

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE BAJO LA LENTE DEL CONCEPTO PARAGUAS

Por

LETICIA FUERTES GINÉ
Abogada. Doctoranda de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

fuertesgine@gmail.com

Revista General de Derecho Administrativo 58 (2021)

RESUMEN: La sostenibilidad y el desarrollo sostenible constituyen dos metas universalmente aceptadas y reconocidas en prácticamente todos los campos del saber. De este modo, todos ellos se han sometido progresivamente a modificaciones y adaptaciones para incluir propósitos y características sostenibles. Más concretamente, el objetivo de las siguientes páginas es profundizar y desglosar la sostenibilidad desde el prisma del llamado concepto paraguas, perteneciente a la ciencia organizativa y desarrollado por Hirsch y Levin. Posteriormente, se elaborará un análisis de la correlación entre la sostenibilidad y la contratación pública sostenible, desde la aproximación inicial de estos dos conceptos hasta su combinación y el alcance de su unión, así como las distintas categorías en las que se puede dividir. Por último, se llevará a cabo un examen dual de la legislación aplicable, estudiándose el impacto de la contratación pública sostenible en la legislación aplicable en esta materia a nivel europeo y nacional. Se resaltarán, por un lado, ciertos aspectos de la relación bilateral entre el influjo de la sostenibilidad en determinados casos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y algunos artículos de la legislación que han sido particularmente configurados en torno a dicha jurisprudencia. Y, por otro lado, se examinará la transposición de la normativa europea al ordenamiento jurídico español, y el rol que la contratación sostenible ha adoptado en este.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, sostenibilidad, concepto paraguas, Derecho pretoriano.

SUMARIO: I. BREVE PRESENTACIÓN DEL CONCEPTO PARAGUAS. 1. ¿Es única la concepción paraguas de la sostenibilidad? II. LA FILOSOFÍA DETRÁS DE LA CORRIENTE INCLUSIVA DE LA SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA. III. DISECCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE. 1. La contratación pública ecológica y la ruta a la circularidad. 2. Aspectos sociales en la contratación pública. IV. LAS HUELLAS DEL DERECHO PRETORIANO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Fotograma de la sostenibilidad en las Directivas 2004/18/CE y 2014/24/UE. V. CUALIDADES DIFERENCIADORAS DE LA LCSP FRENTE A LA DIRECTIVA. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA. 1. Fuentes bibliográficas. 2. Legislación, jurisprudencia y documentos oficiales. 3. Webgrafía

SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT THROUGH THE LENS OF THE UMBRELLA CONCEPT

ABSTRACT: Sustainability and sustainable development are two universally accepted and recognized goals to be achieved in virtually all fields of knowledge. Thus, they have been progressively modified and adapted to include purposes and characteristics related to sustainability. Particularly, the aim of the following pages is to deepen and break down sustainability from the prism of the so-called umbrella concept, which pertains to organizational science and was developed by Hirsch and Levin. Subsequently, the correlation between sustainability and sustainable public procurement will be analysed, starting with the initial approximation of these two concepts, and their combination and the extent to which they can be merged, following with the different categories into which they can be divided. Finally, a dual review of the applicable legislation will be carried out, studying the impact of sustainable public procurement on the applicable European and national legislation. Several aspects will be highlighted: on one hand, certain points of the bilateral relationship between the influence of sustainability in some jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, and few articles of the legislation that have been particularly shaped around such jurisprudence. And, on the other hand, the transposition of the European Directives to the Spanish legal system, including the role of sustainable procurement in this procedure, will be examined.

KEYWORDS: Public procurement, sustainability, umbrella concept, case law.

I. BREVE PRESENTACIÓN DEL CONCEPTO PARAGUAS

HIRSCH y LEVIN definen el “concepto paraguas” (*“umbrella concept”*) desde la perspectiva de la ciencia organizativa como un: “*amplio concepto o idea utilizada vagamente para abarcar y explicar un conjunto de fenómenos diversos*”¹. Siguiendo la propia denominación de este término, la función de dicho paraguas metafórico es englobar una serie de nociones ya existentes, pero que no habían sido relacionadas previamente bajo una misma categoría, o no se había atendido a las cualidades particulares que comparten estas ideas².

Otra característica del concepto paraguas es su potencial uso como herramienta catalizadora de un cierto campo de conocimiento. Como la agrupación de esas ideas preexistentes suele resultar novedosa, es común que existan lagunas o insuficiente información acerca de esa reciente teoría. Por lo tanto, este paraguas puede potenciar la investigación y desarrollo de hipótesis y premisas, que eventualmente pueden convertirse en unidades cognitivas consolidadas³. En concreto, HIRSCH y LEVIN sugieren que los criterios recién surgidos realizan un recorrido específico hasta su afianzamiento: introducción, crecimiento, madurez y/o declive. En la fase de madurez, dicho criterio puede: (i) cohesionarse y asentarse al ser aceptado por la doctrina, (ii) colapsarse y ser

¹ HIRSCH, Paul M. y LEVIN, Daniel Z. (1999): “Umbrella advocates versus validity police: A lifecycle model”, *Organization Science; Linthicum*, Tomo 10, N.º 2, (Mar/Apr), pág. 2

² BLOSMAN, Fenna y BRENNAN, Geraldine (2017): “The Emergence of Circular Economy: A New Framing Around Prolonging Resource Productivity”, *Journal of Industrial Ecology*, Volumen 21, número 3, pág. 604.

³ *Ibid*, pág. 606.

subsecuentemente descartado o considerado inválido, o (iii) calificarse como controvertido por los expertos en la materia⁴.

En líneas muy generales, estos párrafos resumen los principios teóricos y fundamentos básicos del concepto paraguas. Asentados ahora los cimientos, es menester seguir explorando este conocimiento desde la perspectiva práctica, siendo la sostenibilidad la materia escogida para este propósito.

1. ¿Es única la concepción paraguas de la sostenibilidad?

Hoy en día, es prácticamente incuestionable el auge del empleo de la palabra “sostenible” en la mayoría de las ciencias técnicas, sociales y jurídicas. Uno de los ejemplos más ilustrativos es la afamada Agenda 2030 y sus diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (**ODS**), adoptados mediante una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (la **Resolución**). En ella, se afirma que muchos de los desafíos y problemas universales están vinculados entre sí, y propone abordarlos desde una perspectiva novedosa que permita aportar soluciones integrales⁵.

Así, la Resolución reconoce la interdependencia entre la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, la lucha contra la desigualdad dentro de los países, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el fomento de la inclusión social⁶, y acota un amplio conjunto de objetivos y metas universales y transformativas, de gran alcance y centrados en las personas⁷. Para realizar el ejercicio de identificación de los obstáculos mundiales, su correlación y posterior delimitación de los ODS a alcanzar, se parte del entendimiento del desarrollo sostenible como “*el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades*”⁸.

Este discurso encaja perfectamente dentro de la esfera del concepto paraguas. Típicamente, esta construcción suele surgir cuando no existe un consenso teórico acerca de la materia en cuestión⁹. En el caso concreto de los ODS, las Naciones Unidas han

⁴ HIRSCH, PAUL M. y LEVIN, DANIEL Z. (1999): “Umbrella advocates versus validity police: A lifecycle model”, *op. cit.*, pág. 8.

⁵ Naciones Unidas, Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015), Declaración 13.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, Declaración 2.

⁸ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>. Última visita el 25 de mayo de 2021.

⁹ HIRSCH, PAUL M. y LEVIN, DANIEL Z. (1999): “Umbrella advocates versus validity police: A lifecycle model”, *op. cit.*, pág. 9.

extraído de una vertiente concreta del desarrollo sostenible una serie de objetivos diversos que, a pesar de ser tratados con asiduidad en distintas cumbres y conferencias, no habían sido frecuentemente interrelacionados entre sí (e.g., la conservación de la vida submarina y la promoción de la paz, la justicia e instituciones sólidas). El sumatorio de los diecisiete propósitos consolidó un nuevo entendimiento de cada uno de los compromisos individuales, siendo asociados ahora a una globalidad y a un curso de acción específico dedicado a lograr su consecución. Además, el impulso ejercido desde los países¹⁰ y sus instituciones revela que esta concepción paraguas de los ODS se ubica en la fase de cohesión, aceptación e incidencia en la conciencia social, potenciando de este modo su efecto catalizador.

Similarmente al mecanismo de las muñecas rusas, la Resolución también hace referencia a las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental¹¹. Si bien la doctrina no ha logrado consensuar una definición del término “desarrollo sostenible” que sea globalmente aceptada en el marco del Derecho¹² – e incluso existen discusiones acerca de las diferencias y la matización de las expresiones “sostenible/sostenibilidad” *versus* “desarrollo sostenible”¹³ – la referida triple dimensión es generalmente reconocida en el ámbito legal¹⁴. Una de las más tempranas alusiones¹⁵ al trío económico, social y ambiental se puede encontrar en el Informe Brundtland¹⁶ del año

¹⁰ Estos objetivos no tienen un carácter vinculante, siendo cada país responsable de: (i) su adaptación a su marco nacional para conseguir su logro, y (ii) la creación de indicadores nacionales para la supervisión de su cumplimiento.

¹¹ Naciones Unidas, Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, *op. cit.*, Declaración 2.

¹² ANDREKA, Marta y PETERKOVÁ, Katerina (2017): “Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, Número 1, pág. 61.

¹³ *Vid.* PIERACCINI, Marguerita y NOVITZ, Tonia (2020): “Sustainability and Law: A Historical and Theoretical Overview” en *“Legal perspectives on sustainability”*, Bristol University Press, págs. 10 – 11. alguna doctrina sostiene que la “sostenibilidad” debería considerarse como una finalidad, y el desarrollo sostenible como el proceso para alcanzarla. No obstante, esta distinción puede presentar dificultades, como por ejemplo establecer quién o cómo se determina en qué consiste específicamente esta finalidad, y que la conceptualización de la finalidad se aborda desde una concepción del desarrollo con tintes lineales y occidentalizados.

¹⁴ ANDREKA, Marta y PETERKOVÁ, Katerina (2017): “Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?”, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁵ PIERACCINI, Marguerita y NOVITZ, Tonia (2020): “Sustainability and Law: A Historical and Theoretical Overview” en *“Legal perspectives on sustainability”*, *op. cit.*, pág.13.

¹⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Anexo: Nuestro futuro común”, A/42/427 (4 agosto 1987). Particularmente resulta reseñable la sección “De una tierra un mundo: recapitulación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” epígrafe 3 “El desarrollo duradero”. Preliminarmente, resulta llamativo que se escogiera esta traducción al castellano, en lugar del “desarrollo sostenible”. Asimismo, la definición y explicación del desarrollo sostenible es la misma que la empleada en la Agenda 2030,

1987, y desde entonces, la inclusión de estos tres pilares ha sido duplicada en múltiples documentos y estrategias legales de fundamental importancia (entre otros, el Tratado de la Unión Europea¹⁷, la Estrategia de Lisboa y la Estrategia Europa 2020¹⁸). Siguiendo el mismo razonamiento que el expuesto en el párrafo anterior, *mutatis mutandis*, este triángulo también puede ser entendido como otro paraguas de la sostenibilidad.

Es precisamente en la Estrategia Europa 2020 donde se designa a la contratación pública (y particularmente a la contratación pública verde) como herramienta para la consecución de variados propósitos, como mejorar el entorno empresarial y especialmente la innovación, optimizar la eficacia del empleo de los fondos públicos, hacer un uso pleno de las políticas de demanda, y reforzar un marco para la utilización de instrumentos basados en el mercado¹⁹. De esta atribución de competencias se hace eco un año después el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea²⁰, afirmando ya en sus párrafos iniciales que esta desempeña un papel clave para lograr objetivos principales: una economía con pocas emisiones de carbono, con usos más eficientes de los recursos, y con un alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial, entre otros. La concepción de la contratación pública como un instrumento válido para alcanzar objetivos no estrictamente económicos sigue estando plenamente aceptado en la actualidad, como demuestra la Resolución del Parlamento de 2018 sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública²¹.

Como su propio nombre sugiere, este Libro Verde se ubica dentro del trámite de la reforma de la legislación sobre contratación pública entonces vigente²², la cual se llevó a

de lo cual se infiere que la comprensión de la sostenibilidad entendida en su sentido más amplio se ha mantenido intacta desde entonces.

¹⁷ Artículo 3(3): “(...) [la Unión] **obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente (...)**”.

¹⁸ Comunicación de la Comisión, “*Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”, Bruselas, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 final.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ “*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 enero 2011 COM(2011) 15 final.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)).

²² *Vid.* GIMENO, J.M. (2013): “La compra pública estratégica” en PERNAS, J. J. (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters (Aranzadi), pág. 45 y ss. Con la publicación del Libro Verde, se puso en marcha un amplio trámite de consultas públicas sobre qué cambios legislativos consideraban adecuados introducir. Las consultas terminaron en abril de 2011, habiendo recabado 623 respuestas de gran variedad de partes interesadas. Consecuentemente, el Parlamento Europeo dictó en octubre de 2011 una Resolución sobre la modernización de la contratación pública, según la cual, a la vez que señalaba los puntos clave de las respuestas obtenidas, solicitaba a la Comisión que se centrara en dichas cuestiones durante el proceso legislativo. El 5 de abril de 2012 se publicó

cabo para modernizar profundamente el sistema de la Unión Europea, incrementar la eficiencia, permitir el crecimiento en el contexto de globalización económica, y contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020, entre muchos otros motivos²³. Este proceso culminó con la aprobación del actual paquete legislativo de las Directivas de “Cuarta Generación”²⁴, conformado por las Directivas: (i) 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, (ii) 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y (iii) 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. En España, las nuevas Directivas sobre contratación pública y concesiones fueron transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la **LCSP**). La aprobación de estos textos es equivalente a la formalización y codificación del paraguas de la contratación pública sostenible.

Tras contestar a la pregunta introductoria de esta sección en sentido negativo, es preciso resaltar que, aunque la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública (la **Directiva**) y la LCSP han contribuido en gran medida a visibilizar y consolidar el concepto paraguas de la contratación pública sostenible, no hay que obviar que la transición de la contratación pública hacia la sostenibilidad – y especialmente en relación con la ya referida terna económica, medioambiental y social – se ha llevado a cabo gradualmente²⁵.

en el Diario Oficial de la Unión Europea los proyectos de nuevas Directivas, iniciándose así su tramitación, que finalizó después del debate parlamentario y con su publicación definitiva el 26 de febrero de 2014. Vid. GIMENO, 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 (Dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters (Aranzadi), pp. 55.

²³ *Ibid.*

²⁴ Vid. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia (Coord.) (2016): “Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición”, Marcial Pons, pp. 277.

²⁵ Para ilustrar mejor hasta cuándo se remonta este proceso en el ámbito estrictamente legislativo, se pueden mencionar las Comunicaciones interpretativas de la Comisión del año 2001 sobre: (i) “*la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*”, y (ii) “*la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*” (COM (2001) 15 de octubre de 2001, 566 final y COM (2001) 4 de julio de 2001, 74 final respectivamente), que tuvieron una gran incidencia en la Directiva de 2004, la cual es breve objeto de análisis en la sección quinta del presente borrador (Vid. BERNAL, M. A. (2014): “The strategic use of public procurement in support of innovation”, *European procurement and public private partnership Law review*, volumen 9, número 1, pág. 3). A nivel únicamente nacional, España aprobó en 2008 la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la seguridad Social. También la ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público recogía consideraciones sostenibles, siendo posteriormente ampliadas por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *Verbi gratia*, esta Ley exigía que cuando el objeto del contrato afectase o pudiera afectar al medioambiente, se definiera necesariamente aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental. (Vid. GONÇALVES, A. R. (2018): “La inclusión de

II. LA FILOSOFÍA DETRÁS DE LA CORRIENTE INCLUSIVA DE LA SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA

La integración de la sostenibilidad en la contratación pública está estrechamente ligada a la transformación de esta herramienta, inicialmente considerada como un instrumento meramente destinado al abastecimiento de bienes y servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado²⁶.

El Derecho Administrativo siempre ha estado bajo la influencia de la realidad social de cada época, habiendo evolucionado desde el llamado Estado policía, en el cual las Administraciones apenas intervenían en la sociedad, hasta el actual Estado garante, en el que las Administraciones prestan servicios públicos y otras actividades, en colaboración y coordinación con algunos operadores privados²⁷.

En esta misma línea, la contratación pública también superó su etapa tradicional, en la que su propósito único era el aprovisionamiento, agregando a esta fórmula clásica el compromiso social. Dicha adición conformó la actividad contractual realizada por las Administraciones Públicas en la actualidad: ofrecer a los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad posible, actuando al servicio objetivo del interés general. Solamente cuando se encauza de este modo la contratación pública se puede justificar la posición jurídica especial que posee la Administración en este contexto, y que le permite llevar a cabo una serie de políticas públicas de intervención en la vida económica, social y política del país con el objetivo de orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes, a través de la contratación²⁸. Dicha facultad de intervención no solo está recogida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que también es impulsada y fomentada desde la Unión Europea. El ya mencionado Libro Verde establece en su epígrafe dedicado a la utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos, que: “(...) *Las autoridades públicas pueden hacer una contribución importante a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020 utilizando su*

criterios ambientales durante la fase de preparación de los contratos públicos. Regulación en los ordenamientos jurídicos portugués y español” en GALÁN, Roberto (Dir.) *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 96 – 97.

²⁶ GIMENO, 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”, *op. cit.*, pág. 55.

²⁷ ESTEVE PARDO, José (2013): “Lecciones de Derecho Administrativo”, Marcial Pons, págs. 45 y ss.

²⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2013): “La contratación del sector público como política pública” en PERNAS J. J. (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters (Aranzadi), págs. 31 y ss.

poder adquisitivo para comprar bienes y servicios con un alto valor “social”²⁹. Esta afirmación es reiterada en la Resolución del Parlamento Europeo de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública, indicando: “(...) la legislación de la Unión en vigor permite, más que nunca, utilizar la contratación pública como un instrumento estratégico para promover los objetivos de las diferentes políticas de la Unión (...)”³⁰

Estos son los fundamentos del concepto paraguas de la contratación pública estratégica. La inclusión de políticas públicas de intervención en apoyo de objetivos sociales comunes – frecuentemente denominadas como políticas horizontales – junto con el uso del poder adquisitivo de las Administraciones – consigue que el efecto catalizador de la construcción paraguas se amplifique: el ejemplo que otorgan las autoridades siguiendo esta práctica, promueve la aceptación por parte de la sociedad y el tejido empresarial³¹. Además, quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras³², resultando asequible la supervisión de la ejecución de dichos requisitos al provenir de la relación establecida entre adjudicador y adjudicatario³³. En última instancia, la demanda significativa por las autoridades de bienes y servicios orientados a la consecución de objetivos sociales comunes puede influir en las tendencias generales de consumo y producción³⁴. En la práctica, el concepto paraguas de la contratación pública estratégica está plenamente aceptado por la doctrina, puesto en uso por la Administración y recogido en los considerandos de la Directiva y la exposición de motivos de la LCSP.

La contratación pública estratégica presenta varias similitudes con el concepto de contratación pública sostenible, dado que la raíz de ambas es el uso de la contratación

²⁹ “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 enero 2011 COM(2011) 15 final, p. 36.

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)), considerando 7.

³¹ ARROWSMITH, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, *Journal of Public Procurement*, volumen 10, número 2, pág.159.

³² GIMENO, 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”, *op. cit.*, pág. 55.

³³ *Vid.* ARROWSMITH, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, *op. cit.*, pág. 159. De acuerdo con ARROWSMITH, el uso de la contratación pública dirigido a la consecución de políticas horizontales en algunos campos resulta una herramienta más efectiva que otro tipo de alternativas, como por ejemplo la imposición de sanciones, ya que mientras que este último mecanismo suele implicar un amplio procedimiento y lidiar con la carga de la prueba, el cumplimiento del contrato es comparativamente más sencillo.

³⁴ “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 enero 2011 COM(2011), 15 final p. 36.

como instrumento para proveer a la sociedad de bienes y servicios de valor social y dirigidos a contribuir al interés general. No obstante, mientras que el alcance del paraguas de la contratación sostenible está acotado dentro del triángulo medioambiental, social y económico, el paraguas estratégico puede destinarse a la consecución de cualquier fin acorde con su origen, por ejemplo, el fomento de la innovación en la contratación pública.

III. DISECCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE

Al igual que no hay una definición de la sostenibilidad o del desarrollo sostenible universalmente aceptada en el marco del Derecho, existen variadas definiciones de la contratación pública sostenible (también denominada en ocasiones como contratación pública responsable). Si bien todas comparten los ya referidos tres pilares como característica común, existen ligeras diferencias entre el alcance y nivel de detalle provisto por cada una de ellas.

La Comisión Europea ofrece una de las definiciones más sencillas, haciendo referencia al equilibrio entre el trío económico, social y medioambiental en todas las fases de adquisición de un bien o servicio³⁵. En cambio, DE GUERRERO construye una definición bastante más detallada, mediante el desglose individual de estos tres objetivos y la enumeración de manera ejemplificativa de posibles contenidos de cada uno de ellos³⁶, e incluye también aspectos éticos. En una línea similar, MEDINA también desarrolla por separado los conceptos que considera que integran la contratación pública sostenible³⁷. MEDINA alude expresamente al impulso de los objetivos beneficiosos para toda la sociedad a través de la contratación pública estratégica, sin atender exclusivamente a factores económicos, para finalmente señalar como integrantes de la contratación pública sostenible a la “compra verde o ecológica”, la “compra social”, y “compra pública ética”. Aunque ya es posible identificar los pequeños matices en los que todas estas definiciones difieren entre sí, las interpretaciones de DE GUERRERO y MEDINA se ramifican a su vez en

³⁵ https://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm. Última visita el 31 de agosto de 2020.

³⁶ Vid. DE GUERRERO, M^o 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 GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, pág. 145. En concreto, DE GUERRERO destaca: (i) el mantenimiento de las condiciones físico-químicas que hacen posible la vida, la limitación de la contaminación o la utilización de fuentes de energía renovables en relación con el medio ambiente, (ii) la promoción de la igualdad de colectivos desfavorecidos, la lucha contra el desempleo o la pobreza, o el establecimiento de condiciones laborales adecuadas en relación con los objetivos sociales, y (iii) alcanzar mayores niveles de calidad de vida con un uso menos intensivo en recursos o el ahorro que puede suponer la consideración del coste de ciclo de vida del producto como criterio de adjudicación del contrato acerca de los factores económicos.

³⁷ MEDINA, Teresa (2013): “Comercio justo y contratación pública”, en PERNAS, J. J. (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters (Aranzadi), pág. 254.

el ámbito ético: mientras que DE GUERRERO hace referencia a la lucha contra la corrupción o la promoción de la transparencia y la integridad, claves para la eficacia y la eficiencia de la contratación pública, MEDINA apunta al cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, derechos de los trabajadores, lucha contra el trabajo infantil, y también, el fomento de los principios del comercio justo.

Desde la perspectiva paraguas, a pesar de que es innegable que el concepto está cohesionado y asentado en la doctrina y práctica jurídica, podría ser argumentable que no está exento de cierto “debate” en cuanto a su alcance definitivo. Esto se debe a que, dado que la contratación pública sostenible está al servicio de la satisfacción del concepto jurídico indeterminado del bien común o el interés general en los campos económicos, medio ambientales, sociales y éticos, las características concretas y particularidades de este tipo de contratación se encuentran en una lenta pero constante evolución, a medida que el bien común se materializa o cambia en función de las distintas necesidades de la sociedad.

Contra lo que caben muy pocos argumentos es el profundo arraigo que tienen las bases de la contratación pública sostenible en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución Española se refiere a estos aspectos en su artículo 40 respecto al ámbito social, y el artículo 45 sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Y, por otro lado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge en su artículo 9 la *consideración* de las exigencias sociales, y en su artículo 11 el *deber* de integración de las consideraciones medioambientales y el fomento del desarrollo sostenible, teniéndose en cuenta ambos aspectos en la definición y en la ejecución de las políticas y acciones de la Unión. Dado que estas dos vertientes de la contratación pública sostenible (medioambiental y social) suelen ser las más conocidas, resulta conveniente explicar brevemente a continuación sus principales características.

1. La contratación pública ecológica y la ruta a la circularidad

La Comunicación de la Comisión “Contratación pública para un medio ambiente mejor” se refiere a la contratación pública ecológica como: *“un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”*³⁸.

³⁸ 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”, 16 de julio de 2008, COM(2008), 400 final, apartado 3.1.

Su implementación es voluntaria para los estados Miembros, que deben decidir su alcance exacto³⁹ en el ámbito de las políticas públicas medioambientales generales, como pueden ser la reutilización de envases y la reducción de residuos, la lucha contra el cambio climático, la utilización de energías renovables y la potenciación de la agricultura ecológica⁴⁰. Sin embargo, la Comisión Europea anunció recientemente que propondría criterios ecológicos mínimos obligatorios o metas para la contratación pública en las iniciativas sectoriales, o la legislación sobre productos específicos. Además, estos criterios mínimos constituirán, *de facto*, una definición común de lo que ha de entenderse por compra verde⁴¹.

Actualmente, para fomentar su empleo, esta misma Comunicación y el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible promueven el ulterior desarrollo de los criterios europeos de contratación pública ecológica, así como animan activamente a los Estados Miembros para que los usen. Dichos criterios tienen por objetivo alcanzar el equilibrio entre prestaciones medioambientales, el coste, la disponibilidad en el mercado y la facilidad de verificación. Disponibles en más de 20 sectores distintos, las entidades adjudicadoras pueden decidir cuántos criterios quieren incluir en la licitación, si bien, los Estados miembros deben unificar e igualar en la medida de lo posible su empleo para evitar una distorsión del mercado único y la reducción de la competencia a nivel europeo⁴².

Para la creación de dichos criterios se tomaron como base las etiquetas ecológicas ya existentes⁴³, cuya adjudicación a productos y servicios sirve para identificar aquellos que poseen excelencia medioambiental. Adicionalmente, las etiquetas ecológicas también tienen como función la promoción de la economía circular, apoyando los procesos de producción que generen menos residuos y CO₂, y productos más duraderos, fáciles de reparar y de reciclar⁴⁴.

³⁹ https://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm. Última visita el 25 de mayo de 2021.

⁴⁰ DE GUERRERO, M^o 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”, *op. cit.*, pág. 145.

⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo”, Bruselas, 14 de enero de 2020, COM(2020), 21 final, p. 12.

⁴² https://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp_criteria_en.htm. Última visita el 25 de mayo de 2021.

⁴³ 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”, 16 de julio de 2008, COM(2008), 400 final, apartado 4.1.

⁴⁴ https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/index_en.htm. Última visita el 25 de mayo de 2021.

La Unión Europea confeccionó un plan de acción para iniciar una transición hacia la economía circular en 2015⁴⁵, y ésta también ocupa una posición protagonista en el nuevo Pacto Verde Europeo⁴⁶. La acepción de la “economía circular” es interdisciplinar y no suele estar exenta de debate en cuanto a su delimitación y alcance como concepto paraguas; ejemplo de ello es la compilación y categorización realizada por KIRCHHERR, REIKE y HEKKERT de hasta 114 definiciones distintas de este término⁴⁷. Desde la perspectiva jurídica, la Comisión Europea la considera como un enfoque de la contratación ecológica, y la define como: *“el proceso mediante el cual los poderes públicos adquieren obras, bienes o servicios que contribuyen a cerrar los ciclos de los materiales y la energía dentro de las cadenas de suministro, a la vez que minimizan y, en el mejor de los casos, evitan los efectos negativos para el medio ambiente y la generación de residuos a lo largo de su ciclo de vida”*⁴⁸. La relevancia de la inclusión de la circularidad dentro de la contratación pública ecológica radica en que esta última actúa como guía en el proceso de transición hacia una economía circular⁴⁹. Los mecanismos para completar dicha transición son la adición y el refuerzo de la circularidad en los grupos de criterios ecológicos nuevos y actualizados para garantizar su visibilidad como prioridad, el apoyo de la implantación de la contratación pública ecológica en los organismos públicos europeos y la ejemplarización de estos en sus propios procedimientos de contratación pública y financiación.

Aunque queda un largo camino por recorrer antes de alcanzar la circularidad en la contratación pública, se desprenden varias preguntas del párrafo anterior concernientes al lugar que ahora mismo ocupa la contratación ecológica que, *a priori*, no tienen una respuesta certera en este momento: ¿será desplazada la contratación verde íntegramente por la modalidad circular, o por el contrario, se establecerán unos criterios de coexistencia y prioridades? ¿será modificada la concepción paraguas de la sostenibilidad (sustituyendo el componente medio ambiental por la circularidad) y subsecuentemente, el concepto paraguas de la contratación pública?.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”, 2 de diciembre de 2015, COM(2015), 614 final. También se incluyen en el paquete una serie de propuestas de Directivas, que fueron aprobadas en mayo de 2018.

⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “El Pacto Verde Europeo”, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, COM(2019), 640 final.

⁴⁷ KIRCHHERR, Julian, REIKE, Denise y HEKKERT, Marko (2017): “Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions”, *Resources, Conservation and Recycling*, volumen 127, pp. 221-232

⁴⁸ Guía de la Comisión Europea (2018): “Contratación pública para una economía circular: orientación y buenas prácticas”, págs. 4 y ss.

⁴⁹ *Ibid.*

2. Aspectos sociales en la contratación pública

La consolidación del modelo social europeo, a modo de combinación entre el crecimiento económico sostenible con mejores condiciones de vida y trabajo, lo llevan a cabo en una gran medida las autoridades públicas ejercitando la contratación pública socialmente responsable⁵⁰. Esta modalidad de contratación se caracteriza por englobar diversos aspectos específicos de la política social, teniendo en cuenta al menos uno de ellos en una operación de contratación concreta. Al tener una naturaleza tan amplia, algunos de los ejemplos destacables de dichos aspectos son, entre otros: las oportunidades de empleo y su fomento para personas en situación de riesgo de exclusión social, el trabajo digno, el cumplimiento de los derechos sociales y laborales, la inclusión social (incluidas las personas con discapacidad física o intelectual), la igualdad de oportunidades en general así como la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el diseño de accesibilidad para todos, las medidas de conciliación de la vida laboral y social, ciertas cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (al mismo tiempo que el respeto a los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y las Directivas)⁵¹.

De este modo, para poder alcanzar dichos aspectos sociales, es recomendable que las entidades adjudicadoras creen una estrategia específica, siendo el primer paso de su creación la designación de los objetivos específicos a lograr. La Guía de la Comisión Europea “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas” admite la posibilidad de reflejar en ese plan las prioridades sociales nacionales, regionales y/o locales, reconociendo explícitamente el papel que desempeña la contratación para su consecución. No obstante, matiza que (obviamente) esto no significa que las entidades adjudicadoras puedan dar preferencia a los productos locales, regionales o nacionales para favorecer el mercado laboral local⁵², ya que esto podría atentar contra los principios más elementales de la contratación pública.

Sin embargo, un sector de la doctrina no considera una obviedad la efectiva práctica de dicha matización. Argumentan que la contratación pública socialmente responsable entraña un gran riesgo de actuar como una pantalla de humo tras la cual los proveedores

⁵⁰ Guía de la Comisión Europea (2011): “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, pág. 10.

⁵¹ *Ibid*, e Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en GIMENO, 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”, *op. cit.*, pág. 59.

⁵² Guía de la Comisión Europea (2011): “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, *op. cit.*, pág. 10.

locales, regionales y/o nacionales obtengan un trato de favor, incurriendo así en adjudicaciones discriminatorias y proteccionistas. Este favoritismo es contrario a los objetivos económicos y principios de la contratación pública, y puede ser incluso perjudicial para las propias entidades adjudicadoras, ya que pueden limitar su flexibilidad al configurar el proceso de licitación y requerir una cantidad desproporcionada de recursos a lo largo de la contratación⁵³.

Además, también objetan que el estatus legal de las consideraciones sociales y medio ambientales no es el mismo, atendiendo a la literalidad de la redacción de los artículos correspondientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Mientras que el artículo 9 especifica que “*se tendrán en cuenta*” las exigencias sociales, el artículo 11 estipula que los requerimientos medio ambientales “*deberán*” integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión para fomentar el desarrollo sostenible. El imperativo medio ambiental confiere más objetividad a la contratación pública ecológica, en cambio, la contratación pública socialmente responsable parece fundamentada sobre una base algo más inestable y relativa. Consecuentemente, esta última es percibida desde la negatividad⁵⁴. La repercusión de las políticas sociales suele estar contemplada dentro de las limitaciones de un territorio nacional, en cambio, es frecuente que los resultados de las políticas medioambientales – a pesar de que sus beneficios más inmediatos se ubican dentro de las fronteras del país que las implementa – sean percibidos como una contribución a la consecución de un objetivo y un bien común para todos los Estados miembros.

IV. LAS HUELLAS DEL DERECHO PRETORIANO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea estipula que “*La Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos (...)*”. De la redacción textual de este artículo se puede inferir que, tanto en el proceso legislativo como en la interpretación de la legislación vigente, se deben tener en cuenta los objetivos generales de la Unión Europea, y en este caso concreto, los objetivos de sostenibilidad⁵⁵, lo que conlleva la apertura de la puerta a la

⁵³ ANDREKA, Marta y PETERKOVÁ, Katerina (2017): “Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?”, *op. cit.*, pág. 80 y CARANTA, Roberto (2010): “Sustainable Public procurement in the EU” en CARANTA Y TRYBUS (eds.) *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, DJOF Publishing Copenhagen, pág. 23.

⁵⁴ *Ibid* y CARANTA, Roberto (2015): “The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how the EU Law works”, *Common Market Law Review*, número 52, pág. 399).

⁵⁵ CARANTA, Roberto (2015): “The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how the EU Law works”, *op. cit.*, pág. 396. Particularmente, el considerando 91 de la directiva

implementación de políticas horizontales en la Directiva. De esta manera, ésta contiene múltiples menciones expresas a la contratación pública sostenible en la totalidad de sus considerandos, pero señala la inadecuación de imponer en la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio⁵⁶.

Una de las primeras referencias sostenibles en la Directiva vela por la adecuada integración de los requisitos medioambientales, sociales y laborales, destacando la importancia de incluir medidas derivadas del conjunto de legislación aplicable para asegurar y controlar el cumplimiento de éstos. Estas medidas deberán llevarse a cabo en las respectivas fases del procedimiento de licitación: elección de participantes, adjudicación de contratos, aplicación de criterios de exclusión y criterios de ofertas anormalmente bajas, para poder así verificar la satisfacción de las disposiciones sociales y medioambientales⁵⁷. En efecto, la mayoría de considerandos que versan sobre aspectos sostenibles desarrollan brevemente el alcance de estos en dichas fases, e introducen sucintamente el uso de las etiquetas o los sistemas de gestión ambiental. Los mecanismos introducidos en los considerandos son explicados en profundidad en el articulado de la Directiva, pero en la práctica, ésta ha recibido críticas por su compleja estructura y su falta de organización al referirse a la sostenibilidad sin una argumentación de las bases legales que avalan su inclusión en el ámbito de la contratación pública suficientemente sólida⁵⁸.

Particularmente en el proceso de elaboración de la Directiva, la inclusión de requerimientos sostenibles no solamente trae causa de la herencia de las consideraciones de su predecesora y el proceso de consulta y reforma que se realizó para su aprobación, sino que también ha tenido una fuerte influencia en su configuración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal ha actuado en múltiples instancias como motor e impulsor de la inclusión de la sostenibilidad en el ámbito de la contratación pública⁵⁹, consolidando así en palabras de GIMENO: “(...) *un sólido y coherente derecho*

se remite al artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el objetivo de clarificar el modo de contribución de los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible.

⁵⁶ 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, OJ L94/65 Considerando 95. Este considerando considera que, en su lugar, se deben establecer ese tipo de requisitos en la legislación sectorial específica correspondiente en función de las políticas y condiciones particulares imperantes en el sector que se trate.

⁵⁷ *Ibid*, Considerandos 37 y 40.

⁵⁸ CARANTA, Roberto (2015): “The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how the EU Law works”, *op. cit.*, pág. 395.

⁵⁹ *Ibid*, pág. 414.

*pretoriano, que sirve de fuente interpretativa (...)*⁶⁰. Así lo recoge la propia Directiva en su segundo considerando, en el que se declara que se han incorporado determinados aspectos reiterados por el Tribunal de Justicia en la materia de la contratación pública. Por este motivo, resulta conveniente exponer las líneas generales de algunos de los casos que han tenido una incidencia más crítica en el desarrollo de la legislación, para poder analizar la Directiva desde la una perspectiva integral, en lugar de atender meramente a las referencias expresas a la sostenibilidad.

Para ello, es necesario remontarse casi dos décadas atrás. En 1997, las compañías de transporte Concordia Bus y HKL, entre otras, concurrieron al anuncio de licitación del ayuntamiento de Helsinki para la gestión de la red de autobuses urbanos de esta ciudad. HKL – que era la única empresa licitadora que poseía en su flota autobuses que funcionaban con gas natural – resultó adjudicataria de la explotación de una de las líneas, al haber obtenido una puntuación superior a Concordia Bus por los criterios relativos a las emisiones de óxidos de nitrógeno y al nivel de ruido de dichos autobuses. Concordia Bus decidió interponer un recurso de anulación ante la autoridad competente finlandesa, que, a su vez, suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la viabilidad de la inclusión en las licitaciones de criterios de adjudicación medioambientales, concernientes a dichas emisiones de óxidos de nitrógeno y al nivel del ruido.

El Tribunal de Justicia, mediante sentencia de 17 de septiembre de 2002⁶¹, determinó que es posible tener en cuenta criterios ecológicos siempre que 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 discriminación⁶². Además, el Tribunal también dictaminó que el hecho de que HKL fuera la única empresa que podía proponer un servicio con autobuses de gas natural y, por lo tanto, cumplir los criterios medioambientales de la licitación, no constituía por sí solo una violación del principio de igualdad de trato⁶³.

⁶⁰ GIMENO, J.M. (2015): “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 172, Julio – Septiembre, pág. 82.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland Oy AB contra *Helsingin kaupunki* y *HKL-Bussiliikenne*, Asunto C-513/99, I-7251.

⁶² *Ibid*, apartado 69.

⁶³ *Ibid*, apartados 85 y 86.

Sin embargo, en 2003, en el caso EVN⁶⁴, el Tribunal consideró que los criterios ecológicos de producción de energía renovable incluidos en la licitación de un contrato de suministro de electricidad para el Land de Carintia (Austria) eran contrarios a la normativa europea, al no estar relacionados con el objeto del contrato. Para concurrir a esta licitación, el proveedor energético debía suministrar en la medida de lo posible electricidad generada a partir de fuentes de energía renovable, pero no era necesaria la acreditación de las fuentes de aprovisionamiento⁶⁵. Asimismo, era necesario que el licitador pudiera probar que *“durante los últimos y/o los dos próximos dos años produjo o compró y/o producirá o comprará al menos 22,5GWh de electricidad procedente de fuente de energía renovables y la suministró y/o suministrará a consumidores finales”*, ya que si no la oferta sería descartada. Por su parte, los criterios del pliego de cláusulas administrativas particulares se componían de los coeficientes de ponderación de un 55% por el precio neto por kWh, y un 45% por la energía generada a partir de fuentes de energía renovable. No obstante, se establecía que solamente se tendría en cuenta la cantidad de energía renovable suministrada anualmente por encima los mencionados 22,5GWh, sin especificar un periodo de suministro determinado⁶⁶.

El Tribunal de Justicia declaró 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 vulnera el principio de igualdad de trato, al no garantizar la transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación, resultando de esta manera contrario a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública⁶⁷. Asimismo, el criterio de adjudicación referente a la energía generada a partir de fuentes de energía renovable también fue considerado contrario a la normativa comunitaria de contratación pública, al no ir acompañado de requisitos que permitan su control efectivo y al valorar únicamente la energía que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación⁶⁸. Este último motivo es, en concreto, el que específicamente quebraba el vínculo de la relación con el objeto del contrato, ya que la energía estimada en la licitación era aquella que superaba la cantidad a ser suministrada. Tras haber expuesto estos

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2003, EVN AG y Wienstrom GmbH contra *Republik Österreich*, Asunto C-448/01, I-14558.

⁶⁵ *Ibid*, apartado 16.

⁶⁶ *Ibid*, apartado 18.

⁶⁷ *Ibid*, apartado 51 y 52. Además, de acuerdo con la apreciación y verificación del órgano jurisdiccional nacional, el hecho de que la entidad adjudicadora no especificase el periodo de suministro podría también constituir una violación de los principios de igualdad de trato y transparencia, si dicha omisión dificultó o imposibilitó la interpretación de los licitadores del criterio en cuestión y su alcance (apartados 58 y 59).

⁶⁸ *Ibid*, apartado 92.

argumentos jurídicos, el Tribunal subrayó que la normativa comunitaria en sí misma no se oponía a que una entidad adjudicadora estableciera, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovable⁶⁹, siempre que cumpliera con los requisitos recogidos en el Asunto Concordia y en esta misma sentencia.

Recurriendo a la doctrina ya establecida en Concordia y EVN, el 10 de mayo de 2012 el Tribunal dictó sentencia sobre un asunto que concernía las etiquetas ecológicas⁷⁰. La provincia neerlandesa de Holanda Septentrional publicó un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea relativo al mantenimiento de máquinas expendedoras de café y el suministro de los ingredientes necesarios para el funcionamiento de estas, especificando que un aspecto muy importante era la sostenibilidad, el uso de productos ecológicos y procedentes del comercio justo. En el pliego de condiciones, se requería el uso de las etiquetas privadas neerlandesas Max Havelaar y Eko, o etiquetas basadas en criterios comparables o idénticos⁷¹. La etiqueta Max Havelaar se concedía a los productos que cumplieran unos determinados requisitos y que habían sido comprados a organizaciones de pequeños productores de países en desarrollo a un precio y condiciones justas, mientras que la etiqueta Eko se concedía a productos que contuvieran al menos un 95% de ingredientes procedentes de la agricultura ecológica⁷². La Comisión Europea consideró que la exigencia de dichas etiquetas u otras similares como criterio de adjudicación y de evaluación de las capacidades técnicas y profesionales de los licitadores, de acuerdo con criterios de aptitud no comprendidos en la legislación vigente, infringían la normativa europea de contratación pública, y además no presentaban ningún vínculo con el objeto del contrato. Tras contactar con el Reino de los Países Bajos instándole a modificar la licitación para que cumpliera con la legalidad, y ante la negativa de este último al sostener que esas alegaciones eran infundadas, la Comisión decidió interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia⁷³.

El Tribunal declaró que la exigencia de una determinada etiqueta ecológica para determinados productos, en lugar de utilizar las especificaciones detalladas definidas en

⁶⁹ *Ibid*, apartado 68.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012, Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos, Asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

⁷¹ Esta aclaración fue incluida en una nota informativa que resolvía ciertas dudas acerca del contenido del pliego de condiciones, pero no aparecía en el anuncio de licitación original (apartado 31).

⁷² *Ibid*, apartados 33 a 38.

⁷³ *Ibid*, apartados 39 a 44.

dicha etiqueta, era incompatible con la normativa de contratación pública europea⁷⁴. Igualmente, el establecimiento en el pliego de condiciones del suministro de productos que hubieran sido concedidos determinadas etiquetas, sin haber indicado los criterios en los que se basan esas etiquetas ni haber autorizado que se presentara la prueba de que otro producto reunía esos mismos criterios, también fue declarado contrario al Derecho Europeo de la contratación⁷⁵. En cambio, el Tribunal de Justicia consideró que el criterio de adjudicación referente a las etiquetas ecológicas sí presentaba un vínculo con el objeto del contrato. Para explicar su razonamiento jurídico, el Tribunal rescató la jurisprudencia del Asunto EVN, extrapolando una de sus conclusiones: si la normativa de la Unión no se oponía a que una entidad adjudicadora estableciera en el marco de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad un criterio de adjudicación consistente en exigir la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, nada se oponía a que, en este caso, dicho criterio se refiriera a que un producto procediera del comercio justo. De este modo, el Tribunal compartió las conclusiones del Abogado General del Asunto Max Havelaar, que afirmaba 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 este”*⁷⁶.

1. Fotograma de la sostenibilidad en las Directivas 2004/18/CE y 2014/24/UE

El proceso introductorio de las particularidades de estas tres sentencias y la transformación hacia la inclusión de la sostenibilidad se inició con la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, actualmente derogada.

La Directiva 2004/18/CE admitía en sus considerandos que su contenido estaba basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *“en especial la relativa a los criterios de adjudicación (...) sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato (...)”*⁷⁷, aludiendo así claramente de una manera indirecta al Asunto Concordia. Además, continuaba indicando que clarificaba cómo los poderes adjudicadores pueden contribuir a la protección del medio ambiente y al

⁷⁴ *Ibid*, apartados 69 y 70. El Tribunal también matiza que la precisión incluida en la nota informativa no subsana el hecho de que no se incluyeron las especificaciones técnicas detalladas de la etiqueta que se trata.

⁷⁵ *Ibid*, apartado 97.

⁷⁶ *Ibid*, apartado 91.

⁷⁷ Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, OJ L134/114, Considerando 1.

fomento del desarrollo sostenible⁷⁸, y trasladaba esas aclaraciones principalmente a los artículos 23 sobre las especificaciones técnicas y 53 sobre los criterios de adjudicación del contrato. En consecuencia, el artículo que describía las especificaciones técnicas estipulaba que éstas debían formularse, en la medida que fueran compatibles con el Derecho comunitario, incluyendo características medioambientales, y detallaba el uso de las etiquetas ecológicas europeas⁷⁹. Y del mismo modo, el artículo relativo a los criterios de adjudicación del contrato acogía la posibilidad (validada por el Asunto Concordia) de que los poderes adjudicadores incluyeran distintos criterios vinculados al objeto del contrato público – tales como las características medio ambientales – cuando el contrato se adjudicara a la oferta económicamente más ventajosa. Alternativamente, la adjudicación también se podía basar solamente en el precio más bajo.

A pesar de que la Directiva 2004/18/CE fue precursora de la Directiva en la implementación de la contratación pública sostenible, ésta última refleja la ulterior incorporación del derecho pretoriano relacionado con la activa evolución de las exigencias sostenibles. Esta afirmación se puede constatar mediante una contraposición de los artículos referentes a los criterios de adjudicación del contrato en la Directiva 2004/18/CE y la Directiva. El artículo 67 de la Directiva mantiene únicamente el criterio de la oferta económica más ventajosa, en lugar de ser un criterio disyuntivo con el precio más bajo. Ésta se determina sobre la base del precio o coste, utilizando la relación entre el coste-eficacia como el cálculo del coste del ciclo de vida, y pudiendo incluir la mejor relación calidad-precio. La incorporación de criterios sobre aspectos medioambientales y/o sociales entran en juego para evaluar dicha relación calidad-precio, al contrario que en artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE, que solamente preveía su inclusión al determinar la oferta económicamente más ventajosa. De esta manera, si en la licitación sujeta a la Directiva 2004/18/CE se optaba por la opción del precio más bajo, no tendría lugar la incorporación de consideraciones sostenibles.

Este artículo 67 de la Directiva comprende un remanente central del artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE y del Asunto Concordia: el vínculo con el objeto del contrato. Los criterios sostenibles ya mencionados, correspondientes a la evaluación de la mejor calidad-precio, deberán estar vinculados con el objeto del contrato. Otra diferencia central entre el artículo derogado y el artículo vigente es que la Directiva, en contraposición con el silencio del artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE, explicita en los términos según los cuales dicha vinculación tendrá lugar: *“cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos*

⁷⁸ *Ibid*, considerando 5.

⁷⁹ *Ibid*, artículo 23, apartados 3.b) y 6.

y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen o bien en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o bien en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”. Esta última referencia a la “sustancia material” proviene del Asunto Max Havelaar, y más concretamente, de las ya citadas conclusiones del Abogado General⁸⁰.

La influencia de Max Havelaar es más patente si este apartado del artículo 67 se examina a la vez que el considerando 97 de la Directiva⁸¹, ya que dicho considerando no solamente contiene las nociones y principios de este artículo, sino que además detalla que, de conformidad con la jurisprudencia de la Unión Europea, deben incluirse los criterios de adjudicación – o condiciones de ejecución – que se refieran al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo, como por ejemplo, la procedencia de un producto del comercio justo.

Si se valora la totalidad de la Directiva, los rasgos principales de los Asuntos Concordia, EVN y Max Havelaar se han propagado por el conjunto de los artículos, pudiéndose encontrar alusiones a estos en las especificaciones técnicas, las etiquetas, y las condiciones de ejecución del contrato⁸², entre otras. Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo, es conveniente ilustrar cómo se han acomodado estos conceptos junto con las consideraciones sostenibles en dichos artículos.

En primer lugar, el artículo 42 de la Directiva detalla el funcionamiento de las especificaciones técnicas que definen las características exigidas de una obra, un servicio o u suministro. Las influencias de los Asuntos Concordia y Max Havelaar se localizan en su apartado primero párrafo segundo, determinando que las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción de las obras, suministros o servicios, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de estos, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste. Y se pronuncia específicamente acerca de las consideraciones medioambientales en su apartado tercero, estableciendo que siempre que sea compatible con el Derecho de la Unión Europea y sin perjuicio de normas técnicas nacionales obligatorias, las

⁸⁰ El tenor literal de este apartado del artículo 67 trae causa de la versión inglesa de la Sentencia del Asunto Max Havelaar. En la traducción al castellano del apartado 91 en el que se recoge esta alusión se empleó la expresión “(...) *un elemento incorporado materialmente en este*”, mientras que en la versión inglesa el texto recoge “(...) *forms part of the material substance thereof*”.

⁸¹ ANDREKA, Marta y PETERKOVÁ, Katerina (2017): “Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?”, *op. cit.*, pág. 67.

⁸² CARANTA, Roberto (2015): “The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how the EU Law works”, *op. cit.*, pág. 419. Artículos 42, 43, 45 y 70 respectivamente.

prescripciones técnicas se formularán en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, si los parámetros son lo suficientemente precisos para que los licitadores puedan determinar el objeto del contrato, y los poderes adjudicadores pueda adjudicar el mismo. En adición, el apartado cuarto también contempla las directrices de Max Havelaar acerca de no hacer referencia a una fabricación, procedencia, o procedimiento determinado que caracterice a esos productos o servicios, autorizándose únicamente si no es posible hacer una descripción precisa e inteligible del objeto del contrato y debiendo acompañarse de la mención “o equivalente”.

Inmediatamente después del artículo 42, se encuentra el régimen de las etiquetas. Evidentemente, debido a la estrecha correlación con el Asunto Max Havelaar, este artículo refleja directamente bastantes singularidades de esta Sentencia, aunque a grandes rasgos, no presenta muchas diferencias con el artículo sobre especificaciones técnicas. De acuerdo con este artículo 43 de la Directiva, si los poderes adjudicadores tienen la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, pueden exigir en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba del cumplimiento de dichas características sostenibles. Para poder exigir efectivamente la etiqueta se deberán cumplir ciertas condiciones, entre ellas la vinculación con el objeto del contrato. Sin embargo, si una etiqueta establece requisitos no vinculados al objeto del contrato, se sustituirá la exigencia de una etiqueta en concreto por la inclusión de especificaciones técnicas basadas en las especificaciones detalladas de esa etiqueta, o partes de estas que contengan dicha vinculación y sean adecuadas para definir el objeto.

También hay retazos de la contratación pública sostenible en el artículo 70 de la Directiva, el cual permite que los poderes adjudicadores establezcan condiciones especiales de ejecución económicas, innovativas, medioambientales o sociales, cuando se cumplan dos requisitos simultáneos: siempre que estén vinculados con el objeto del contrato como indica el artículo 67, y que se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación.

Otros artículos la Directiva que han incorporado consideraciones sostenibles sin menciones expresas a la jurisprudencia anteriormente expuesta, pero que también son particularmente relevantes en el proceso de contratación y que además comparten dos factores en común, son los motivos de exclusión del artículo 57 y las ofertas anormalmente bajas del artículo 69. Las coincidencias entre estos artículos son, en primer lugar, la remisión de ambos al artículo 18.2 de la Directiva, que describe una serie de obligaciones pertinentes a la adopción de medidas para garantizar el cumplimiento de obligaciones nacionales o europeas de carácter medioambiental, social o laboral en la ejecución de

contratos públicos. En segundo lugar, ambos artículos comparten un efecto sancionador ante el quebrantamiento de las exigencias impuestas mediante dicho artículo. Sin embargo, la magnitud de las repercusiones ante un incumplimiento sostenible es radicalmente opuesta entre el artículo 57 y el 69 de la Directiva. Ante una vulneración del artículo 18.2, el artículo 57 contempla la *posibilidad de exclusión* de un operador económico, mientras que el artículo 69 establece el *rechazo* de las ofertas anormalmente bajas. En consecuencia, esta última disposición ha llegado a ser calificada como la única obligación sostenible de la Directiva⁸³.

V. CUALIDADES DIFERENCIADORAS DE LA LCSP FRENTE A LA DIRECTIVA

Antes de comenzar a analizar el emplazamiento del paraguas de la contratación pública sostenible en la LCSP, es conveniente recuperar brevemente la postura de la Directiva acerca de este mismo, y que se puede resumir en la oposición a la imposición de consideraciones sostenibles. La importancia de rescatar esta posición radica en que constituye una sustancial divergencia entre ambas normas. Al contrario que la Directiva, la LCSP introduce en su preámbulo y reitera en su artículo 1.3 que:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (...)”

De esta manera, parece que la LCSP intenta aventajar los *nudges*⁸⁴ sostenibles de la Directiva – e incluso a la propia definición de la contratación pública ecológica, que se refería a ésta como un instrumento voluntario – con la obligatoriedad de inclusión de dichos criterios, aunque preservando y respetando el vínculo con el objeto del contrato.

En este sentido, GIMENO FELIU considera que la redacción de este artículo es una clara “innovación” para la contratación pública, ya que abandona la perspectiva enfocada casi exclusivamente hacia la burocracia formal y el economicismo para introducir obligatoriamente la visión estratégica, introduciendo menciones expresas acerca de

⁸³ ANDREKA, Marta y PETERKOVÁ, Katerina (2017): “Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?”, *op. cit.*, pág. 71.

⁸⁴ *Vid.* MOREU, Elisa (2018): “Integración de *nudges* en las políticas ambientales” en GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 451 – 486 y TERRÓN, Daniel (2019): “La nueva actividad pública de fomento: el “*green nudge*” en la actual contratación pública”, *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, número 22, pp. 24 – 39.

consideraciones sociales y medioambientales⁸⁵. De este modo, reproduciéndose un proceso similar al descrito en la sección II *ad supra*, dicha visión estratégica se ha instaurado como el principal eje de la contratación pública, insistiendo GIMENO FELIU en que ésta puede, y debe, ser una técnica que permita la consecución de objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que dichas metas atañen un adecuado entendimiento sobre la canalización de los fondos públicos⁸⁶.

Aún así, el tenor literal de este artículo es considerado en ocasiones como problemático. La cuestionabilidad proviene de que el empleo en su redacción de expresiones que carecen de un sujeto específico o que poseen un carácter impersonal (“la convicción” y “se incorporarán”), pueden generar inseguridad jurídica.

La convicción de que la inclusión de consideraciones sostenibles tenga como directa consecuencia la mejor calidad-precio y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, contrasta con el carácter imperativo que se desprende de este artículo, ya que considerar el convencimiento en sí como fundamento podría anular, degradar o matizar la obligatoriedad de la inserción de los criterios sociales o medioambientales⁸⁷. Asimismo, supeditar la mejor calidad-precio a la integración obligatoria de cláusulas sostenibles puede causar algunas distorsiones. No siempre será posible la inclusión de cláusulas medioambientales, debido a la necesaria vinculación con el objeto del contrato⁸⁸. Pero además, en aquellos casos en los que estos sí resulten exigibles, puede haber algunos productores en el mercado que, aunque respeten las normativas medioambientales y hayan implementado políticas verdes, no dispongan de la suficiente capacidad técnica o económica para concurrir a la licitación, porque no siempre depende de la voluntad del empresario no utilizar los mejores estándares ambientales⁸⁹. Pese a que sobre el papel este escenario puede aparecer inverosímil, los hechos del Asunto EVN reflejan una situación relativamente similar a esta. Adicionalmente, SANZ RUBIALES apunta a que no

⁸⁵ GIMENO FELIU, José María (2019): “La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., pp. 97 -98.

⁸⁶ GIMENO FELIU, José María (2020): “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista de Economía Industrial*, 415, pp. 89 - 90

⁸⁷ DE GUERRERO, M^o 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”, *op. cit.*, pág. 149 en alusión a SANZ RUBIALES.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ TAVARES DA SILVA, Suzana (2018): “Sostenibilidad ambiental en las Directivas sobre Contratación Pública” en GALÁN, Roberto (Dir.) *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, págs. 61 - 62

queda clara la procedencia exacta de este convencimiento, ¿surge de la propia Ley, del titular del órgano de contratación...?⁹⁰

En último lugar, TAVARES DA SILVA señala la posible correlación entre la incorporación de los criterios sostenibles y una potencial vulneración del principio democrático. Tal y como se ha indicado en el párrafo anterior, este artículo ha sido redactado empleando una voz impersonal, por lo que no se identifica qué órgano concreto incluirá los criterios sociales y medioambientales. De este modo, se puede interpretar que cualquier órgano de contratación pública podría escoger, adoptar y/o implementar las cláusulas sostenibles. Esto podría incrementar la probabilidad de que la elección de los criterios difiera de los legalmente estipulados, excediendo las condiciones preestablecidas en estos ámbitos o siendo radicalmente distintos, imponiéndose de esta manera los más nuevos sobre los que gozaban de legitimidad democrática. En última instancia, esto podría conducir a una forma lícita de activismo ambiental *contra legem*⁹¹.

En definitiva, el atributo diferenciador de la LCSP respecto a la Directiva es el mandato general de incorporar criterios sostenibles, ya que *grosso modo*, exceptuando los matices permitidos y comprendidos dentro del ejercicio de transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, la LCSP ha transpuesto con fidelidad una gran parte de preceptos de la Directiva. Así, corresponde analizar ahora los artículos en los que las consideraciones sostenibles tienen una mayor incidencia.

Para facilitar este ejercicio comparativo, el primer artículo de la LCSP a considerar es el número 145, correspondiente a los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato. De acuerdo con dicho artículo, la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios, con base en la mejor relación calidad precio, que se evaluará de acuerdo con criterios económicos y cualitativos. A diferencia del artículo 67 de la Directiva, que categoriza separadamente los criterios cualitativos, medioambientales y/o sociales, el artículo 145 engloba los caracteres sostenibles dentro de los criterios cualitativos, ofrece una serie de ejemplos *numerus apertus* de ambas categorías, y califica su inclusión como potestativa.

Que la LCSP haya optado por enunciar en el artículo 67 LCSP que: “Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato (...)” puede resultar disonante con el carácter preceptivo de la incorporación de criterios sostenibles del citado artículo 1.3 . De esta manera, la interpretación más

⁹⁰ DE GUERRERO, M^o 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”, *op. cit.*, pág. 149 en alusión a SANZ RUBIALES.

⁹¹ *Ibid.*

plausible para la conjugación de ambas disposiciones – y el resto de artículos de la LCSP – es la existencia de distintos niveles de obligatoriedad⁹² en la incorporación de requisitos sostenibles, en función de sus distintos artículos.

El paradigma del grado más alto de exigencia que se alcanza en la LCSP se encuentra en el artículo 202 sobre las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden. Inicialmente, este artículo sigue las pautas marcadas por su equivalente artículo 70 de la Directiva, disponiendo que: *“los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145 , no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos”*. Pero este artículo prosigue más allá de los requisitos originales de la Directiva, imponiendo que: *“en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución (...)”* referentes a las consideraciones sostenibles, enumerando una serie de ejemplos.

Este requerimiento obligatorio de incluir al menos un criterio sostenible puede no resultar en el efecto deseado. Los obstáculos a los que se puede enfrentar esta exigencia consisten en la necesidad de que estos criterios estén vinculados con el objeto del contrato, y en la expresión “al menos una”. De acuerdo con lo señalado anteriormente, la inclusión de consideraciones medio ambientales no siempre será posible, debido a la imposibilidad de conectar estas con el objeto del contrato. De esta manera, se deberán incorporar necesariamente consideraciones relativas a las otras categorías restantes de la sostenibilidad. Adicionalmente, existe una posibilidad de que estas no sean las más adecuadas o beneficiosas para el contrato, pudiendo entorpecer o complicar su ejecución. Asimismo, la satisfacción de este artículo mediante la inclusión de solamente una consideración social, medio ambiental o de innovación puede fomentar una tendencia a la baja en el ejercicio de incorporación de estos criterios. Los motivos detrás de la elección de esta fórmula están basados en estas limitaciones que, en muchas ocasiones, pueden imposibilitar la triple incorporación que constituiría la completitud del paraguas de la sostenibilidad. Sin embargo, que esté justificado no resta que se estén promoviendo los distintos tipos individuales de contratación pública, en lugar de la contratación pública sostenible en su conjunto.

El artículo 202 de la LCSP permite establecer ciertos mecanismos ante el incumplimiento de la obligación de inclusión de al menos una consideración sostenible de

⁹² *Ibid*, pág. 150.

distinta categoría. En concreto, este artículo permite la imposición de penalidades⁹³ proporcionales a la gravedad del incumplimiento y con un límite de las cuantías que se impongan, o resolver el contrato si se le ha atribuido el carácter de obligación contractual esencial⁹⁴. Si dicho incumplimiento no constituyera una causa de resolución del contrato, se podrá considerar en los pliegos como una infracción grave, la cual, si concurriera dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que hubiera dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios, podrá derivar en una prohibición de contratar⁹⁵. Tal y como se desprende de este artículo, el alto grado de exigencia sostenible no proviene solamente de la imposición de al menos una condición especial de ejecución, sino también de los instrumentos a los que se puede recurrir en el caso de su incumplimiento.

De igual forma, también están ubicados en un nivel alto del imperativo sostenible de la LCSP los artículos 71 sobre las prohibiciones de contratar y 149 relativo a las ofertas anormalmente bajas. El artículo 71 prevé otra causa de prohibición de contratar en adición a la remisión efectuada por el artículo 202, que se basa en la sanción con carácter firme por una infracción muy grave en materias medioambientales, laborales o sociales⁹⁶. Por otra parte, el artículo 149 se encuentra en una línea casi idéntica de su equipolente en la Directiva⁹⁷, que también contempla el rechazo de aquellas ofertas que se confirme que son anormalmente bajas debido al incumplimiento de obligaciones sostenibles.

Tras haber expuesto la mayoría de los preceptos de la Ley que contienen consideraciones sostenibles de obligada observancia⁹⁸, a modo de conclusión, es momento de enunciar algunos artículos que son ejemplo de un mandato sostenible algo más relajado, o esencialmente potestativo.

El primero de ellos es el referido artículo 145 sobre los criterios de adjudicación del contrato, que permite incluir aspectos medioambientales o sociales en los criterios cualitativos. En siguiente lugar, dentro de la sección de la LCSP sobre las prescripciones técnicas, está el artículo 126, el cual describe las reglas para su establecimiento. Este

⁹³ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902, artículo 192.1.

⁹⁴ *Ibid*, 221.f).

⁹⁵ *Ibid*, artículo 71.2.c).

⁹⁶ *Ibid*, artículo 71.1.b).

⁹⁷ 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, artículo 69.3.

⁹⁸ ALONSO M^o Consuelo (2019): "Contratación Pública ecológica", Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha, número extraordinario "Un año de compra con la LCSP 2017", Volumen I, pág. 31.

artículo contiene las influencias de los Asuntos Concordia y Max Havelaar en su apartado segundo, determinando que prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción de las obras, suministros o servicios, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de estos, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste. Y se pronuncia específicamente acerca de las consideraciones sostenibles en su apartado cuarto, estableciendo que siempre que el contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental⁹⁹, y siempre que sea compatible con el derecho de la Unión Europea y no existan directrices nacionales obligatorias, las prescripciones técnicas se formularán en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, si los parámetros son lo suficientemente precisos para que los licitadores puedan determinar el objeto del contrato, y el órgano de contratación pueda adjudicar el mismo¹⁰⁰. Por último, hay que mencionar el artículo 127 LCSP sobre el empleo de etiquetas. De una manera casi análoga al artículo 42 de la Directiva, se integra la jurisprudencia del Asunto Max Havelaar y actúa de acuerdo con la implementación transversal de consideraciones sostenibles del artículo 1.3 de Ley, al lograr promover la contratación pública social o medioambiental, mediante la posibilidad de reemplazar el requerimiento de una etiqueta concreta por sus cualidades principales.

VI. CONCLUSIÓN

El paraguas sostenible es extremadamente polifacético, al haberse expandido por casi todos los campos del saber. Pese a que se encuentra en una avanzada fase de cohesión y aceptación – aunque a veces en diferentes términos – por la gran parte de los expertos y la doctrina, está sujeto a una ininterrumpida transformación a medida que avanza el estado de la ciencia. Debido a la estrecha correlación que existe hoy en día entre la sostenibilidad y la contratación pública, la última también sujeta a este progreso dentro del triángulo definido por el medio ambiente, la economía y los aspectos sociales, sin obviar otros factores que pueden incrementar exponencialmente su desarrollo, como la innovación, enclavada más cerca del paraguas de la contratación pública estratégica que de la sostenible.

⁹⁹ Según las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, del 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, BOE-A-2016-12601.

¹⁰⁰ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902, artículo 126.5.a).

Las distintas clases de contratación pública sostenible están en distintas etapas de su asentamiento. La contratación pública ecológica goza de una sólida fundamentación jurídica, pero está más expuesta a potenciales variaciones en función del progreso científico y lidera el proceso de transición hacia la economía y contratación circular. Por el contrario, no es objeto de debate el amplio alcance de la contratación social, mas sí se cuestionan las raíces que la asientan en la Directiva, así como las potenciales utilidades y efectos encubiertos absolutamente contrarios a los principios de la contratación pública europea.

El proceso de formalización de la contratación pública sostenible se ultimó con la Directiva y la LCSP. Sin embargo, el establecimiento de las consideraciones sostenibles en la legislación europea se dirigió en gran medida por los estímulos extrínsecos del Tribunal de Justicia Europeo. La orientación de ambas normas es desigual: la Directiva se ciñe a la voluntariedad de la implementación de recursos sostenibles en la contratación, y la LCSP, al transponer la Directiva empuja estos límites con la imposición de consideraciones sostenibles de manera transversal y preceptiva.

De este modo, la Directiva y la LCSP abordan el reto del fomento de la sostenibilidad en la contratación desde muy distintas posiciones: la primera desde la plena voluntariedad (exceptuando el requerimiento de rechazar las ofertas anormalmente bajas que provengan de incumplimientos en materia sostenible), y la segunda desde el establecimiento de distintos grados de exigencia sostenible. La flexibilidad de la Directiva favorece la acomodación y adaptación a medida de las consideraciones pertenecientes a la terna de la sostenibilidad a incluir en cada licitación concreta, y la vinculación de estas con el objeto del contrato. El punto de partida de la LCSP es el necesario cumplimiento del artículo 202 , relativo a las condiciones especiales de ejecución. La obediencia de esta disposición no debe conducir a la falta de inclusión de medidas sostenibles en los criterios de adjudicación, ya que la incorporación de herramientas sostenibles en ambas fases es plenamente compatible y produce una sinergia¹⁰¹.

A pesar de estas diferencias, el Parlamento empleó su Resolución de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública para señalar que *“las consideraciones innovadoras, sociales y medioambientales son criterios de adjudicación legítimos y fundamentales en la contratación pública, y que los poderes adjudicadores también pueden perseguir objetivos ecológicos, innovadores o sociales mediante unos pliegos de condiciones bien concebidos y permitiendo variantes de forma no*

¹⁰¹ ZABALEGUI, Santiago (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), pág. 89.

*discriminatoria por lo que respecta a las ofertas, siempre y cuando estas características estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este*¹⁰²

En suma, el medio de contribución más eficaz en la contratación pública sostenible, a seguir mediante los cauces establecidos en la LCSP y la Directiva, y resaltado por el Tribunal de Justicia en el Asunto EVN, es la verificación del efectivo cumplimiento de cualquier tipo de cláusula, condición y/o obligación sostenible que se incluya en el procedimiento de licitación. De nada sirve redactar e incluir dichas cláusulas o exigencias sin supervisar y comprobar su correcto cumplimiento, o sin establecer en los propios pliegos cómo y cuándo acreditará la empresa adjudicataria su correcta ejecución y qué consecuencias pueden derivar de su incumplimiento¹⁰³. De este modo, se pueden conseguir efectos constatables, y el control posterior de los resultados obtenidos permitirá recabar la información pertinente¹⁰⁴, que podrá ser destinada a la mejora y al desarrollo de la contratación pública sostenible.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes bibliográficas

ALONSO M^o Consuelo (2019): “Contratación Pública ecológica”, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha, número extraordinario , *Un año de compra con la LCSP 2017*, Volumen I, pp. 21 - 37

ANDREKA, Marta y PETERKOVÁ, Katerina (2017): “Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, Número 1, pp. 56 – 89

ARROWSMITH, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, *Journal of Public Procurement*, volumen 10, numero 2, pp. 149-186

BERNAL, M. A. (2014): “The strategic use of public procurement in support of innovation”, *European procurement and public private partnership Law review*, volumen 9, número 1, pp. 3 - 11

¹⁰² Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)), considerando 17.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ DE GUERRERO, M.^a 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”, *op. cit.*, págs.164 y 167.

BLOSMAN, Fenna y BRENNAN, Geraldine (2017): "The Emergence of Circular Economy: A New Framing Around Prolonging Resource Productivity", *Journal of Industrial Ecology*, Volumen 21, número 3, pp. 603 - 614

CARANTA, Roberto (2010): "Sustainable Public procurement in the EU" en CARANTA Y TRYBUS (eds.) "*The Law of Green and Social Procurement in Europe*", DJOF Publishing Copenhagen, pp. 11 – 51

CARANTA, Roberto (2015): "The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how the EU Law works", *Common Market Law Review*, número 52, pp. 391 – 460

DE GUERRERO, M^o 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 GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 141 – 177

GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2018): "El papel de los mecanismos de mercado en la protección ambiental" en GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 9 – 55

GIMENO, 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 (Dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters (Aranzadi), pp. 47 – 127

GIMENO, J.M. (2013): "La compra pública estratégica" en PERNAS, J. J. (Dir.): "Contratación pública estratégica", Thomson Reuters (Aranzadi), pp. 45 - 79

GIMENO, J.M. (2015): "La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 172, Julio – Septiembre, pp. 81 – 122

GIMENO FELIU, José María (2019): "La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1^a ed., pp. 97 -98.

GIMENO FELIU, José María (2020): "La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad", *Revista de Economía Industrial*, 415, pp. 89 - 90

GONÇALVES, A. R.: (2018): "La inclusión de criterios ambientales durante la fase de preparación de los contratos públicos. Regulación en los ordenamientos jurídicos portugués y español" en GALÁN, Roberto (Dir.): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 91 – 123

HIRSCH, Paul M. y LEVIN, Daniel Z. (1999): "Umbrella advocates versus validity police: A lifecycle model", *Organization Science; Linthicum*, Tomo 10, N.º 2, (Mar/Apr), pp.199- 212.

KIRCHHERR, Julian, REIKE, Denise y HEKKERT, Marko (2017): "Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions", *Resources, Conservation and Recycling*, volumen 127, pp. 221-232

MEDINA, Teresa (2013): "Comercio justo y contratación pública", en PERNAS, J. J. (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters (Aranzadi), pp. 249 - 281

MOREU, Elisa (2018): "Integración de *nudges* en las políticas ambientales" en GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 451 – 486

PIERACCINI, Marguerita y NOVITZ, Tonia (2020): "Sustainability and Law: A Historical and Theoretical Overview" en *Legal perspectives on sustainability*, Bristol University Press, pp. 9 - 37

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2013): "La contratación del sector público como política pública" en PERNAS J. J. (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters (Aranzadi), pp. 31- 44

RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia (Coord.) (2016): "Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición", Marcial Pons, pp. 277

TAVARES DA SILVA, Suzana (2018): "Sostenibilidad ambiental en las Directivas sobre Contratación Pública" en GALÁN, Roberto (Dir.): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 49 – 63

TERRÓN, Daniel (2019): "La nueva actividad pública de fomento: el "*green nudge*" en la actual contratación pública", *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, número 22, pp. 24 – 39

ZABALEGUI, Santiago (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), pp. 112

2. Legislación, jurisprudencia y documentos oficiales

"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 enero 2011 COM(2011)

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 de julio de 2008, COM(2008), 400 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Cerrar el círculo: un plan de

acción de la UE para la economía circular”, Bruselas, 2 de diciembre de 2015, COM(2015), 614 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo”, Bruselas, 14 de enero de 2020, COM(2020), 21 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “El Pacto Verde Europeo”, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, COM(2019), 640 final

Comunicación de la Comisión, “Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, Bruselas, 3 marzo 2010, COM (2010), 2020 final

Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

Guía de la Comisión Europea “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas” (2011), pp. 56

Guía de la Comisión Europea “Contratación pública para una economía circular: orientación y buenas prácticas” (2018), pp. 20

Naciones Unidas, Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015)

Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Anexo: Nuestro futuro común”, A/42/427 (4 agosto 1987)

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI))

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2003, EVN AG y Wienstrom GmbH contra *Republik Österreich*, Asunto C-448/01

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012, Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos, Asunto C-368/10

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland Oy AB contra *Helsingin kaupunki y HKL-Bussiliikenne*, Asunto C-513/99

3. Webgrafía

https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/index_en.htm

https://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp_criteria_en.htm

https://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm

https://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>