

MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

DANIEL SERNA BARDAVÍO

SUMARIO. I. EL NACIMIENTO DE LA CONCIENCIA AMBIENTAL EN ESPAÑA.– II. LA INTRODUCCIÓN DE PREOCUPACIONES AMBIENTALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: EUROPA Y ESPAÑA.– III. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. La introducción de cuestiones ambientales como criterios de solvencia. 2. La elección de consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación. 3. La introducción de cláusulas ambientales como condiciones de ejecución del contrato. 4. La prohibición de contratar como instrumento de prevención ambiental.– IV. CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La utilización de criterios ambientales en los procesos de contratación pública ha sufrido una evolución en la normativa comunitaria y nacional, que culmina con la incorporación de los mismos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y en las distintas fases del procedimiento de contratación. El presente documento analiza la configuración de la protección ambiental como política transversal desde la perspectiva de su cada vez más importante papel como una de las políticas públicas principales de la Unión Europea y de sus Estados Miembros.

Palabras clave: contratación pública; criterios ambientales; Unión Europea; protección ambiental.

ABSTRACT: The use of environmental criteria in public procurement processes has undergone an evolution in European Union and national regulations, culminating in the incorporation of the same in the new Public Procurement Law, through the different phases of the procedure. This paper analyzes the configuration of environmental protection as a transversal policy from the perspective of its increasingly transcendent role as one of the most main public policies of the European Union and its Member States.

Key words: public procurement; environmental criteria; European Union; environmental protection.

I. EL NACIMIENTO DE LA CONCIENCIA AMBIENTAL EN ESPAÑA

A día de hoy, nadie puede negar que la conciencia ambiental y, más concretamente, el interés por salvaguardar un medio ambiente adecuado, afecta de una forma directa o, en su caso, al menos transversal, a todos los ámbitos, materias y políticas públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, esta preocupación es relativamente reciente, diferenciándose en el caso español tres etapas fundamentales atendiendo al mayor o menor interés que la cuestión ambiental despertó en el legislador y que, casualmente, se correspondieron con tres etapas políticas y organizativas perfectamente diferenciadas en el tiempo.

Así, tenemos una primera etapa, que abarcaría hasta la aprobación de la Constitución Española en 1978, en la que empiezan a surgir las primeras referencias inequívocas a la protección del medio ambiente, adquiriendo una fuerza especial en los años 70. Como antecedente remoto es necesario citar la Ley de Parques Nacionales de 1916 (1) ya que en la misma se constata la existencia de un interés puramente ambiental, a diferencia de los textos anteriores en los que la salvaguarda del medio ambiente se vinculaba a intereses netamente económicos.

Ahora bien, si realmente debiéramos citar el primer texto que supuso un cambio en la perspectiva ambiental española de forma previa a la instauración del actual régimen constitucional, sin ninguna duda, tanto por el paso adelante que supuso en materia de protección del medioambiente como por su prolongada vigencia (2), deberíamos recurrir al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961 (3).

(1) En este sentido, debe hacerse referencia al contenido del artículo 2.º de la meritada Ley en el que se expresaba que la finalidad de la norma era la de «favorecer su acceso por vías de comunicación adecuadas, y de respetar y hacer que se respete la belleza natural de sus paisajes, la riqueza de su fauna y de su flora y las particularidades geológicas e hidrológicas que encierran, evitando de ese modo con la mayor eficacia todo acto de destrucción, deterioro o desfiguración por la mano del hombre».

(2) Fue derogado expresamente por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera. Sin perjuicio su derogación no fue total, vinculándose con la existencia o no de regulación autonómica sobre el tema. A estos efectos, resulta especialmente ilustrativo BAENA PINEDO (2012), y su análisis sobre la vigencia parcial del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas a pesar de su derogación en el 2007, con especial atención a los pronunciamientos sobre esta cuestión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

(3) Vid. Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. En el artículo 1 de este Reglamento, destinado a fijar cual era el objeto del mismo, se recogía lo siguiente: «El presente Reglamento de obligatoria observancia en todo el territorio nacional, tiene por objeto evitar que las ins-

Sin perjuicio de la existencia de varios antecedentes como los citados, fue en los años setenta cuando realmente despuntó una verdadera preocupación del legislador por la protección del medio ambiente, destacando, entre las de marcado carácter proteccionista, la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972 (4), o la Ley de Desechos y Residuos Sólidos Urbanos de 1975 (5). En ellas la protección medioambiental se configura ya como una motivación de primer nivel, abandonando definitivamente su sometimiento íntegro y absoluto a los intereses económicos (6).

Estos primeros avances normativos fueron absolutamente trascendentes, ya que constituyeron, en su más pura esencia, el inicio de nuestro derecho ambiental tal y como hoy lo conocemos, dejándonos a las puertas de una transición política que, entre otras cosas, iba a suponer el reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado.

Tras dicho momento, vendría una segunda etapa, cuyo inicio coincidió con la aprobación de nuestra Constitución. En ella se producen dos hitos fundamentales a efectos de entender la evolución de la protección ambiental en España, a saber: por un lado, tiene lugar el reconocimiento del derecho

talaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacene, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de «actividades», produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente ocasionando daños a la riqueza pública o privado o implique riesgos graves para las personas o los bienes».

(4) Vid. Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente atmosférico, cuya exposición de motivos rezaba: «La degradación del medio ambiente constituye, sin duda alguna, uno de los problemas capitales que la Humanidad tiene planteados en esta segunda mitad del siglo, problema cuya gravedad no es preciso ponderar. La explotación intensiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización y el lógico proceso de urbanización de grandes áreas territoriales son fenómenos que, incontrolados, han llegado a amenazar en determinadas regiones la capacidad asimiladora y regeneradora de la Naturaleza, y que de no ser adecuadamente planificados, pueden abocar a una perturbación irreversible del equilibrio ecológico general, cuyas consecuencias no son fácilmente previsibles».

(5) Vid. Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, en cuyo artículo 1.1, venía a recogerse lo siguiente: «La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico para la ordenación y vigilancia de recogida y tratamiento de los desechos y residuos sólidos urbanos en orden a la protección debida del medio ambiente y el subsuelo, fomentando el aprovechamiento de los mismos mediante la adecuada recuperación de los recursos en ellos contenidos».

(6) Vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2008: p. 41), quien, introduciendo la cuestión relativa a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, refiere la protección del medio ambiente como «una función pública, sobre la base de la cláusula del Estado social; debiendo destacarse en este punto el papel de las Administraciones Públicas en ejercicio de tal función pública de protección ambiental, a cuyo servicio utiliza potestades administrativas reconocidas por el ordenamiento jurídico».

a disfrutar de un medio ambiente adecuado (7) y, por otro lado, se fija el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en todas las materias, incluidas las ambientales (8).

Este periodo, que concluirá con la efectiva entrada de España en la Unión Europea, se caracteriza por el reforzamiento de las políticas de protección ambiental y por el surgimiento de regulación autonómica, si bien, todavía de manera tímida. Sirva de ejemplo de evolución, tanto formal (provocada por el nuevo reparto competencial) como de fondo (por el aumento de la preocupación ambiental), la Ley de Espacios Naturales Protegidos de Cataluña de 1985, mediante la que se pretendió dar un paso más en la protección ambiental de estos espacios (9).

En estos años, sin duda, la legislación española estaba ya muy influenciada por las corrientes y regulaciones que emanaban de los órganos de la Comunidad Económica Europea (10), siendo ese hecho concreto, la incorporación efectiva a la Comunidad Económica Europea, el que supondría el inicio de la tercera etapa aludida con anterioridad.

La mencionada tercera etapa, que se extiende hasta la actualidad, tiene un criterio diferenciador respecto a cualesquiera periodos anteriores y es que ahora, parte de la regulación en la materia, va a crearse fuera del Estado, por los organismos y las instituciones comunitarias. Desde ese momento, España va a ir de la mano en política ambiental con el resto de países miembros, compartiendo principios y objetivos, con una finalidad de prevención y protección mucho más definida, y por supuesto, más garantista que sus predecesoras.

(7) El artículo 45.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Por su ubicación en el texto constitucional, nos encontraríamos ante uno de los principios rectores de la política social y económica, por lo que se convierte en una finalidad transversal de la actuación de todos los poderes públicos.

(8) A estos efectos debe observarse fundamentalmente el artículo 149.1.23 en relación con el artículo 148 de la Constitución Española. De la lectura conjunta de ambos puede extraerse que el Estado tiene competencia exclusiva para aprobar la legislación básica sobre medio ambiente, quedando el desarrollo legislativo y la ejecución en materia ambiental, así como la creación de normas adicionales de protección, en manos de las Comunidades Autónomas.

(9) En este sentido, debe destacarse que, en la exposición de motivos de dicha norma, además de una referencia expresa al título competencial que habilita la regulación, señala que los instrumentos que existían en ese momento no eran suficientes para asegurar la protección ambiental, y, de hecho, manifiesta lo siguiente: «Es, pues, patente la necesidad urgente de una eficaz actuación de los poderes públicos que actualmente es obstaculizada por un marco legal excesivamente disperso, que presenta vacíos importantes».

(10) La referencia, en todo caso, debe entenderse hecha en la actualidad a la Unión Europea.

A estos efectos, no pueden dejar de citarse los sucesivos Programas Ambientales, entendidos como planes temporales que pretenden incidir en una materia concreta. Así, desde los años 70 se constata la existencia de programas para la lucha contra la contaminación (11), de instauración de medidas preventivas y de evaluación de daños (12), de reforzamiento de las medidas sobre información, educación e investigación (13), de desarrollo sostenible (14) y puramente estratégicos (15).

Por último, el Programa ambiental actualmente en vigor (16), va incluso más allá, identificando tres ámbitos prioritarios, a saber, el capital natural de la Unión Europea, la transformación de la Unión en una económica hipocarbónica (17) y eficiente en el uso de los recursos, y el bienestar y la salud de los seres humanos (18). Y para la consecución de tamaños objetivos, relaciona cuales son las medidas idóneas a tal fin, a saber: 1) una mejor aplicación de la legislación medioambiental de la Unión Europea; 2) la dedicación de esfuerzos técnicos y económicos dirigidos a la investigación en la materia para determinar la mejor manera de avanzar en estas políticas; 3) la potenciación en la realización de inversiones más integradoras de iniciativas verdes y tomando en consideración precios y costes donde tengan verdadero reflejo los costes medioambientales de dicha inversiones (19) y 4) fomentar la incorporación de las cuestiones medioambientales dentro del resto de políticas públicas de la Unión y de sus Estados miembros (20).

(11) Vid. Primer programa ambiental de la Comunidad Europea (1973-1976) y segundo programa ambiental de la Comunidad Europea (1977-1981).

(12) Vid. Tercer programa ambiental de la Comunidad Europea (1982-1986).

(13) Vid. Cuarto programa ambiental de la Comunidad Europea (1987-1992).

(14) Vid. Quinto programa ambiental de la Comunidad Europea (1993-2000).

(15) Vid. Sexto programa ambiental de la Comunidad Europea (2001-2012).

(16) Vid. Séptimo programa ambiental de la Comunidad Europea (2013-2020).

(17) Vid. la Hoja de Ruta diseñada por la Unión Europea para alcanzar dicho objetivo con un horizonte 2050 en https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050_en.

(18) En este sentido, vid. la relación de las acciones comunitarias en la lucha contra el cambio climático hasta 2020 en https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_es, que encajan plenamente con los objetivos previstos para la «Estrategia Europa 2020» y el marco sobre el clima y la energía para el 2030 en https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_es#tab-0-0.

(19) En este sentido, advertir que las referencias a los costes medioambientales dentro de las inversiones y, en particular, en la compra pública, se configura en la nueva LCSP como un criterio de adjudicación de enorme calado y que, sin duda, permitirá que el sector público pueda apoyarse en ellos para determinar qué ofertas reúnen la mejor relación calidad-previo, tal y como exige la normativa sobre contratación pública ahora en vigor.

(20) Vid. el resumen respecto de la acción comunitaria incorporado en el website del VII Programa en <http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>.

En el desarrollo de estos Programas Ambientales, la Unión Europea no ha cesado en dictar Directivas y Reglamentos, que han supuesto la incorporación de España a las más avanzadas políticas de protección del medio ambiente y a la conclusión de que la Unión Europea, sin duda alguna, dispone de la más completa legislación medioambiental a nivel mundial.

En este sentido destacan diversos textos en materia de daño ambiental (21), de evaluación ambiental (22), de ruido (23), de gestión de residuos (24) o de calidad del aire (25), que sirven no solamente para ampliar la protección ambiental sino también para unificar los regímenes europeos y hacer más sencilla la gestión del medio ambiente que, por definición, no se somete a delimitaciones políticas o fronteras.

La decidida apuesta medioambiental que emana de los Programas antecitados, ha incidido en todos y cada uno de los ámbitos propios de la Unión Europea, entre los que destaca la contratación pública, la cual, sin ningún género de dudas, adopta un rol esencial en esta cuestión (26).

Y no podía ser de otro modo. La contratación pública supone un gasto anual entre el 15 y el 20% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea (27),

(21) *Vid.* la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

(22) En este sentido, puede destacarse la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(23) Cabe citar la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.

(24) A estos efectos, *vid.* la Directiva 2006/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE y la 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.

(25) *Vid.* la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiental y a una atmósfera más limpia en Europa.

(26) En este sentido, *vid.* MORENO MOLINA (2018: p. 36), quien, sobre la base del alcance de la Comunicación de la Comisión de 2 de diciembre de 2015 denominada «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular», manifiesta que «la contratación pública puede desempeñar un papel clave en el objetivo de esta Comunicación y de la economía circular, a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica».

(27) Las referencias a los porcentajes que representa la contratación pública respecto al PIB de la Unión Europea son de lo más variopinta. Podemos encontrar una referencia «oficial» al 14%, tal y como consta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa de 3 de octubre de 2017. Sin perjuicio de ello, es muy habitual encontrar referencias algo más generosas, que alcanzan hasta el 19%, como por ejemplo en la Guía Práctica de la Contratación Pública de la Unión Euro-

por lo que es fundamental para conseguir los objetivos medioambientales e, incluso, de los de cualquier otra índole, que marquen el actuar de la Unión Europea.

En cualquier caso, veamos, siquiera someramente, la evolución de la normativa en materia de contratación pública en relación con el medio ambiente en Europa y, por extensión, en España, que nos permitirá entrar, posteriormente, en las medidas y actuaciones existentes en la actualidad para lograr el equilibrio entre una contratación pública eficaz y eficiente socioeconómica y medioambientalmente.

II. LA INTRODUCCIÓN DE PREOCUPACIONES AMBIENTALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: EUROPA Y ESPAÑA

De forma paralela a esta preocupación por salvaguardar un medio ambiente adecuado, ha sido constante el interés por conseguir una contratación pública eficaz desde todas las perspectivas. Y una de estas perspectivas, como ya se ha anunciado, es la medioambiental.

En efecto, la incorporación de consideraciones de índole medioambiental en la contratación pública, es algo propio de nuestra época contemporánea (28) que, si bien ha tenido distintos intentos a nivel internacional y comunitario a partir de los años setenta, y con algo más de énfasis, en la última década del siglo XX, no es sino hasta el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando la protección ambiental toma verdadera carta de naturaleza y, podríamos decir, se consolida como un principio básico y fundamental de las políticas pública desarrolladas por la Unión Europea y, por ende, de sus Estados miembros (29).

pea (se puede consultar en http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_es.pdf). En cualquier caso, puede consultarse MIRANZO DÍAZ (2017: p. 11), donde se relacionan distintos informes sobre la materia, y la justificación del peso de la contratación pública sobre el PIB con distintas referencias.

(28) En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2008: p. 42) ,para quien la inclusión de criterios sociales y de sostenibilidad en los procesos de contratación son algo propio de la época contemporánea, destacando que dicha incorporación no ha sido fácil ni inmediata, al colisionar con determinados principios que son propios de la contratación pública.

(29) Para un análisis completo del contexto jurídico y político de la contratación pública verde, me remito a PERNAS GARCÍA (2011: p. 37), quien realiza un análisis muy exhaustivo del marco normativo y de la evolución de la cuestión en la esfera internacional con referencia al Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, destacando los principales hitos habidos igualmente en sede de la Unión Europea, desde la Cumbre de Cardiff de 1998, para descender luego al tratamiento existente en la legislación española, y aun, siquiera brevemente, en Comunidades Autónomas y entes locales.

En sede de contratación pública, y como ya es sabido, las primeras generaciones de directivas comunitarias nada aportaron para favorecer la incorporación de criterios ambientales, debiendo esperar hasta la Comunicación de la Comisión Europea denominada «La contratación pública en la Unión Europea» de 1998 y la Comunicación denominada «La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública» de 2001 y, posteriormente, al paquete de Directivas de 2004 (30), punto absoluto de inflexión en la materia, y del que se embeben todas las legislaciones, comunitarias y nacionales.

Y con ello, como es sabido, la adaptación, vía transposición, de la normativa nacional, a través de las Leyes 30/2007 y 31/2007 (31), que trataron de paliar, siquiera parcialmente, los inacabados esfuerzos por incorporar criterios ambientales en los procesos de contratación.

No finalizarían la tarea, sin duda, pero no por ello ha de restársele mérito a lo que supusieron, hace ya una década, en el proceso de iniciación a una nueva forma de entender la contratación pública (32). Y decíamos que no culminaron el proceso, porque hoy día, tras el bagaje de todos estos años, sucesivas modificaciones de las leyes del 2007 hasta llegar al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, y un nuevo cuerpo normativo en el año 2017 tras el paquete de Directivas de 2014 que tantos quebraderos de cabeza llevó transponer (33), y como ahora veremos, podemos

(30) Nos referimos, obviamente, a la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales, y 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.

(31) *Vid.* Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En este sentido, recordar cómo la Ley 30/2007, en su exposición de motivos, indicaba que «las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas».

(32) En este sentido, *vid.* BERNAL BLAY (2008: p. 212-213), que desde la perspectiva de la (entonces) nueva LCSP 2007, indicaba que «la contratación pública puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos».

(33) Respecto a transposición de las Directivas Comunitarias 2014, *vid.* MORENO MOLINA (2015: p. 106) quien, reconociendo la obligatoriedad en cuanto a la transposición de las mismas al ordenamiento jurídico español, opina que «se trata de una excelente oportunidad para llevar a cabo una reforma sustancial de nuestro sistema de contratación

afirmar que, probablemente estamos en el camino, pero que el mismo es largo, y queda mucho por recorrer.

III. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como hemos visto hasta el momento, no cabe duda del intento de hacer valer la protección medioambiental desde diferentes frentes, con políticas transversales y sectoriales que, de un modo u otro, han tratado de integrar el medio ambiente, y su respeto y cuidado, como una función propia, aunque en algunos casos de manera tan solo indirecta y complementaria.

La normativa en materia de contratación pública no había sido especialmente ajena al desempeño de este papel (o no hasta las Directivas de 2004 y LCSP 2007), si bien, como se indicaba, no es hasta la llegada de la cuarta generación de Directivas y la actual LCSP cuando se afronta el reto en la medida, y con el rigor e intensidad, que se le debía exigir, máxime teniendo en cuenta el mandato contenido en el artículo 11 TFUE (34).

pública y aprobar una nueva regulación que de forma decidida simplifique e impulse el cumplimiento de los principios esenciales de la contratación pública y permita una uniformidad jurídica en toda los contratos del sector público español» . en este sentido, y en relación a la transposición de las Directivas, *vid.* por ejemplo, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de fecha 15 de marzo de 2016 (puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-2700>) o el Informe 17/2015, de 3 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (puede consultarse en http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME_17_2015_EFECTOS_%20DIRECTIVAS_LEY_3_2011.pdf). Igualmente, *vid.* GIMENO FELIÚ (2016: p. 36 y ss.) quien advirtiendo de la imposible transposición en plazo de la normativa comunitaria, afirma que «los contenidos de las Directivas de contratación pública, dado que o están pre-transpuestos o son claros, precisos e incondicionados, tendrán efecto directo casi en su totalidad, sin perjuicio de que en aras a la seguridad jurídica, que es deseable en una materia tan sensible como la contratación público, la transposición pudiera efectuarse, si bien no a tiempo lo antes posible», para luego exponer, de manera clara y concisa, respecto de qué cuestiones sí se producía el efecto directo de las Directivas.

(34) El artículo 11 TFUE (antiguo artículo 6 TCE), dispone que: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Asimismo, no podemos obviar que la protección del medio ambiente y la función pública asociada a dicha tarea aparece configurada como un principio rector de la política social y económica en el artículo 45 CE. En relación al principio de integración de las políticas medioambientales, en general, en las políticas públicas, *vid.* SANZ RUBIALES (2018: p. 53), para quien «no es casual que haya sido el derecho comunitario el que ha venido a estimular

Así las cosas, el propio Preámbulo de la LCSP, identifica el rol que juega la contratación pública dentro de la «Estrategia Europa 2020» (35), subrayando como objetivos inspiradores y básicos la consecución de una mayor transparencia en la contratación pública y, unido a esta, la mejor relación calidad-precio en las compras públicas, vinculando precisamente a este segundo objetivo, la inclusión de criterios cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

De esta primera manifestación, se deduce una idea sobre la que reflexionaremos a lo largo de las próximas páginas: los criterios medioambientales como criterios de adjudicación idóneos para la obtención de una mayor y mejor relación calidad-precio en la contratación y la necesaria vinculación de los criterios medioambientales al objeto del contrato. Pero, en nuestra opinión, se da un paso más. Se enmarca la elección de dichos criterios (ahora solo como adjudicación, aunque ya veremos que no se queda aquí) dentro de un objetivo previo y superior, cual es la planificación estratégica (36), el diseño previo (y pensado) como instrumento al servicio de la consecución de la política pública de mejor contratación (37), y consustancial a ella, el logro de las políticas medioambientales pretendidas con carácter

la contratación pública como vía de protección ambiental», señalando igualmente que «este imaginativo aprovechamiento de la potencialidad de la contratación pública responde al principio de integración del medio ambiente en las demás políticas europeas».

(35) Como dispone el Preámbulo de la LCSP, «nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos». Asimismo, *vid.* GIMENO FELIÚ (2017a: p. 182), y su análisis de los motivos que llevaron a la reforma habida en materia de contratación pública en el año 2014, con una clara finalidad de búsqueda de la eficiencia y de políticas «que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica», señalando igualmente que «la contratación puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos».

(36) *Vid.* GIMENO FELIÚ (2017b: p. 4), para quien «la visión estratégica, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación del tejido empresarial de las pymes, se convierte en el principal eje de la contratación, avanzando hacia una visión más cercana a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto».

(37) En este sentido, *vid.* MEILÁN GIL (2015: p. 73), quien señala que «la contratación pública es un instrumento político de las UE así reconocido en las Declaraciones oficiales» y, prosigue» la novedad reside en los objetivos medioambientales, sociales, innovadores; se integran con toda naturalidad en la preparación y formulación de lo que será la decisión de la Administración que con la voluntad del particular constituirá el contrato».

transversal (38). Y la LCSP es clara en este sentido: se ha de incluir en toda compra pública (39).

La actual LCSP, sin perjuicio de otras consideraciones, tratando de complementar y dotar de contenido a la imposición de obligado cumplimiento a la que acabamos de aludir, destaca el papel de los criterios ambientales, bien de manera directa, o en su caso indirecta pero con una vinculación casi total, en varios frentes distintos, a saber: 1) las consideraciones (medio) ambientales como criterio de solvencia para contratar; 2) los aspectos ambientales como criterios cualitativos (objetivos o subjetivos) de adjudicación; 3) los criterios ambientales como condiciones de ejecución de los contratos y 4) las consideraciones (medio) ambientales como causas de prohibición de contratar.

1. La introducción de cuestiones ambientales como criterios de solvencia

Por lo que respecta a la inclusión de consideraciones de orden ambiental como criterios de solvencia (técnica), la LCSP contiene una previsión expresa para los contratos de obras (artículo 88.1.d) y servicios (artículo 90.1 f) (40),

(38) Para SANZ RUBIALES (2018: p. 79), precisamente «estamos asistiendo, en materia de contratos públicos, a una transformación del Estado meramente comprador en el Estado ordenador», manifestada en el hecho de que la Administración podrá (o incluso deberá) utilizar su potestad de compra con dinero público para la introducción y consecución de políticas ambientales. En relación a la aplicación de los principios generales de la contratación pública y la obligatoria inclusión de sociales y ambientales en la misma, *vid.* MORENO MOLINA (2018: p. 20), quien recuerda que: «los principios generales son para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias».

(39) En este sentido, el propio artículo 1.3 LCSP establece que «en toda la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos». En opinión de GALLEGU CÓRCOLES (2017: p. 97), «dada su ubicación sistemática —en el pórtico de la norma— plasma con cierta solemnidad la superación de un modelo economicista de contratación pública». Igualmente, *vid.* artículo 28.2 LCSP respecto de la incorporación de consideraciones medioambientales como cuestión a considerar por las entidades del sector público en su función de velar por la eficiencia en la contratación pública. Finalmente, indicar que el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 116/2015, de 10 de marzo, en relación a la LCSP (pp. 157-158), refiere la necesidad de que cláusulas ambientales estén vinculadas al objeto del contrato.

(40) En ambos artículos se hace una referencia a «las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato», configuradas como criterios de solvencia técnica o profesional de los licitadores. Nótese que, aunque se configura como requisito de acceso a la contratación, hay una directa relación entre dicha «capacitación» y las condiciones concretas en las que el licitador-adjudicatario ejecutará el contrato en su caso.

no así para el resto de contratos, si bien refiere, como cláusula de cierre para todos los contratos distintos de obras, servicios y suministros la remisión a los criterios de solvencia técnica o profesional previstos para el contrato de servicios (artículo 91), de lo cual podría deducirse, aunque no se alcanza a comprender su razonabilidad, que el contrato de suministros es el único en el que no se pueden incluir consideraciones relacionadas con la gestión medioambiental como criterio de solvencia del empresario licitador.

En cuanto a los contratos sujetos a regulación armonizada, se prevé la posibilidad de que los órganos de contratación exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Nada obsta para entender, en nuestra opinión, que los órganos de contratación, en los contratos no sujetos a regulación armonizada (excepción hecha parece ser para el contrato de suministros), no puedan igualmente exigir la acreditación de dicha solvencia técnica vinculada a la gestión medioambiental, por idénticos medios (41).

Más allá de las consideraciones ambientales como criterios de solvencia, ya vistos, merece al menos una breve referencia, la contenida en sede de reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 126.4), donde señala que siempre que el contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Llama la atención la referencia a una norma derogada (42), aunque sea intrascendente y probablemente fruto de la extensa duración de la tramitación y

(41) El artículo 94.1, cuando se exija tal acreditación, remite a que hagan referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados, señalando en su apartado 2, que en todo caso, la necesidad de reconocer certificados equivalentes en determinadas condiciones.

(42) Dicha Ley quedó derogada expresamente por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, tal y como reza su Disposición Derogatoria única. No obstante ello, y por lo que se refiere a lo dispuesto en los artículos 3 y 4, especialmente destacable son las referencias dentro de los principios informadores de las autorizaciones ambientales integradas (artículo 4) a la sostenibilidad y al uso eficiente de los recursos naturales, con atención al uso de las fuentes de energía.

aprobación de la LCSP. Pero mucho más significativa se nos antoja la siguiente reflexión: ¿acaso hay un contrato cuyo objeto no afecte o pueda afectar, de manera directa o indirecta, al medio ambiente? Nos tememos que la respuesta es obvia: no, no lo hay.

Sin querer trascender demasiado con este planteamiento, podemos cuestionarnos en qué medida el medio ambiente se ve afectado por cada una de las actividades que desarrolla el ser humano (por supuesto, también con la compra pública), pero de lo que no cabe duda, es que el medio ambiente «sufre» las consecuencias positivas o negativas de todos, en el marco del desarrollo de actividades empresariales o particulares, públicas o privadas (43). Y, así las cosas, y aunque sea un anticipo de una reflexión final, si la protección ambiental es una política pública de mercado interior principal y de aplicación transversal a todas las materias, los criterios de protección ambiental habrán de estar presentes en todos los pliegos de cláusulas técnicas, para todas las tipologías de contratos. Eso sí, con mayor o menor intensidad, en función del concreto objeto contractual de que se trate.

En este punto, y aunque vaya a ser tratado de manera específica dentro de esta monografía por GUILLÉN NAVARRO, resulta imprescindible realizar, al menos, una mención a la evolución habida en cuanto la configuración de las etiquetas (ecológicas o no) en la nueva LCSP, que viene a complementar, e incluso mejorar, la previsión contenida al respecto en las nuevas Directivas Comunitarias, que a su vez superaron las previsiones contenidas en las Directivas 2004, habilitándose su uso, no solo mediante inclusión dentro de las prescripciones técnicas, sino también mediante su exigibilidad dentro de los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución a las que luego nos dedicaremos (44).

Los órganos de contratación van a poder precisar la disponibilidad y tenencia de etiquetas concretas, pero sin poder negar la acreditación del

(43) En este sentido, destacar como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972, y de que resultó la conocida como Declaración de Estocolmo, definió el medio ambiente como «el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas».

(44) En este sentido, *vid.* artículo 43 Directiva 2014/24/CE. Igualmente, *vid.* artículo 127 LCSP donde se recogen los tres momentos en los que el órgano de contratación pueda exigir una etiqueta específica como medio de prueba de cumplimiento de las condiciones exigidas para aquellas obras, servicios o suministros con características específicas. Igualmente, para comprobar la evolución habida en la materia desde la Directiva 2004/18/CE, puede consultarse PERNAS GARCÍA (2011: pp. 95-105), y sus consideraciones acerca de los sistemas públicos y privados de ecoetiquetado como referencia para la determinación de las prescripciones técnicas.

cumplimiento de los requisitos fijados mediante la presentación de etiquetas equivalentes (artículo 127.3) o incluso a través de otros medios, tales como informes de pruebas o certificaciones (artículo 128), y sin que ello, en modo alguno, rebaje la obligación de incorporar con el máximo grado de detalle cuales son los requisitos y características que se pretenden satisfacer mediante el uso de la etiqueta de que se trate (45).

2. La elección de consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación

Por lo que se refiere a la nueva LCSP, la regulación de las consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación, la encontramos en el artículo 145.2, donde se prevé que el órgano de contratación «pueda» incluir aspectos medioambientales, vinculados al objeto del contrato (46), como los

(45) En cualquier caso, resulta de gran utilidad acudir al Manual sobre Contratación Pública Ecológica de la Unión Europea (puede consultarse en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), donde se refieren la multiplicidad de etiquetas ecológicas existentes en la actualidad, genéricas o sectoriales, destacando entre las primeras la Etiqueta Ecológica de la Unión Europea (<http://ec.europa.eu/environment/ecolabel>), la etiqueta noruega denominada Cisne Nórdico (<http://www.svanen.se/en>) o la etiqueta alemana denominada Ángel Azul (<http://www.blauer-engel.de/en>). Igualmente, *vid.* BRUNETE DE LA LLAVE (2010: p. 51) respecto de las posibilidades de uso de las etiquetas ecológicas.

(46) Respecto de la vinculación del objeto del contrato de cláusulas ambientales, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, en la cual, con ocasión de la inclusión de consideraciones ambientales en el procedimiento de contratación sobre la adjudicación del contrato relativo a la gestión de una línea de la red de autobuses urbanos, manifiesta que: «puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación», manifestando igualmente 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». Igualmente, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, Wienstrom, C-448/01, donde el Tribunal manifiesta que «no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue», si bien continúa diciendo que la

relacionados con la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato y/o al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Aunque puede no ser una cuestión menor, creo que no es especialmente afortunada la redacción cambiante respecto de la inclusión de cláusulas ambientales en las distintas fases de la licitación como una suerte de, a veces, derecho o potestad, a veces, obligación, para los órganos de contratación (47), cuando en nuestra opinión, su incorporación ha de ser preceptiva, siendo discrecional, en todo caso, la elección de la concreta cláusula en función de su efectiva relación con el objeto contractual, de modo y manera que con ello se satisfagan, en la mayor medida posible, los objetivos propios, directos e indirectos, de la compra pública (48).

En todo caso, pudiera parecer que los criterios medioambientales, en su condición de potenciales criterios de adjudicación, únicamente podrían desempeñar tal papel por la vía de su consideración como criterios cualitativos que coadyuvan a la fijación de la mejor relación calidad-precio, si bien, en realidad, eso no es así. En el supuesto de que fuera el cálculo del coste de ciclo de vida útil el criterio determinante de la adjudicación, y dada la conformación del mismo como criterio cuantitativo (económico) de carácter

normativa de contratación pública si se opone a este criterio cuando «no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, y exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación». La incorporación de dicha cláusula fue declarada contraria a Derecho.

(47) Así, por ejemplo, en el artículo 28.2 LCSP se dice que se valorará la incorporación de consideraciones medioambientales como aspectos positivos de la contratación pública, cuando en el artículo 1.3 LCSP, en consonancia con la redacción del propio Preámbulo, se dice que se incorporarán de manera transversal «y preceptiva», lo cual, no parece dejar mucho margen a los órganos de contratación para su no inclusión.

(48) En este sentido, *vid.* SANZ RUBIALES (2018: p. 56), que califica la redacción del artículo 1.3 LCSP de «nefasta» y «peculiar», y con ello, la posibilidad de aclarar si, del tenor literal de la norma, en ese punto, y del propio preámbulo de la LCSP, se puede concluir con absoluta certeza que se trata de una obligación incondicionada o no. Por su parte, GIMENO FELLÚ (2017b: p. 4), considera que «El artículo 1.3 LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las pymes».

preferente (49), no son sino criterios de impacto directa o indirectamente de índole medioambiental, los que permiten evaluar tal coste (50).

En una y otra circunstancia, de lo que no cabe duda alguna es que la correcta evaluación y valoración de los criterios ambientales, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa, habrá de ser susceptible de una adecuada ponderación en fase de ejecución, debiendo adoptar el órgano de contratación cuantas medidas sean oportunas a los efectos de poder ponderar debidamente dichas cuestiones (51).

La dimensión ambiental en este punto, cobra de nuevo importancia, en tanto que se configura el incumplimiento de obligaciones medioambientales como determinante del rechazo de ofertas y expulsión del procedimiento de licitación por anormalidad (artículo 149.3 LCSP), cuando dicha oferta se vea viciada por incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental (social, laboral o de subcontratación).

3. La introducción de cláusulas ambientales como condiciones de ejecución del contrato

Por lo que se refiere a las consideraciones medioambientales como condiciones de ejecución del contrato, la regulación aparece contenida en los artículos 201 y 202 LCSP, siendo relevante, aunque no una novedad, la configuración de las mismas como posibles condiciones «especiales» de ejecución.

Así, por un lado, se impone la obligación para los órganos de contratación de la adopción de medidas que garanticen que, en ejecución del contrato, los contratistas cumplen con sus obligaciones medioambientales, configurándose su incumplimiento como causa para determinar la imposición de penalidades al amparo del artículo 192 LCSP, lo cual, sin duda, obliga al órgano de

(49) El propio artículo 148.4 LCSP prevé que el cálculo de los costes previstos en el artículo 145.1 y 2 se realice, preferentemente, por referencia al coste del ciclo de vida, tal y como aparece definido en el primero de ellos. Para un análisis de la cuestión relativa al cálculo del coste de ciclo de vida útil como criterio de adjudicación, *vid.* el estudio de la cuestión de SOLA TEYSSIERE (2017) a la luz de las Directivas 2014.

(50) Las referencias en el artículo 148 LCSP son directas a los costes de consumo de energía, costes de recogida y reciclado, por ejemplo, así como con carácter general a externalidades ambientales, como, por ejemplo, costes de emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes.

(51) En este sentido, el artículo 157 LCSP, en fase de examen de las proposiciones, prevé la posibilidad de que se soliciten informes técnicos para valorar criterios distintos al precio, especialmente para verificar que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas del pliego, admitiendo la posibilidad de recabar opinión e informe de organizaciones medioambientales para verificar el cumplimiento o no de las consideraciones relativas a esa materia.

contratación, y ahora me detendré en ello, a desempeñar sus facultades de vigilancia e inspección con sumo cuidado, como función que le es propia (52).

Y, por otro lado, la potestad, que en todo caso mantienen viva los órganos de contratación, de poder comprobar durante la sustanciación de todo el procedimiento de licitación, el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, lo cual, por otro lado, es obvio, dado que ya hemos visto como las mismas son, a su vez, criterio de solvencia técnica y posible causa de determinación de anormalidad en la oferta.

En este punto, en nuestra opinión, puede ser especialmente relevante la figura del responsable del contrato, como vigilante y garante del cumplimiento de los contratos, y su papel en cuanto a la identificación de incumplimientos en sede de ejecución de contratos, cuando dichos incumplimientos están asociados a cláusulas medioambientales esenciales o especiales (53).

Con carácter complementario a lo anterior, el artículo 202 LCSP impone la necesidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con carácter preceptivo, al menos una de las condiciones especiales de ejecución relacionadas con la innovación, el medio ambiente o de carácter social-laboral, siendo en todo caso criticable que el legislador haya metido en un «saco común» condiciones de uno y otro ámbito, permitiendo con ello que los órganos de contratación «cumplan», tanto si promueven la entrega de productos a granel como si eliminan las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, y como si unas y otras tuvieran algo que ver.

Sin ánimo de querer extenderme demasiado en esta cuestión, parece como si solo hubiera podido disponerse de un artículo para regular las condiciones especiales de ejecución, y en un *tótum revolútum* se hubiera querido zanjar el asunto.

Y abunda en esta consideración, el hecho de que el mismo precepto permita que el incumplimiento de las meritadas condiciones puedan ser: a) una causa para la imposición de penalidades (artículo 192.1), b) una causa de resolución por incumplimiento de obligación esencial del contrato (artículo 211 f), c) una causa de prohibición de contratar (artículo 72.2 c) o d) un incumplimiento sin consecuencias, si no se ha previsto nada en sentido contrario conforme a las letras anteriores.

(52) Recordemos que el artículo 190 LCSP, con carácter complementario a las prerrogativas administrativas que le son propias a los órganos de contratación, les reconoce la facultad de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas en ejecución del contrato.

(53) El responsable del contrato, figura que ya existía en la regulación anterior, y recogida hoy en el artículo 62 LCSP, adopta en nuestra opinión un rol mucho más relevante, debiendo de estar presente en todos y cada uno de los contratos públicos, con la finalidad de «supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada».

En mi opinión, y al margen de las apreciaciones, pormenorizadamente analizadas, que vierte al respecto DE GUERRERO MANSO en esta misma monografía, la tibieza en la redacción del precepto choca radicalmente con lo que debiera haber sido la firmeza en la configuración de un sistema que castiga de manera oportuna aquello que vulnera una regla esencial de la nueva contratación pública, que no es sino el respeto al medio ambiente (54).

4. La prohibición de contratar como instrumento de prevención ambiental

Por último, mención aparte requiere el análisis de las cuestiones, y el cumplimiento efectivo de la protección ambiental a través de la contratación pública, desde la perspectiva de las prohibiciones de contratar, contenidas en el artículo 71.1, a) y b) LCSP, por referencia a la comisión de dos tipos de ilícitos, penales o administrativos.

El ilícito penal vinculado a la protección del medio ambiente, se regula de manera específica y directa en los artículos 325 a 331 del Código Penal. El ilícito administrativo, como no podría ser de otra manera, y de una forma mucho más amplia, por remisión a los tipos infractores definidos en la normativa vigente sobre la materia, con un único matiz: prohibición de contratar por haber sido sancionado por la comisión de una infracción de carácter muy grave.

Y esta restricción en cuanto a la categoría del tipo infractor, que permite además ser definido tanto por legislación ambiental estatal como autonómica dado el reparto competencial previsto en nuestra Carta Magna, adivina un marco de lo más variopinto respecto de la multitud de supuestos que, en función de la rectitud o laxitud del legislador, habilitarán a los licitadores para escapar del castigo «adicional» relativo a de la imposibilidad de contratar con el sector público.

Esta circunstancia, unida al hecho de que otros ilícitos administrativos son «sancionados» por esta vía con ser, meramente, calificados como infracciones graves o incluso por un tipo menor (55), supone, en mi opinión, una rebaja

(54) En este sentido, la propia LCSP, en su artículo 334, configura la Estrategia Nacional de Contratación Pública como instrumento jurídico vinculante que, entre otras, diseñará medidas que permita cumplir objetivos de utilización de la contratación pública para apoyar las políticas ambientales, cumpliendo con ello, el mandato que sobre esta cuestión dicta la Unión Europea. Habrá que esperar a ver si hay una decidida apuesta por los criterios medioambientales, o únicamente se queda en una declaración de buenas intenciones sin un recorrido bien definido.

(55) En este sentido, el artículo 71.1 b) LCSP señala como causa de prohibición de contratar, entre otras, la sanción por infracción grave en materia de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades, de no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con

que desmerece en cierto modo el aura proteccionista que, al menos en cuanto a sus ideales, rodea y defiende la LCSP respecto del medio ambiente.

De forma directamente relacionada con las prohibiciones de contratar analizadas, se establece un último sistema con el que se pretende reforzar la protección ambiental en el actual sistema de contratación pública y que puede identificarse con el tan de moda sistema de autocumplimiento normativo, comúnmente conocido como *compliance*. Así, en determinados supuestos, se permite rehabilitar a una empresa que pudiera estar incurso en una prohibición de contratar si esta acredita la implantación de un programa efectivo de *compliance* (56).

Las Directivas 2014, partiendo de los principios fundamentales de la Unión Europea, entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad, que explica y justifica la adopción de estas medidas de autorregulación, ratificaron que la prohibición de contratar no tiene un carácter punitivo, sino, antes, preventivo, en evitación de adjudicaciones a quienes no merecen relacionarse con el sector público y beneficiarse, para sus fines, del dinero público (57). Dicho en términos europeos, el sector público solo debería contratar con lo que se ha venido a denominar *Good Corporate Citizens* (58).

En esa misma línea, la LCSP establece un marco de redención para los contratistas que, estando incursos en una prohibición de contratar, hayan adoptado programas de *compliance*, colaboren con las autoridades o paguen las indemnizaciones correspondientes por cualquier daño causado, purgándose con ello de los impedimentos que limiten su participación en licitaciones públicas.

Como ya se ha expresado, las prohibiciones de contratar se regulan en los artículos 71 a 73 LCSP y se definen como aquellas circunstancias objetivas

su normativa. Y el artículo 71.1 f) LCSP contempla la posibilidad de que una sanción administrativa en materia de subvenciones o en materia tributaria, lleve aparejada la prohibición de contratar, sin concretar la categoría del tipo infractor.

(56) Así se prevé en el apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/CE, que establece lo siguiente: «Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación».

(57) Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017: p. 295), que en este sentido, señala que: «Estas medidas de autosaneamiento parten, como hemos indicado, de una cultura preventiva en la lucha contra la corrupción que potencie el cumplimiento superando una visión única y excluyente de tipo punitivo, vigente hasta ahora en muchas latitudes. Esta cultura empresarial, y también administrativa, a favor del cumplimiento de las obligaciones contribuye de forma decisiva a evitar distorsiones de la competencia en los procedimientos de adjudicación».

(58) En este sentido, respecto del uso del término, y de la necesidad de asegurar el cumplimiento por parte de los agentes privados que participan en los procesos de contratación pública, vid. McCrudden (2006).

que impiden contratar con la Administración (59). En concreto, en el artículo 72.5 LCSP, se establece que no procederá declarar la prohibición de contratar cuando, en el trámite de audiencia, se 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 hubieran sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución o, en su caso, se acredite la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, es decir, se acredite la implantación de un sistema de *compliance* (60).

Atendiendo a la utilización del adjetivo «apropiadas», debemos concluir que el licitador no solo tendrá que demostrar que ha implantado un programa de *compliance*, sino que el mismo es fiable, entendiendo por tal que cumple con los requisitos previstos legalmente, debiendo ser apreciada dicha idoneidad por el propio órgano de contratación.

Sin duda, la implantación de un modelo organizativo que permita evitar la comisión de delitos e infracciones —ambientales o no—, redundará en dotar, al menos, de una mayor apariencia de idoneidad y capacidad para todos aquellos operadores jurídicos que dispongan de él, y ello sin perjuicio de que dichos modelos puedan ser, a su vez, considerados como criterios de adjudicación, o incluso exigidos como condiciones de ejecución de los contratos.

IV. CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo expuesto, concluir que, sin duda, la LCSP supone un paso más en el proceso de transformación que implica la inclusión de

(59) Vid. LÓPEZ DONAIRE (2018: p. 51) y su interpretación respecto a qué se refiere el legislador con la expresión «la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas». En su opinión, «resulta loable el camino emprendido por la Directiva europea, seguido por el legislador español hacia un modelo de *compliance* en el ámbito de la contratación pública similar al *compliance* penal, para exonerar a los operadores de las prohibiciones de contratar. Este nuevo modelo responde a la intención del legislador de establecer medidas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción. De este modo, se avanza en la senda de la autorregulación regulada».

(60) En relación con la regulación europea, debemos destacar que la legislación nacional se refiere a cualquier programa de *compliance* capaz de evitar la comisión de infracciones administrativas, mientras que la legislación europea hace una mención expresa a las conductas delictivas. Así, podemos concluir que la legislación española ha previsto la implantación de programas de cumplimiento de una manera más amplia, mientras que la legislación europea limita el ámbito de aplicación de la exención a la instauración de los conocidos como programas de *compliance* penal, es decir, aquellos programas de cumplimiento especialmente orientados a la prevención de hechos delictivos.

criterios de innovación, medioambientales y socio-laborales en la contratación pública, si bien, como toda mutación, no sólo jurídica sino también cultural, habremos de emplazarnos a un momento posterior para poder analizar y comprobar el éxito o el fracaso del mismo.

Y para ello, en nuestra opinión, son muchas las adaptaciones que han de sufrir los órganos de nuestro sector público, empezando sin duda por la inversión en potenciar la profesionalización de los gestores públicos para una correcta implementación de las políticas de protección ambiental en la contratación pública, y no solo a este fin, sino para comprar mejor, gastando el dinero público de la manera más eficiente posible.

Diseñar políticas que, desde la contratación pública, permitan alcanzar el efectivo cumplimiento de la función pública de protección ambiental es un desafío, intentado y perseguido desde hace décadas, pero todavía no conseguido, que además entraña suma dificultad (61). No se trata únicamente de haber perfilado un marco normativo donde la protección medioambiental tenga cabida, y donde los criterios ambientales tengan un peso específico. Es imprescindible que los objetivos superiores a los que aspira la norma, recogidos en criterios de solvencia, criterios de adjudicación y/o condiciones de ejecución, tengan su reflejo en una materialización real en la correcta y debida concreción de la ejecución de los contratos (62).

De nada sirve ser voluntarista, y menos en una cuestión, la de la protección ambiental, en la que nos jugamos todos tanto. No valen meras declaraciones, ni recomendaciones, ni cláusulas vacías en pliegos contractuales. Si el fin último perseguido no se logra, la función pública no habrá sido bien ejercida.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, M^o Consuelo (2015): «La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE», en *La Ley Unión Europea*, núm. 26, 19 pp.

(61) Compartimos opinión con ALONSO GARCÍA (2015: p. 2) cuando manifiesta que: «Aunque no exenta de dificultades, las ventajas de la utilización de esta técnica son evidentes: contribuye a la mejora del medio ambiente, ya que implica un plus de protección sobre el cumplimiento de la legislación en la materia, permite integrar la dimensión ambiental en todas las políticas sectoriales, promueve la implantación por parte de los empresarios de sistemas e instrumentos ambientales —como pueden ser las etiquetas ecológicas o los certificados de gestión ambiental—, y mejora la eficiencia de la utilización de materias primas y la energía..., todo ello sin coste alguno para las Administraciones públicas adjudicatarias de los contratos».

(62) En este sentido, *vid.* GALLEGO CÓRDOLES (2017: p. 112), para quien «el éxito de todas estas medidas no dependerá exclusivamente de la calidad de la norma, sino fundamentalmente del éxito en su ejecución».

- BAENA PINEDO, Pedro (2012): «La persistencia del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 18, pp. 403-423.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2008): «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», Monografías de esta REVISTA, núm. X, pp. 211-252.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2015): «Los programas de compliance en el «nuevo» Derecho de Los Contratos Públicos», en *Observatorio de Contratación Pública*.
- BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa (2010): *Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública (Guía Práctica)*, 1ª ed., Federación de Municipios y Provincias de Castilla La Mancha, 95 pp.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2008): «El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, pp. 41-72.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017): «La integración de cláusula sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *D.A Nueva Época*, núm 4, pp. 92-113.
- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública: consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 30, 51 pp.
- GIMENO FELIÚ, José María (2017a): «Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.182, pp. 181-221
- GIMENO FELIÚ, José María (2017b): «Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica», en *Aranzadi digital*, núm.1, 15 pp.
- LÓPEZ DONAIRE, María Belén (2018): «Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, pp. 48-53.
- MEILÁN GIL, José Luis (2015): «Un meeting point de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 181-221
- McCRUDDEN, Christopher (2006): «Corporate Social Responsibility and Public Procurement», en *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper 9/2006.

- MIRANZO DÍAZ, Javier (2017): «Hacia una Administración pública sostenible: Novedades en la legislación europea de contratación pública», en *Actualidad jurídica ambiental* núm. 64, pp. 3-43.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2015): «La nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español», en *Gabilex*, núm. extraordinario, pp. 103-132.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2018): *Una nueva contratación pública, social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, 1ª ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 84 pp.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2011): *Contratación pública verde*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 316 pp.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2017): «Compliance y self-cleaning en la Contratación pública europea», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 277-299.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2018): «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del estado meramente "comprador" al Estado "ordenador"» en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 49-80.
- SOLA TEYSSIERE, Javier (2017): «El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 151, pp. 6-13.