 40 % del consumo de energía y de la emisión del 36 % de los gases de efecto invernadero. Es más, según la Exposición de Motivos de la propuesta de refundición, en la UE, la calefacción, la refrigeración y el agua caliente sanitaria son responsables del 80 % de la energía que consumen los hogares, lo que exige una renovación en profundidad del parque inmobiliario europeo, con el fin de hacer sus edificios más eficientes energéticamente y menos dependientes de los combustibles fósiles. Ello redundará también en la generación de empleo local y en el crecimiento económico.

Pero, la necesaria descarbonización del parque inmobiliario de la Unión requiere una renovación energética a gran escala: casi el 75 % de ese parque inmobiliario es ineficiente según las normas de construcción actuales, y entre el 85 y el 95 % de los edificios que existen hoy en día seguirán estando en pie en 2050. Sin embargo, la tasa de renovación energética anual ponderada sigue siendo baja, en torno al 1 %. Al ritmo actual, la descarbonización del sector de la construcción requeriría siglos. Por lo tanto, uno de los objetivos clave de la presente Directiva es activar y apoyar la renovación de edificios, incluida la transición hacia instalaciones de calefacción sin emisiones (Considerando 21).

Veamos cuáles son las principales novedades de esta propuesta de Directiva. Como ya hemos visto, el principal objetivo de la propuesta de refundición de la DEEE es lograr un parque inmobiliario de cero emisiones de aquí a 2050 y reflejar un nuevo sistema complementario de medida del carbono que facilite orientar las decisiones hacia soluciones descarbonizadas. En ese sentido, se dan los primeros pasos para que el análisis de las emisiones de carbono contemple el ciclo de vida completo de un edificio.

La nueva propuesta de Directiva **sustituye el concepto de edificio de consumo de energía casi nulo, por el de «edificio de cero emisiones»**, que se define en el artículo 2 de la propuesta como un edificio con una eficiencia energética muy elevada en consonancia con el principio de «primero la eficiencia energética», y en el que la poca cantidad de energía que sigue siendo necesaria está totalmente cubierta por energía procedente de fuentes renovables a nivel del edificio o de distrito o de comunidad, cuando sea técnicamente viable (en particular, energía generada *in situ* o procedente de una comunidad de energías renovables o procedente de la energía renovable o el calor residual de un sistema urbano de calefacción y refrigeración)³⁸. Los edificios nuevos y aquellos que

38. Conforme recuerda el Considerando 20, existen diferentes opciones para cubrir las necesidades energéticas de un edificio eficiente mediante energía procedente de fuentes renovables:

sean objeto de renovaciones en profundidad deberán convertirse en edificios de cero emisiones a partir de 2030. Hasta esa fecha, los edificios nuevos y aquellos que sean objeto de renovaciones en profundidad deberán ser «edificios de consumo de energía casi nulo»³⁹ que sigue siendo la norma aplicable hasta que sea exigible la de cero emisiones. Los Estados exigirán que los edificios de cero emisiones estén equipados con dispositivos de medición y control para la monitorización y regulación de la calidad del aire interior, incorporándose dicha exigencia a los edificios existentes cuando en ellos se lleven a cabo reformas importantes y ello sea técnica y económicamente viable (art.11.3).

Por su parte, el art. 4 obliga a los Estados miembros a aplicar una **metodología de cálculo de la eficiencia energética** de los edificios con arreglo a un marco general común que se expone en el Anexo I, metodología que podrá adoptarse a escala nacional o regional. También, el art. 5 establece que los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se establezcan unos **requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios o unidades de estos**, con el fin de alcanzar unos niveles óptimos de rentabilidad, en especial cuando se proceda a la sustitución o mejora de los elementos del edificio que formen parte de su envolvente y repercutan significativamente en su eficiencia energética. Estos requisitos deberán revisarse cada cinco años y podrán adaptarse a los edificios protegidos por razones culturales, en la medida en que su implantación pudiera alterar de manera inaceptable su carácter o aspecto⁴⁰. Los Estados podrán excluir de su aplicación los siguientes edificios:

- a) edificios utilizados como lugares de culto y para actividades religiosas;
- b) construcciones provisionales con un plazo de utilización igual o inferior a dos años, instalaciones industriales, talleres y edificios agrícolas no residenciales de baja demanda energética y edificios agrícolas no residenciales que estén siendo utilizados por un sector cubierto por un acuerdo nacional sectorial sobre eficiencia energética;
- c) edificios de viviendas utilizados, o destinados a ser utilizados, bien durante menos de cuatro meses al año, o bien durante un tiempo limitado

las energías renovables *in situ*, como la energía solar térmica, la energía solar fotovoltaica, las bombas de calor y la biomasa; la energía renovable suministrada por comunidades de energías renovables o por comunidades ciudadanas de energía; y la calefacción y la refrigeración urbanas basadas en energías renovables o en el calor residual.

39. Que ahora se definen en el artículo 2 de la propuesta como edificios «con un nivel de eficiencia energética muy alto, que se determinará de conformidad con el anexo I y que no puede ser inferior al nivel óptimo de rentabilidad para 2023 notificado por los Estados miembros de conformidad con el artículo 6, apartado 2, y en el que 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.

40. Sobre las intervenciones en edificios históricos por razón de la sostenibilidad energética puede verse GONZÁLEZ RÍOS, I. (2021): Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética, op. cit. pp. 221 a 227.

- al año y con un consumo previsto de energía inferior al 25 % de lo que resultaría de su utilización durante todo el año;
- d) edificios independientes con una superficie útil total inferior a 50 m².

Conforme a lo dispuesto en el Anexo VII, la Comisión deberá revisar antes del 30 de junio de 2026 el marco metodológico comparativo que permitirá determinar los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos de eficiencia energética de los edificios y de sus elementos. Los Estados deberán calcular, utilizando dicho marco, los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética, en base a parámetros como las condiciones climáticas o la accesibilidad práctica de infraestructuras energéticas, y compararán sus resultados con los requisitos mínimos de eficiencia energética en vigor, dando cuenta a la comisión periódicamente y presentando el primer informe a más tardar el 30 de junio de 2028 (art. 6).

El artículo 7 se refiere a los **edificios nuevos**. En primer lugar, exige a los Estados que los edificios nuevos sean edificios de cero emisiones a partir del 1 de enero de 2030, adelantando al 1 de enero de 2027 esta exigencia para los edificios nuevos ocupados por autoridades públicas o que sean de su propiedad. En el caso de España, esta exigencia va a exigir otra nueva e intensa reforma del Documento Básico de Ahorro de Energía (DB-HE) del Código Técnico de la Edificación y ya parece dejar corta la que parecía una positiva y avanzada exigencia, recogida en el art. 78.4 de la Ley de Cambio Climático de Navarra (Ley Foral 4/2022), de que, a partir del 30 de junio de 2027, todos los edificios de nueva construcción o que sean objeto de rehabilitación integral o cambio de uso deban instalar sistemas de calefacción o agua caliente sanitaria con base en energías renovables para cubrir al menos el 50 % de su demanda conjunta⁴¹. También, el potencial de calentamiento global (PCG) a lo largo del ciclo de vida de los edificios nuevos deberá calcularse a partir de 2030, de conformidad con el marco Level(s), para informar de las emisiones a lo largo del ciclo de vida completo de las nuevas construcciones, lo que se dará a conocer por medio del certificado de eficiencia energética del edificio a partir del 1 de enero de 2030 para todos los edificios nuevos, obligación que se adelanta al 1 de enero de 2027 cuando los edificios nuevos tengan una superficie útil superior a 2000 metros cuadrados. Por último, los Estados miembros abordarán, en relación con los edificios nuevos, las cuestiones relativas a las condiciones ambientales interiores saludables, la adaptación al cambio climático, la seguridad contra incendios, los riesgos relacionados con una actividad sísmica intensa, la accesibilidad para las personas con discapacidad y las absorciones de carbono asociadas a su almacenamiento en el interior o exterior.

41. El art. 40 de esta misma Ley prevé que, antes del 1 de enero de 2025, el Gobierno de Navarra establecerá los medios para que, a partir del 1 de enero de 2030, los edificios de vivienda colectiva de Navarra tengan la calificación energética clase B o superior. Esa clasificación la exige el art. 78.3 para los edificios públicos que sean objeto de rehabilitación, según define el CTE.

El artículo 8 se refiere a los **edificios existentes**. Los Estados deberán garantizar que, cuando se efectúen reformas importantes en los edificios, se mejore la eficiencia energética de estos o de las partes renovadas para que cumplan los requisitos mínimos de eficiencia energética, siempre que ello sea técnica, funcional y económicamente viable. Cuando los edificios sean objeto de reformas importantes, los Estados miembros fomentarán las instalaciones alternativas de alta eficiencia, siempre que ello sea técnica, funcional y económicamente viable, y tendrán en cuenta los temas de unas condiciones climáticas interiores saludables, la adaptación al cambio climático, la seguridad contra incendios, los riesgos relacionados con una intensa actividad sísmica, la eliminación de sustancias peligrosas, incluido el amianto, y la accesibilidad para las personas con discapacidad.

Precisamente, en relación con los edificios existentes, se introduce una de las medidas más destacadas y esperadas de la nueva propuesta de DEEE es el establecimiento de unas **normas mínimas de eficiencia energética a escala de la UE** para aquellos edificios que tengan peor eficiencia energética y, por tanto, más potencial de mejora a la hora de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y el consumo de energía. Estos edificios son también aquellos que requieren mayores esfuerzos de renovación en profundidad, pues las familias más desfavorecidas son los que normalmente habitan estos edificios de baja calidad constructiva. Por ello, el establecimiento de estas normas técnicas mínimas y de un marco financiero de apoyo son elementos cruciales para lograr una transición climática que no deje a nadie atrás. No obstante, para hacer viable su aplicación, los plazos de adaptación previstos para los edificios residenciales son más extensos que los contemplados para edificios propiedad de organismos públicos y otros edificios no residenciales. Así, el art. 8 de la propuesta de DEEE establece que los edificios y unidades de edificios no residenciales, sean o no propiedad de organismos públicos, con un certificado de eficiencia energética de clase G, el más bajo, se deberán renovar para mejorar su calificación energética hasta alcanzar, como mínimo, la clase F a partir del 1 de enero de 2027 y la clase E, a partir del 1 de enero de 2030. En el caso de los edificios residenciales los plazos se prolongan hasta el 1 de enero de 2030 para lograr la clase energética F y hasta el 1 de enero de 2033, para la clase energética E. Los Estados miembros establecerán, en el marco de los planes nacionales de renovación de edificios, plazos específicos para lograr clases de eficiencia energética más elevadas a más tardar en 2040 y 2050, en consonancia con su ruta marcada para transformar el parque inmobiliario nacional en edificios de cero emisiones hasta 2050. Los Estados miembros deben contribuir al cumplimiento de las normas mínimas de eficiencia energética poniendo en marcha un marco facilitador que incluya ayudas financieras (en particular para los hogares vulnerables y personas afectadas por pobreza energética o que vivan en viviendas sociales), asistencia técnica a través de ventanillas únicas u otros medios, y diversos mecanismos de seguimiento. No obstante, hay ciertas categorías de edificios que los Estados podrán excepcionar de la aplicación de dichas normas mínimas de eficiencia energética como son los edificios culturales, y aquellas otras categorías de edi-

ficios a las que nos hemos referido anteriormente (lugares de culto, construcciones provisionales, instalaciones industriales o agrícolas no residenciales de baja demanda energética, viviendas de temporada o poco utilizadas con consumo inferior al 25 % del consumo normal anual o edificios independientes de superficie útil inferior a 50 m²). Serán los Estados los que deban controlar y sancionar la ejecución de estas normas mínimas de eficiencia energética. La propuesta resultante deja un cierto margen de maniobra a los Estados miembros para adaptar sus políticas de regulación y financiación en el ámbito de la edificación a las circunstancias propias de cada país y de sus entidades regionales y locales.

En la búsqueda de una mejor eficiencia energética en los edificios existentes, van a ser cruciales los **Planes Nacionales de Renovación de Edificios**. La nueva DEEE exige a los Estados que diseñen y ejecuten planes nacionales de renovación de edificios, que deberán ser evaluados por la Comisión. A ellos se refiere el artículo 3 de la propuesta. Estos nuevos planes vienen a sustituir a las estrategias de renovación a largo plazo (en la actualidad a la ERESEE 2020 en España⁴²). Los proyectos contenidos en los planes nacionales de renovación han de someterse a una evaluación anual por la Comisión. Para facilitar la presentación de la información y la evaluación de la Comisión, así como para facilitar la comparabilidad de los planes nacionales, la propuesta contiene un Anexo II donde se incluye un modelo común con elementos obligatorios y voluntarios. Los elementos obligatorios sobre los que debe informar comprenden los enfoques de distrito y vecindad, incluido el papel de las comunidades de energías renovables y las comunidades ciudadanas de energía. Los planes de renovación de edificios habrán de presentarse como parte de los planes nacionales de energía y clima y sus actualizaciones. Excepcionalmente, el primer proyecto de plan debe presentarse a más tardar el 30 de junio de 2024. Los avances en la consecución de los objetivos nacionales y la contribución de los planes de renovación de los edificios a los objetivos nacionales y de la Unión Europea, se notificarán en el marco de los informes bienales con arreglo al Reglamento sobre la gobernanza (Reglamento 2018/1999/UE, de 11 de diciembre).

Las personas que viven en los edificios menos eficientes y las que se enfrentan a la **pobreza energética** serán las más beneficiadas de las operaciones de renovación y mejora de la eficiencia energética de los edificios y del uso en ellos de energías renovables, pues con ello podrán disminuir notablemente los recursos que destinan al consumo de energía y, al mismo tiempo, el valor de sus edificios se incrementará. Precisamente por eso, los futuros planes nacionales de renovación de edificios habrán de velar porque se haga un seguimiento de la reducción de las personas que sufren pobreza energética y de aquellos que habitan viviendas en malas condiciones de habitabilidad o con confort térmico inadecuado. En esa línea, la propuesta comprende la obligación de que los Es-

42. Sobre la misma puede verse DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, E. (2021): «La Estrategia de Rehabilitación ERESEE 2020: una oportunidad para un cambio de modelo en el sector de la vivienda en España», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, n.º. Extra. 1, págs. 239 a 276.

tados informen, en el marco de los planes nacionales de energía y clima, sobre los avances en los objetivos nacionales de reducción del número de hogares en situación de pobreza energética y, además, sobre las inversiones previstas para promover soluciones que permitan reducir la dependencia de los combustibles fósiles llevando a cabo operaciones de renovación energética de edificios que mejoren su eficiencia energética, permitan la integración de sistemas de energías renovables y contribuyan a la descarbonización de las instalaciones de calefacción y refrigeración.

Para las operaciones de renovación va a ser fundamental un nuevo instrumento, el **Pasaporte de Renovación** recogido en el art. 10, cuyo marco común deberá ser regulado por la Comisión antes del 31 de diciembre de 2023. En el año siguiente, antes del 31 de diciembre de 2024, los Estados miembros introducirán un sistema de pasaportes de renovación basado en el marco común establecido por la Comisión. Dicho pasaporte deberá ser expedido por un experto cualificado y certificado tras una visita *in situ* y deberá incluir una hoja de ruta de renovación en la que se indique la secuencia de las etapas de renovación, complementarias unas de otras, con el objetivo de transformar el edificio en un edificio de cero emisiones no más tarde de 2050. También contendrá información sobre posibles ayudas financieras y técnicas, e indicará los beneficios previstos en términos de ahorro energético, ahorro en las facturas de energía y reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero operativas, así como los beneficios de mayor alcance relacionados con la salud y el confort y la mejora de la capacidad de adaptación de la construcción al cambio climático.

Respecto a la **infraestructura para la movilidad en los edificios**, el art. 12 de la propuesta de DEEE mejora la infraestructura de recarga privada en los aparcamientos de los edificios o en los adyacentes a estos, dando continuidad a lo dispuesto en la propuesta de Reglamento relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos y por el que se deroga la Directiva 2014/94/UE, [COM (2021) 559 final]. Establece así unas obligaciones de instalar un precableado suficientemente dimensionado, puntos de recarga de vehículos y plazas de aparcamiento para bicicletas en función del número de plazas de aparcamiento totales y del carácter residencial o no residencial de los edificios. Así, por ejemplo, en los edificios de oficinas, ya sean nuevos o sometidos a reformas importantes, deberá instalarse un punto de recarga por cada dos plazas de aparcamiento y, los de uso residencial, deberán contar con dos plazas de aparcamiento para bicicletas por vivienda y con todas las plazas de aparcamiento dotadas de precableado que permita la instalación futura de puntos de recarga de vehículos eléctricos). En el caso de edificios públicos, los estados miembros garantizarán el precableado de, al menos, una de cada dos plazas de aparcamiento a más tardar el 1 de enero de 2033. Lo que resulta más llamativo es que los Estados miembros velarán porque los puntos de recarga permitan la carga inteligente, en función de las necesidades energéticas del edificio, y bidireccional, en la que la batería del vehículo funcionaría como sistema de almacenamiento para abastecer, en su caso, al edificio. En fin, los Estados miembros simplificarán la instalación de puntos de recarga en edificios residen-

ciales y no residenciales, ya sean nuevos o existentes, eliminando las barreras reglamentarias, incluidos los procedimientos autorizatorios. También en los edificios residenciales habrán de suprimir el consentimiento de los copropietarios para la instalación de un punto de recarga para uso propio. Nuestro art. 17.5 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, establece que la instalación de un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado en el aparcamiento del edificio, siempre que este se ubique en una plaza individual de garaje, sólo requerirá la comunicación previa a la comunidad, si bien aquí la mayor dificultad estriba, actualmente, en el dimensionado de la instalación cuando varios propietarios pretenden colocar, simultáneamente, dicho punto de recarga.

Los mayores **incentivos financieros** de la futura Directiva se dirigen a los proyectos de renovación en profundidad y a aquellos que tienen por objeto un número considerable de edificios y den lugar a un considerable ahorro de energía global. Por ello, precisamente, no pueden destinarse fondos públicos a subvencionarse calderas de combustibles fósiles a partir del 1 de enero de 2027⁴³. Además, la propuesta de DEEE crea un marco facilitador para proporcionar ayuda financiera a la renovación de edificios. De acuerdo con su artículo 15.4, para fomentar la movilización de inversiones, los Estados miembros promoverán el despliegue de instrumentos financieros y de financiación con este fin, como préstamos e hipotecas de eficiencia energética para la renovación de edificios, contratos de rendimiento energético, incentivos fiscales, regímenes de tributación, regímenes de facturación, fondos de garantía, fondos destinados a renovaciones en profundidad, fondos destinados a renovaciones con un nivel mínimo de ahorro energético significativo y normas de carteras hipotecarias⁴⁴. En las reformas de edificios, los Estados vincularán los incentivos financieros al ahorro de energía previsto o logrado, de acuerdo con los criterios expresados en el art. 15.9. Además, los Estados miembros deberán poner en marcha medidas y financiación suficientes para promover la educación y la formación a fin de garantizar que haya suficiente mano de obra con el nivel adecuado de capacidades para cubrir las necesidades del sector de la construcción. Precisamente, el art. 23 exigirá una certificación de los profesionales de la construcción que lleven a cabo obras de renovación integradas, aunque hasta ahora el art. 13 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación no contiene ninguna exigencia.

43. El art. 38 de la Ley Foral 4/2022, de Cambio Climático y Transición Energética de Navarra establece que, a partir del 30 de junio de 2027, no podrán instalarse sistemas térmicos abastecidos con combustibles fósiles en los edificios de uso residencial y terciario de nueva construcción. A partir de esa fecha, queda prohibido el suministro de gasóleo a los edificios residenciales y terciarios ubicados en poblaciones donde existe infraestructura de distribución de gas natural canalizado.

44. El artículo 2 de la propuesta de directiva introduce una definición de «normas de cartera hipotecaria», como un mecanismo destinado a incentivar a los prestamistas hipotecarios para que mejoren la eficiencia energética de su cartera de edificios a los que han concedido hipotecas, y a animar a clientes potenciales a hacer que sus propiedades sean más eficientes desde el punto de vista energético.

Debe tenerse en cuenta que, para ser clasificada como actividad económica sostenible con arreglo al acto delegado de la UE sobre taxonomía climática, la renovación de edificios debe alcanzar un ahorro de energía del 30 % o cumplir los requisitos mínimos de eficiencia energética aplicables a las reformas importantes. En consecuencia, el apartado 11 del art. 15 dispone que los Estados incentivarán, con un mayor apoyo financiero, fiscal, administrativo y técnico, la renovación en profundidad, así como los programas importantes que abarquen un gran número de edificios y den lugar a una reducción global de, al menos, el 30 % de la demanda de energía primaria.

En el actual marco financiero plurianual hay fondos de la UE disponibles en diferentes programas (fondos regionales en el marco de la política de cohesión, Fondo de Transición Justa o InvestEU), que han señalado el sector de la edificación como una prioridad. Igualmente, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia está activando importantes inversiones para la renovación de edificios gracias al componente «Renovación» de todos los planes nacionales de recuperación y resiliencia. Por otro lado, como se dijo anteriormente, la propuesta de nuevo Fondo Social para el Clima en el marco del régimen de comercio de derechos de emisión movilizará unos 72.000 millones de euros para el periodo 2025-2032, con el fin de ayudar a los hogares, en particular a los que viven en los edificios menos eficientes. Este nuevo régimen de comercio de derechos de emisión crea incentivos económicos para la descarbonización de los edificios y genera ingresos para las ayudas públicas, en particular para los hogares vulnerables.

El art. 13 refuerza el **indicador de preparación para aplicaciones inteligentes**, instando a la Comisión a dictar un acto delegado por el que se exija la aplicación de un marco general común para la valoración del grado de preparación para aplicaciones inteligentes de los edificios de conformidad con lo establecido en el Anexo IV. Ya nos hemos referido, anteriormente, a la experiencia *SRI (Smart Readiness Indicator for buildings)*. En principio sólo se aplicará a los grandes edificios no residenciales, de potencia nominal útil para instalaciones de calefacción y ventilación de más de 290 KW). Para esos edificios, el art. 20.7 de la propuesta exige que estén equipados con sistemas de automatización y control de edificios a más tardar el 31 de diciembre de 2024, reduciéndose el umbral de potencia para el cumplimiento de esta obligación a 70 KW para el 31 de diciembre de 2029. Por otro lado, el art. 14, relativo al **intercambio de datos**, impone a los Estados la obligación de garantizar a los propietarios, arrendatarios y gestores de edificios el acceso directo a los datos de las instalaciones de sus edificios. Los Estados miembros habrán de facilitar la plena interoperabilidad de los servicios y del intercambio de datos dentro de la Unión. Estos datos sobre las instalaciones de los edificios incluirán, como mínimo, todos los datos relativos a la eficiencia energética de los elementos de los edificios, la eficiencia energética de los servicios de los edificios, los sistemas de automatización y control de edificios, los contadores y los puntos de recarga para la electromovilidad.

Los artículos 16 a 19 mejoran sustancialmente las disposiciones existentes sobre los **certificados de eficiencia energética**, lo que exigirá alguna adapta-

ción de nuestro Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios. Todos los Estados miembros habrán de contar con un sistema de certificación de la eficiencia energética de los edificios, que deberá expresarse mediante un indicador numérico del consumo de energía primaria en KWh/(m².a) y valores de referencia como el cumplimiento de los requisitos mínimos de eficiencia energética, de las normas mínimas de eficiencia energética o de los requisitos para considerar a los edificios como de consumo de energía casi nulo o de cero emisiones. Su finalidad es permitir a los propietarios o arrendatarios del edificio, o de una unidad de este, que puedan comparar y evaluar su eficiencia energética, además de proporcionar a los operadores económicos información sobre el gasto energético y el margen de mejora en la eficiencia energética del edificio. El Anexo V de la propuesta de DEEE contiene los datos que han de incluirse en el certificado, para lo que los Estados dispondrán hasta el 31 de diciembre de 2025. El certificado expresará la clase de eficiencia energética del edificio, utilizando una escala fija que emplea únicamente letras de la A a la G, siendo la A la correspondiente a los edificios de cero emisiones y la letra G la que representa al 15 % de los edificios menos eficientes del parque inmobiliario nacional en el momento de la introducción de la escala. Los Estados miembros garantizarán que haya una distribución uniforme de indicadores de eficiencia energética entre el resto de clases (de B a F), así como la calidad, fiabilidad y asequibilidad de los certificados de eficiencia energética, que deberán ser expedidos por expertos independientes tras una visita *in situ*. Salvo para edificios de cero emisiones, el informe contendrá recomendaciones para mejorar de forma rentable la eficiencia energética de un edificio o de una unidad de este y poder reducir así sus emisiones de gases de efecto invernadero, proporcionado también una estimación del potencial ahorro de energía. La validez de los certificados será de diez años, salvo para las clases más bajas (de D a G) donde se reduce a cinco, y se deberán expedir en formato digital.

Los certificados serán exigibles, además de a los edificios o unidades de estos que se construyan, vendan o alquilen a un nuevo arrendatario, a los edificios que hayan sido objeto de reformas importantes y a aquellos en que se renueve el contrato de alquiler. También a los ocupados por organismos públicos o que sean de su propiedad. El certificado deberá constar en la publicidad de venta o alquiler, incluidos los portales de búsqueda de propiedades inmobiliarias (art. 17.4). Para evitar fraudes, los Estados efectuarán controles por muestreo o de otro tipo y deberán exigir su exposición en lugar visible por el público tanto en edificios públicos frecuentados por ciudadanos como en aquellos que también lo sean y tengan una superficie total superior a 500 m².

Todos los certificados deberán cargarse en la **Base de Datos de eficiencia energética de los edificios** a que se refiere el art. 19 de la futura Directiva, de ahí la importancia que ahora cobra el Registro Administrativo Centralizado de informes de evaluación energética de los edificios en formato electrónico (XML) a que se refiere en nuestro país el art. 7 del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio. Cada Estado deberá crear una base de datos nacional de eficiencia ener-

gética que permita recopilar datos tanto de la eficiencia energética de los edificios como de la eficiencia energética global del parque inmobiliario nacional. Esta base de datos recopilará los relacionados con los certificados de eficiencia energética, las inspecciones, los pasaportes de renovación del edificio, los indicadores de preparación para aplicaciones inteligentes y el consumo de energía calculado o medido con contadores de los edificios afectados. Habrá de ser de acceso público, de conformidad con las normas nacionales y de la Unión en materia de protección de datos, en especial para los propietarios, arrendatarios y gestores de edificios que podrán tener acceso a los certificados de eficiencia energética completos, y también las instituciones financieras cuando esos certificados hagan referencia a los edificios de su cartera de inversión. Al menos una vez al año, los Estados garantizarán la transferencia de la información de la base de datos nacional al Observatorio del Parque Inmobiliario Europeo al que nos hemos referido anteriormente. Con el fin de garantizar la coherencia y la homogeneidad de la información, los Estados miembros velarán por que la base de datos nacional sobre eficiencia energética de los edificios sea interoperable y esté integrada con otras bases de datos administrativas que contengan información sobre edificios, como el catastro nacional de edificios y los registros digitales de los edificios.

Por tanto, la propuesta de DEEE introduce también unas herramientas de información y publicidad reforzadas que muestran un sistema de medida de carbono y proporcionan los datos sobre el consumo de energía del edificio, su eficiencia energética y el aporte de energías renovables. De esta forma, los inversores financieros pueden calcular los potenciales beneficios de la descarbonización y los hogares y operadores económicos pueden considerar los posibles beneficios de las renovaciones de edificios. Podríamos incluir en ellas al «registro digital del edificio», que es un repositorio común de todos los datos pertinentes del edificio, incluidos los datos relacionados con la eficiencia energética, como los certificados de eficiencia energética, los pasaportes de renovación y los indicadores de preparación para aplicaciones inteligentes, que facilita la toma de decisiones informadas y el intercambio de información dentro del sector de la construcción, y entre los propietarios y los ocupantes de los edificios, las instituciones financieras y las autoridades públicas (art. 2.37).

Las disposiciones actuales sobre **inspecciones y controles** se agrupan para facilitar su aplicación, y se incluyen las instalaciones de ventilación como parte de las medidas de la DEEE destinadas a mejorar la calidad del aire interior. Con el fin de garantizar la calidad y la fiabilidad de las renovaciones o de las nuevas obras de construcción, está previsto que se establezcan programas nacionales de inspección o herramientas alternativas para verificar que las obras de construcción y de renovación realizadas cumplen la eficiencia energética prevista y para mejorar la satisfacción y la confianza de los ciudadanos. En la misma línea, los proveedores de obras de renovación integradas deben tener acceso a sistemas de certificación o de cualificación para garantizar una calidad fiable de dichas obras. Precisamente por ello, el artículo 22 exige a los Estados que garanticen que la certificación de la eficiencia energética de los edificios, la expedición de

los pasaportes de renovación, la evaluación de la preparación para aplicaciones inteligentes y la inspección de las instalaciones de calefacción y de aire acondicionado se realicen de manera independiente por expertos cualificados o certificados. Del mismo modo, asegurarán el establecimiento de sistemas de control independientes de los certificados de eficiencia energética, de conformidad con el anexo VI, así como el establecimiento de sistemas de control independientes de los pasaportes de renovación, de los indicadores de preparación para aplicaciones inteligentes, y de los informes de inspección de las instalaciones de calefacción y aire acondicionado (art. 24).

En fin, llamemos la atención sobre la insistencia de la DEEE en reducir las cargas administrativas, que suponen un elevado coste económico. En esa línea, la digitalización de los certificados de eficiencia energética, las nuevas disposiciones sobre bases de datos e intercambio de información, el registro digital del edificio y otros mecanismos contribuirán a reducir los costes administrativos y facilitarán la tramitación de los procedimientos relacionados con las renovaciones de edificios.

III. REFLEXIÓN FINAL: QUERER NO ES PODER

Como estamos, desgraciadamente, comprobando en el momento de escribir estas líneas, la Unión Europea ha de acometer de manera urgente el proceso de transición energética para evitar la dependencia exterior de los combustibles fósiles, además de por razones ambientales, especialmente para evitar la dependencia energética de terceros países y mejorar su competitividad económica a nivel global.

En ese sentido, hemos visto como la maquinaria europea ha dedicado ingentes esfuerzos a realizar continuas reformas normativas y a elevar el nivel de sus objetivos. Sin embargo, la situación real en el sector de la edificación ha ido evolucionando a un ritmo mucho menor, pues una cosa es querer (lo que se plasma en las innumerables normas y documentos elaborados por la Unión Europea) y otra cosa es poder hacer lo que se persigue, ya que la situación económica de las familias, de las empresas y de los Estados no ha sido la más conveniente para poner en marcha una estrategia tan compleja y costosa, aunque necesaria.

España, además, siempre ha ido a remolque, adoptando con lentitud las medidas que la UE pretende implantar, ante la desconfianza de los operadores económicos porque las Administraciones Públicas no se atreven a liderar este paso hacia adelante. Si bien nuestro parque de edificios se haya muy envejecido y está necesitado de una seria renovación, la situación económica del país no es todo lo buena que desearíamos y la pandemia y la Guerra de Ucrania la han complicado aún más. Habría que multiplicar por cinco la tasa de renovación de nuestros edificios para poder acercarnos a los deseos de la Unión Europea, pero con el actual nivel de endeudamiento no parece que sea posible.

Sí se puede mejorar mucho la producción de energías renovables, para lo que hay que crear procedimientos más ágiles que eviten el actual colapso de tramitación de solicitudes de proyectos (parques solares). También hay que agilizar y simplificar la tramitación de los procedimientos que permiten la compensación de excedentes —un importante incentivo— o la concesión de ayudas (por ejemplo, las orientadas a favorecer el autoconsumo eléctrico), pues las economías familiares o de entidades y empresas no pueden animarse a implantar soluciones renovables si no tienen la certeza de saber qué ayuda o compensación van a recibir y en qué plazo de tiempo, ya que muchas no pueden soportar los gastos originados por la totalidad la inversión.

La regulación debe ser realista y reconocer la situación de dependencia energética que nos lastra y de la que se sale más con medidas reales y efectivas que con exigencias normativas que no siempre se van a poder cumplir. Esas medidas deben pasar por la creación de empleo y la mejora de la capacidad económica de familias y empresas, porque sin dinero no se puede hacer frente a costosas actuaciones, aunque se acompañen de importantes subvenciones. En este sentido ha de tener un papel muy importante el Fondo Social Europeo y resultarán fundamentales las medidas de fomento bien orientadas y aplicadas, que permitirán al sector público y privado, y a los ciudadanos, introducir progresivamente fuentes de energía renovables y mejoras en la eficiencia energética. En ese contexto, el carácter ejemplarizante de las Administraciones Públicas resulta fundamental, si bien, no hay que olvidar que los presupuestos de nuestras Administraciones Públicas ya tienen bastante con acometer la modernización y el mantenimiento de nuestros servicios públicos y hacer frente al pago de las pensiones con una población envejecida.

Hay, además, un riesgo importante de que las exigencias de nuevas inversiones para hacer frente a estas medidas puedan mermar seriamente la competitividad de nuestras empresas en el exterior, y ello aunque se introduzcan los necesarios mecanismos de ajustes en frontera para los productos que se importan y que han sido fabricados en países que tienen un menor nivel de implicación en la lucha contra el cambio climático.

En el caso de los edificios, la renovación del envejecido parque inmobiliario es fundamental para poder acercarse a los objetivos fijados de neutralidad climática. Pero, si no hay una mayor implicación de las Administraciones Públicas y una generalización y especialización de empresas del sector, junto a un importante apoyo financiero, va a ser muy difícil que, en las actuales circunstancias económicas, ciudadanos y pequeñas y medianas empresas puedan acometer las deseadas actuaciones. En el caso de edificios nuevos, sí podrán implantarse más fácilmente los distintos procesos tecnológicos, constructivos o de puesta en obra de materiales e instalaciones más eficientes y sostenibles. Sin embargo, no se puede olvidar que, cada vez son más las exigencias que las distintas normas van estableciendo y que todas ellas implican un incremento del coste de construcción y, por tanto, del precio de venta. Por tanto, estas y otras medidas deberán implantarse progresivamente, en función de la situación económica real de la

mayoría de los ciudadanos —y no me refiero ya solo a los que sufren pobreza energética—.

Las nuevas propuestas de Directivas, en especial la referida a la eficiencia energética en la edificación, pretenden dar un impulso a los Estados. También introducen novedades importantes e instrumentos prácticos de interés, que permitirán ver la evolución, en cada uno de los países, de este proceso de transición energética. Pero también se introducen numerosas obligaciones para los Estados, especialmente de carácter burocrático, pues han de crear bases de datos, poner en marcha complejos planes de renovación de edificios, presentar periódicamente informes, llevar a cabo evaluaciones, todo ello en los próximos años. Sin perjuicio de que puedan resultar convenientes, todos estos deberes pueden distraer los esfuerzos más inmediatos de nuestras Administraciones Públicas, así como consumir algunos recursos y dedicación de los empleados públicos más especializados.

La Unión Europea avanza con paso decidido, legislativamente hablando, hacia el objetivo de la neutralidad climática para 2050, pero sin mirar atrás para ver si los Estados y sus sociedades pueden o no seguir su ritmo. Ya están muy avanzadas las propuestas de la fase III, cuando ni siquiera se han consolidado las medidas de la fase I.

No obstante, la imperiosa necesidad de lograr la neutralidad climática en 2050 y, más a corto plazo, la independencia energética de la Unión Europea, puede ser una oportunidad para impulsar la economía europea y con la debida especialización de empresas y profesionales, mejorar la tasa de creación de empleo y el crecimiento económico. Para ello habrá que terminar de lanzar el autoconsumo eléctrico, poner en marcha, a partir de las experiencias existentes sobre todo en polígonos industriales, las comunidades de energía, y llevar a cabo actuaciones de renovación energética de los barrios con construcciones más antiguas y de peor calidad⁴⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- GALERA RODRIGO S. (2019): «Energía: transición energética, fase II», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): Observatorio de Políticas Ambientales 2019, CIEMAT, Madrid.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2021): Comunidades de energía y transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

45. Cerrado este trabajo y como consecuencia de la prolongación de la guerra de Ucrania y del corte de suministro de gas ruso, el Consejo de la Unión Europea ha incluido procedimientos acelerados para la autorización de proyectos relacionados con las energías renovables, en consonancia con las prioridades del plan REPowerEU y del plan de ahorro de energía, establecidos por sendas Comunicaciones de la Comisión de 18 de mayo de 2022, [COM(2022) 230 final y COM(2022) 240 final]. El objetivo es incrementar el ahorro energético y acelerar la implantación de las energías renovables con el fin de lograr la independencia respecto de los combustibles fósiles rusos”.

- (2022): «Las comunidades de energías renovables: retos pendientes», en VV.AA.: Los desafíos jurídicos de la transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 597 a 622.
- GIFREU FONT, J. (2019): «Edificación y sostenibilidad: líneas de actuación y retos pendientes en los procesos de construcción y de rehabilitación del parque edificado», en LÓPEZ RAMÓN F. (Coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEMAT.
- (2019): «La integración de medidas de eficiencia energética en la edificación a la vista de los objetivos de la UE para los horizontes 2020-2030. Las redes *District Heating and Cooling*», Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. X, núm. 1.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2017): «Nuevos retos en materia de eficiencia energética en España tras el paquete energético de la UE de 2016», en GALÁN VIOQUE R. y GONZÁLEZ RÍOS I. (Dirs.), Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020, Aranzadi, Navarra.
- (2019): «Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana». Revista Andaluza de Administración Pública.
- (2020): «Las Comunidades energéticas locales: un nuevo desafío para las entidades locales», Revista Vasca de Administración Pública, nº. 117.
- (2021): Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídico-administrativos para 2030-2050. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- GUZMÁN SEPÚLVEDA, R. (2022): Análisis del potencial para el autoconsumo energético de polígonos industriales (APESIS). Comunidad energética en el polígono industrial El Cerro. Cártama (Málaga), en VV.AA.: Los desafíos jurídicos de la transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- DEL OLMO ALONSO, J. (2020): «La persecución del objetivo de neutralidad climática por la Unión Europea y España: el sector de la edificación». En MOLINA DEL POZO MARTÍN, F. C. (Coord.): Derecho de la Unión Europea e integración regional. Liber amicorum al Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo, Tirant lo Blanch y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Valencia.
- (2020): «La estrategia europea y española de rehabilitación energética de edificios». En BARRERO RODRÍGUEZ, C. y SOCÍAS CAMACHO, J.: La ciudad del Siglo XXI: transformaciones y retos (actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo). INAP y AEPDA, Madrid.
- ORTIZ GARCÍA, M. (2022): La regulación europea y el nuevo régimen del autoconsumo eléctrico en España, en VV.AA.: Los desafíos jurídicos de la transición energética, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, E. (2021): «La Estrategia de Rehabilitación ERESEE 2020: una oportunidad para un cambio de modelo en el sector de la vivienda en España», Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales, nº. Extra. 1.

FUENTES PARA AMBIENTALIZAR CONTRATOS PÚBLICOS

Juan Martínez Martínez

Técnico de la Subdirección General de Coordinación
de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

Sumario: I. UNIÓN EUROPEA. II. ESTADO. III. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL. V. UNIVERSIDADES. VI. OTROS.

La obligación de incorporar en toda contratación pública de manera transversal y preceptiva criterios que pueden ser medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, aparece como finalidad de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector público, ya desde el artículo 1.3.

Entre las dificultades que encuentran los gestores de la contratación figura la falta de conocimientos especializados en materia ambiental a fin de integrarlos en los contratos en alguna de sus fases.

Como ayuda para incorporar criterios ecológicos en la contratación pública, diversos organismos internacionales, nacionales, regionales y locales, públicos y del sector privado, han elaborado y publicado guías y otros documentos de ayuda sobre el modo de aplicar la compra pública verde en todas las fases del procedimiento de contratación, y han desarrollado criterios referidos a una amplia gama de grupos de productos y servicios que han puesto a disposición de los interesados, órganos de contratación y contratistas. En esos documentos se proporcionan ideas para facilitar la contratación pública verde, modelos de cláusulas y también permiten conocer estandarizaciones ecológicas. A continuación, se incluye un listado con algunos de esos instrumentos:

I. UNIÓN EUROPEA

- Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública (2001/C 333/07) [COM (2001) 274 final].¹
- Buying Green. Manual sobre la contratación pública ecológica de la UE. 3ª edición. 2016.²
- Contratación Pública Ecológica (CPE) en la Unión Europea.³
- Criterios de compra pública ecológica.⁴
- Contratación pública para una economía circular. 2017.⁵
- Etiquetas Ecológicas.⁶
- Colección de buenas prácticas sobre contratación pública ecológica. 2012.⁷

II. ESTADO

- Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).⁸
- Código de buenas prácticas ambientales para los contratos de mantenimiento y las obras menores para el desarrollo del Plan de Contratación Pública de la AGE.⁹
- Código de buen uso del papel y las publicaciones.¹⁰
- Código de buenas prácticas ambientales para la contratación de los servicios de limpieza de edificios.¹¹
- El Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) ha elaborado un buen número de guías destinadas a mejorar la eficiencia energética (de hospitales, de centros educativos, etc.). Se pueden consultar

1. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0274:FIN:ES:PDF>

2. https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf

3. https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm

4. https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

5. https://ec.europa.eu/environment/gpp/circular_procurement_en.htm

6. https://ec.europa.eu/environment/gpp/eco_labels.htm

7. https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/GPP_Good_Practices_Brochure.pdf

8. <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/04/pdfs/BOE-A-2019-1394.pdf>

9. https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/Codigo_Mantenimiento_tcm30-88991.pdf

10. https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/Codigo_Papel%20y%20Publicaciones_tcm30-89009.pdf

11. https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/Codigo_Limpieza_tcm30-89012.pdf

descargando el catálogo de publicaciones.¹² Aunque no se trata de guías destinadas a la contratación pública sus orientaciones pueden servir para incluir condiciones ambientales en los contratos.

III. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- Andalucía. Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la Junta de Andalucía. 2016.¹³
- Aragón. Circular de 18 de diciembre de 2020, conjunta de la Dirección General de Contratación y de la Dirección General de Cambio Climático y Educación Ambiental del Gobierno de Aragón, por la que se aprueban las Directrices de Contratación Pública Ecológica.¹⁴
- Aragón. Compras Verdes. Compra y Contratación Pública Verde en Aragón. 2º catálogo de criterios, productos y proveedores. 2009.¹⁵ Esta publicación es la reedición del primer catálogo editado en 2007.
- Asturias. Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social y medioambiental en la contratación administrativa de la Administración del Principado de Asturias y su sector público. 2018.¹⁶
- Canarias. Consideraciones sociales y ambientales (y otras novedades) en la nueva ley de contratos del sector público.¹⁷
- Cataluña. Guía de publicaciones ambientalmente correctas.¹⁸
- Cataluña. Guía de solvencia técnica y gestión ambiental.¹⁹
- Cataluña. Guía de ambientalización de comedores colectivos.²⁰
- Cataluña. Guía de eventos ambientalmente correctos.²¹

12. <https://www.idae.es/publicaciones>

13. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/GUIA_CSM.pdf

14. <https://www.aragon.es/documents/20127/46060224/Circular+directrices+ecol%C3%B3gicas.pdf/c5dcc93c-fc60-c53c-67f2-426106fd1c59?t=1608299023597>

15. https://www.aragon.es/documents/20127/674325/catalogo_comprasverdes.pdf/41026f05-985b-dc06-6461-610cebf63cf3

16. https://sede.asturias.es/Proveedores/FICHEROS/ESTRUCTURA%202011/NORMATIVA%20PERFIL/INSTRUCCIONES%20LEY%209_2017/guia_practica_clausulas_social_y_m_amb_07-05-2018.pdf

17. https://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/presidencia/Libros_Comisionado/Consideraciones-Ley-de-contratos-del-sector-publico.pdf

18. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/ES_Guia_publicacions_ambientalment_correctes.pdf

19. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/guia_solvencia.pdf

20. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/guia_menjadors_col.lectius.pdf

21. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/guia_esdeve

- Cataluña. Guía de la contratación de productos textiles ambientalmente correcta.²²
- Cataluña. Guía para la compra verde de vehículos.²³
- Cataluña. Guía para la adopción de criterios ambientales en los contratos de mantenimiento de instalaciones de edificios.²⁴
- Cataluña. Guía para la cuantificación de emisiones de gases de efecto invernadero en los contratos públicos.²⁵
- Extremadura. Compras verdes para la Administración y las empresas. 2020-2021.²⁶
- Murcia. Guía de la Contratación pública ecológica en el marco de la gestión de residuos.²⁷
- Navarra. Compra Responsable. Cláusulas Medioambientales.²⁸
- País Vasco. Manual Práctico de Compra y Contratación Pública Verde. Modelos y ejemplos para su implantación por la administración Pública Vasca. Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco. 3ª edición. Julio de 2010.²⁹
- País Vasco. Guía Práctica sobre el uso de las certificaciones ambientales en la compra y contratación pública. Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco. 2020.³⁰
- País Vasco. Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco. Fichas de productos y servicios para compra publica verde.³¹

niments_amb.pdf

22. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/guia_amb_contr_textil.pdf

23. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/guia_compra-verda-vehicules_.pdf

24. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/GUIA_manteniment_ambientalitzacio.pdf

25. https://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/perfil_de_contractant/compra_contractacio_verda_publica/guies/guies_de_la_generalitat_de_catalunya/documents/guia-quantificacio-emissions-geh.pdf

26. http://www.juntaex.es/filescms/contratacion/uploaded_files/guia-verde-castellano.pdf

27. [https://www.carm.es/web/Blob?ARCHIVO=A.02%20MGI.07_Gu%C3%ADa%20Contratacion%20P%C3%BAblica%20Ecol%C3%B3gica.pdf&TABLA=ARCHIVOS&CAMPOCLAVE=IDARCHIVO&VALORCLAVE=167881&CAMPOIMAGEN=ARCHIVO&IDTIPO=60&RASTRO=c511\\$m64754](https://www.carm.es/web/Blob?ARCHIVO=A.02%20MGI.07_Gu%C3%ADa%20Contratacion%20P%C3%BAblica%20Ecol%C3%B3gica.pdf&TABLA=ARCHIVOS&CAMPOCLAVE=IDARCHIVO&VALORCLAVE=167881&CAMPOIMAGEN=ARCHIVO&IDTIPO=60&RASTRO=c511$m64754)

28. <https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/1690345/FICHASCLAUSULAS-MEDIOAMBIENTALES.pdf/29ac17b9-557f-32c5-9c2e-8000ffc2c539?t=1549874773602>

29. https://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/contratacion_publica_verde/es_doc/ad-juntos/2010.pdf

30. <https://www.ihobe.eus/publicaciones/guia-practica-sobre-uso-certificaciones-ambientales-en-compra-y-contratacion-publica-2>

31. <https://www.ihobe.eus/publicaciones>

- País Vasco. Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco. Guía compra pública verde y análisis de costes de ciclo de vida. 2016.³²
- País Vasco. Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco. Guía básica de implantación de Compra Pública Verde en municipios. Aspectos clave para realizar compra verde. Diciembre 2014.³³
- País Vasco. Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental del Gobierno Vasco. Errores habituales en la introducción de criterios ambientales en la contratación pública. 2020.³⁴
- Valencia. Guía Verde. Medidas medioambientales en la contratación pública en el ámbito de la edificación. Generalitat Valenciana (Instituto Valenciano de la Edificación). 2020.³⁵
- Valencia. Cuaderno de Comercio y Sostenibilidad: Etiquetado Ecológico de Productos. Editado por la Generalitat valenciana y la Cámara de Comercio.³⁶
- Valencia. La compra pública de alimentos y servicios de alimentación con criterios de calidad, sostenibilidad y responsabilidad. Guía práctica para la aplicación en el País Valencià.³⁷

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- Cabildo de Tenerife. Guía para la incorporación de criterios sociales, ambientales y contratos reservados y evaluar su impacto en línea con las estrategias del Cabildo de Tenerife y los ODS de la ONU.³⁸
- Diputación de Cádiz. Agencia provincial de la energía de Cádiz. Compra pública sostenible en el sector de la construcción. El Proyecto GreenS. 2016.³⁹

32. https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2017/09/guia-compra-verde-LCC_cast_web.pdf

33. http://municipal.cegesti.org/manuales/download_guia_basica_implantacion_compra_publica_verde_en_municipios/guia_basica_implantacion_compra_publica_verde_en_municipios.pdf

34. <https://www.ihobe.eus/publicaciones/errores-habituales-en-introduccion-criterios-ambientales-en-contratacion-publica-2>

35. <https://habitatge.gva.es/documents/20051105/170594778/Gu%C3%ADa+Verde-Digital-CAM-BIPAG-Completa-ESP.pdf/e2ae912e-4290-48d4-aa32-5154d3ccc6e7>

36. <https://www.camaravalencia.com/es-ES/informacion/publicacones-de-interes/publicaciones-y-documentos/comercio-distribucion/Documents/etiquetado-ecologico.pdf>

37. <https://sostenibilidadalimentaria.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-practica-pais-valencia-compra-publica-sostenibilidad-alimentaria-gosa-cerai.pdf>

38. <https://www.tenerifemassostenible.es/wp-content/uploads/2021/03/criterios-ambientales-sociales-para-contratacion-y-compra-publica-ODS.pdf>

39. https://www.dipucadiz.es/export/sites/default/transicion-ecologica-y-desarrollo-urbano-sostenible/galeria_de_ficheros/docu_cursos_jornadas/Jornada_RCD/Compra-Publica-Sostenible-Pablo-Quero-APEC.pdf

- Diputación de Córdoba. Guía práctica para el desarrollo de la contratación pública sostenible. Sostenibilidad en las compras y contrataciones públicas paso a paso.⁴⁰
- Diputación Foral de Vizcaya. Guía práctica para la contratación administrativa: criterios e instrucciones para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas.⁴¹
- Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha. Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública. 2010.⁴²
- Ayuntamiento de Barcelona. Guía de contratación pública ambiental.⁴³
- Ayuntamiento de Barcelona. Instrucciones técnicas para la aplicación de criterios de sostenibilidad. 2015.⁴⁴
- Ayuntamiento de Badalona. Guia pràctica de compra verda escolar. Bones pràctiques a les escoles de Badalona. Julio de 2009.⁴⁵
- Ayuntamiento de Córdoba. Instrucción para impulsar la contratación socialmente eficiente en el Ayuntamiento de Córdoba y su sector público instrumental. Noviembre de 2020.⁴⁶
- Ayuntamiento de Madrid. Código de Buenas Prácticas Sostenibles en la contratación local. Valoración ambiental en la contratación. Ayuntamiento de Madrid. 2010.⁴⁷
- Ayuntamiento de Málaga. Guía de recomendaciones técnicas sostenibles para la contratación pública del ayuntamiento de Málaga.⁴⁸
- Ayuntamiento de Valencia. Recomendaciones para la licitación del servicio de comedor con criterios de sostenibilidad. Grupo de compra pública del Consejo Alimentario municipal de Valencia. 2020.⁴⁹
- Ayuntamiento de Valladolid. Instrucción 1/2018, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público. 2018.⁵⁰

40. <https://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Guia%20practica%20para%20el%20desarrollo%20de%20la%20contratacion%20publica%20sostenible.%20Diputacion%20Cordoba..pdf>

41. https://gardentasuna.bizkaia.eus/documents/1261696/1755537/Circular_y_Guia_ca.pdf/a04d4fb9-ac5f-aadf-56b4-f7e39a7472fc?t=1604327860327

42. <https://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Criterios%20sociales%20y%20medioambientales%20en%20la%20contratacion%20publica.%20Federacion%20Municipios%20y%20Provincias%20CLM..pdf>

43. https://ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/sites/default/files/guia_contratacion_publica_ambiental_es.pdf

44. http://www.ajsosteniblebcn.cat/ca/ambientalitzacio-de-contractes_3929

45. <http://badalona.cat/portalWeb/getfile?dID=24056&rendition=web>

46. https://www.cordoba.es/doc_pdf_etc/TRANSPARENCIA/2021/contratos/instrucciones.pdf

47. <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/Sostenibilidad/CompraVerde/Ficheros/CODIGO%20CONTRATACION%20LOCAL%20Actualizaci%C3%B3n%202010.pdf>

48. https://medioambiente.malaga.eu/opencms/export/sites/sostenibilidad/.content/galerias/documentos/Guia_Recomendaciones-tecnicas_Ayuntamiento-de-Malaga_V5.pdf

49. https://consellalimentari.org/wp-content/uploads/2020/10/Recomendaciones-para-la-licitacion-del-servicio-de-Comedores-Escolares-con-criterios-de-sostenibilidad_CAS.pdf

50. <https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie.ficheros/475710-INSTRUCCIONContrataci%C3%B3n%20eficiente%20y%20>

- Ayuntamiento de Vitoria. Instrucción para la contratación socialmente responsable y sostenible del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. 2016.⁵¹

V. UNIVERSIDADES

- Universidad de Alcalá, Grupo de Investigación Compra Pública Verde. Compra pública verde en el sector de la alimentación. Normativa, instrumentos estratégicos, instrucciones y guías de compra pública verde y cambio climático. 2021.⁵²
- Universidad de Cantabria. Guía de contratos y compras públicas responsables de la universidad de Cantabria. Noviembre de 2015.⁵³
- Universidad Carlos III. Guía para la inclusión de criterios ambientales en los contratos públicos.⁵⁴
- Universidad de Córdoba. Guía básica para la gestión de los recursos, contratación de servicios y compra de suministros de forma sostenible y ética.⁵⁵
- Universidad de Valladolid. Guía de compra verde Universidad de Valladolid. Octubre de 2007.⁵⁶

VI. OTROS

- Aguas de Alicante. Guía de compra pública de innovación en economía circular y sostenibilidad. 2020.⁵⁷
- Asociación española de fundaciones. Guía para la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales. 2018.⁵⁸
- Asociación española de importadores de madera. Guía de compras públicas de madera sostenible. 2009.⁵⁹

estrat%C3%A9gica.docx.pdf

51. https://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/was/contenidoAction.do?idioma=es&uid=u1c8d2793_150faf226ae__7e59

52. <https://comprapublicaverde.files.wordpress.com/2021/07/guia-de-compra-publica-verde-2o-version.pdf>

53. <https://web.unican.es/unidades/ecocampus/PublishingImages/gestion-ambiental/compra-verde/Gu%C3%ADa%20de%20Contratos%20y%20Compras%20P%C3%BAblicas%20Responsables%20en%20la%20UC.pdf>

54. <https://www.uc3m.es/sostenibilidad/criterios-ambientales-contratos-publicos>

55. <http://www.uco.es/sepa/images/documentos/consumo/guiauco.pdf>

56. https://www.uva.es/export/sites/uva/7.comunidaduniversitaria/7.09.oficinacalidadambiental/_documentos/1220008453820_guia-compra-verde.pdf

57. <https://www.aguasdealicante.es/documents/231378/2554117/Guia+Compra+Publica+Innovadora+en+Economia+Circular+y+Sostenible+%282019%29.pdf/7c8cb69c-943b-8592-50c9-f52f7e86aaa7>

58. http://intranet.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw5bcf3d47cad4c/Modelogiaparaelaincorporaciondeclausulasencontratacionpublica.pdf

59. <http://asmadera.com/wp-content/uploads/2014/11/comprapubmasos.pdf>

- Blog Crisis y Contratación Pública. Cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública (normativa, instrucciones y guías).⁶⁰
- Ecoembes. Compras verdes y socialmente responsables. 2017.⁶¹
- Ecologistas en Acción, la Fundación Ecología y Desarrollo y la organización Mediterrània-CIE. Recomendaciones para la mejora del comportamiento ambiental de las Administraciones Públicas. Propuestas sobre ahorro y contratación.⁶²
- Directorio de ecoetiquetas. Ecolabel Index.⁶³
- ICLEI-Gobiernos Locales para la Sostenibilidad. Manual Procura+. 3ª edición. 2016.⁶⁴
- Justicia Alimentaria. Criterios de justicia alimentaria en la compra pública de alimentos. Guía para las administraciones públicas. 2020.⁶⁵
- IDEAS Comercio Justo. Programa de Universidades por el Comercio Justo. Inserción de Criterios de sostenibilidad en los contratos de suministro de alimentos, catering y organización de eventos. 2011.⁶⁶
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Going Green: Mejores prácticas para adquisiciones sostenibles. 2015.⁶⁷
- Red Canaria de entidades de promoción e inserción socio-laboral Anagos. Guía para una contratación pública más responsable en Canarias. 20 preguntas y respuestas para un cambio necesario. 2019.⁶⁸
- Red de comercio justo y consumo responsable de Castilla-La Mancha. Compra pública ética y sostenible. Guía para Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha. 2007.⁶⁹
- Red de Economía Alternativa y Solidaria de Aragón. Reas Aragón. El medioambiente en la contratación pública.⁷⁰
- Red de Economía Alternativa y Solidaria de Madrid. Reas Madrid. Preguntas frecuentes y respuestas rápidas para una contratación pública responsable.⁷¹

60. <https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/6380>

61. <http://istas.net/descargas/Las%20compras%20verdes%20y%20socialmente%20responsables.pdf>

62. <http://www.ugr.es/~javera/pdf/2-3-Mambiente2.pdf>

63. <https://www.ecolabelindex.com/>

64. <https://procuraplus.org/manual/>

65. https://justicialimentaria.org/sites/default/files/docs/guia_administraciones_publicas_criterios_0.pdf

66. <https://ideas.coop/wp-content/uploads/2020/02/Comprapublica-Sostenible-de-Alimentos-catering-y-eventos.pdf>

67. https://www.oecd.org/gov/public-procurement/Going_Green_Best_Practices_for_Sustainable_Procurement.pdf

68. <https://redanagos.org/wp-content/uploads/2020/11/Guia-contratacion-publica-mas-responsable.pdf>

69. http://www.unpcdc.org/media/143128/2007_guia_compra_publica_etica_y_sostenible_-_castilla-lamancha.pdf

70. https://contratacionpublicaresponsable.org/wp-content/uploads/2020/03/GUIA-REAS-CPR_MEDIOAMBIENTE_FINAL.pdf

71. <http://www.reasnet.com/clausulassociales/documentos/guias/GUIA%20CONTRATACION%20PUBLICA%20RESPONSABLE.pdf>

- Red de Economía Alternativa y Solidaria de Euskadi. REAS Euskadi. Guías prácticas para la compra pública responsable. Guía de compra pública responsable de productos ecológicos y kilómetro 0. 2021.⁷²
- Red de Economía Alternativa y Solidaria de Euskadi. REAS Euskadi. Guías prácticas para la compra pública responsable. Contratación de suministro de energía eléctrica. 2020.⁷³
- Web Contratación Pública Responsable.⁷⁴
- Web de la Red de la Economía Alternativa y Solidaria (REAS).⁷⁵

72. https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/5_ecologicos_CAS.pdf

73. <https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/CPR-2020-03-energia-cas.pdf>

74. <https://contratacionpublicaresponsable.org/>

75. <https://reas.red/>

