

Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica

JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA COMPRA VERDE EN LA NUEVA ESTRATEGIA DE DESARROLLO SOCIOECONÓMICO SOSTENIBLE DE LA UE ("PACTO VERDE EUROPEO"). 3. LA ESTRATEGIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA VERDE, EN EL MARCO DE LA AGENDA 2030 Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA POLÍTICA DE ECONOMÍA CIRCULAR. 3.1. La Estrategia Nacional de Contratación Pública y el informe anual de seguimiento de la OIRESCON. 3.2. El Plan de contratación pública ecológica de la AGE. 4. EL PAPEL DE LA COMPRA PÚBLICA EN LA REALIZACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN Y LA NORMATIVA SECTORIAL AMBIENTAL (ECONOMÍA CIRCULAR Y EMERGENCIA CLIMÁTICA, FUNDAMENTALMENTE). 4.1. Los objetivos de la política de economía circular y su papel en el impulso de la compra estratégica. 4.2. La presencia de la compra verde en la reciente normativa sectorial ambiental. 5. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS CENTRALES DE RECURSOS CONTRACTUALES: ¿FUENTE DE SEGURIDAD JURÍDICA O DE CONFUSIÓN EN LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS O CLÁUSULAS AMBIENTALES? ANÁLISIS DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TARC Y SU INJUSTIFICADO Y GRAVE PERJUICIO AL USO ESTRATÉGICO DE LA COMPRA PÚBLICA. 6. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El artículo analiza las novedades de la contratación pública verde en el año 2019, tanto en el plano estratégico político y de planificación administrativa, como en el ámbito de la legislación sectorial ambiental. Asimismo, dedica particular atención al análisis de la Resolución 235/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, que define la doctrina del Tribunal en materia de uso estratégico de compra pública verde.

ABSTRACT: The article analyses the developments of green public procurement in 2019, both at the political strategic and administrative planning level, as well as in the field of environmental regulation. It also devotes particular attention to the analysis of Resolution 235/2019 of the Administrative Court for Public Procurement Appeals, which defines the Court's doctrine on strategic use of green public procurement.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública verde. Planificación administrativa. Legislación ambiental. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

KEYWORDS: Green public procurement. Administrative planning. Environmental legislation. Administrative Court of Public Procurement Appeals.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. LA COMPRA VERDE EN LA NUEVA ESTRATEGIA DE DESARROLLO SOCIOECONÓMICO SOSTENIBLE DE LA UE (“PACTO VERDE EUROPEO”)

El Pacto Verde Europeo (2019)¹ es de una nueva estrategia de crecimiento destinada a desarrollar, entre otras cuestiones, una economía “eficiente en el uso de los recursos”, en la que no habrá, o al menos eso pretende la Comisión, “emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050” y “el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos”.

Con este objetivo, el Pacto plantea una serie de “políticas profundamente transformadoras”, entre las que se encuentran las actuaciones destinadas a la “movilización de la industria en pro de una economía limpia y circular”. El Pacto propone impulsar el potencial de las estrategias de economía circular en creación de puestos de trabajos nuevos y fomento de la competitividad europea, con la aprobación de un nuevo plan sobre esta materia. Así, “uno de los

¹ COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de noviembre de 2019.

objetivos esenciales del nuevo marco político será estimular el desarrollo de mercados pioneros de productos climáticamente neutros y circulares”.

En este marco las autoridades públicas, indica el texto de la Comisión, “deben predicar con el ejemplo y asegurar que sus procedimientos de contratación respeten criterios ecológicos”. La Comisión “propondrá legislación y orientaciones adicionales sobre contratación pública ecológica”². Esta declaración supone otra expresión más de la voluntad política comunitaria de fomentar la contratación pública verde, que tuvo su máxima expresión en la Directiva 2014/24, 26 de febrero, relativa a la contratación pública (cdos. 2,3,123).

Estas previsiones se concretan ligeramente en el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible (2020). La Comisión propondrá “criterios u objetivos obligatorios mínimos en la contratación pública en iniciativas sectoriales, fondos comunitarios o legislación sobre productos”, lo que supondrá, a juicio de la Comisión, “establecer de facto una definición común de lo que es compra verde”. Con esta finalidad propondrá “legislación adicional”. Este enfoque no es una novedad. La UE parece querer reimpulsar su estrategia de doble enfoque, manifestada ya expresamente en la Directiva 2014/24 (véase cdo. 95), desarrollando obligaciones de compra verde en su legislación sectorial, pero manteniendo un régimen general de contratación pública, flexible y basado fundamentalmente en la voluntariedad.

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

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

Parece oportuno, por tanto, continuar en esta línea y dejar que sea la legislación sectorial específica la que fije objetivos obligatorios en función de las políticas y las condiciones particulares imperantes en el sector de que se

² El Parlamento mostro su respaldo al planteamiento de la Comisión en la Resolución de 15 de enero de 2020 sobre el Pacto Verde Europeo, ap. 40.

trate, y fomentar el desarrollo y la utilización de enfoques europeos para el cálculo del coste del ciclo de vida como refuerzo para el uso de la contratación pública en apoyo del crecimiento sostenible” (cdo. 95, Directiva 2014/24).

No obstante, este enfoque estratégico, basado en la introducción de obligaciones de compra verde en la legislación sectorial, no ha tenido apenas desarrollo desde la aprobación de la Directiva 2014/24. Esperemos que el impulso del Pacto Verde sea la oportunidad para dar un nuevo impulso a este enfoque sectorial. De acuerdo con esta lógica de la Directiva 2014/24, es previsible que estas obligaciones de contratación verde, si se producen, se vayan desarrollando, con más intensidad, en aquellos espacios en donde es posible conseguir una doble ganancia: alcanzar objetivos ambientales como la lucha contra el cambio climático y la reducción de la contaminación y, al mismo tiempo, conseguir un uso eficiente de los recursos públicos, obteniendo ahorros económicos para los poderes adjudicadores.

La Comisión pone el acento en la necesidad de obtener datos comparables de los poderes adjudicadores, que permita una evaluación del impacto de la compra verde. Actualmente no se dispone de una información de calidad sobre el impacto real de la compra verde, lo cual dificulta la identificación de barreras a su desarrollo y la adopción de decisiones estratégicas para su impulso. En el marco de la estrategia de economía circular, la Comisión Europea está trabajando en la elaboración de indicadores sobre el seguimiento de la contratación pública ecológica, que permita valorar sus progresos y nivel de implantación³.

Además, en el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible (2020), la Comisión realiza algunas declaraciones genéricas sin mayor valor que la expresión de una voluntad, que deberá concretarse en el futuro. Indica que fomentará la integración de criterios ecológicos y el uso de ecoetiquetas en la contratación pública, mediante “orientación, actividades formativas y divulgación de buenas prácticas” (entendemos que en la línea de lo que viene haciendo a través del [sitio web sobre contratación pública verde](#)).

De la mano de los objetivos del Plan de economía circular de la UE, la Comisión ha impulsado en los últimos años el desarrollo de fichas para diferentes tipologías de contratos⁴, con cláusulas y criterios alineados con los

³ Contenido en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre un marco de seguimiento para la economía circular (COM(2018) 29 final, Estrasburgo, 16.1.2018).

⁴ [Véase](#).

objetivos de reducción, reutilización y reciclado de residuos, especialmente en sus publicaciones de 2019 (edificios de oficinas, alimentación y catering, transporte, textil, muebles, etc.).

El Plan de Inversiones indica igualmente, de modo nuevamente muy genérico, que las metodologías del coste de ciclo de vida deberían ser aplicadas por los compradores públicos "siempre que sea posible". La Comisión contará con todos los actores de la compra pública, "incluida la industria", para desarrollar metodologías fiables. En 2019 ha destacado el impulso de la Comisión Europea al desarrollo de metodologías para el cálculo de ciclo de vida de determinadas prestaciones (*vending*, equipos de oficina, iluminación interior, ordenadores y monitores, alumbrado público), que introducen los costes derivados del consumo de recursos y del tratamiento y eliminación de residuos al final de su ciclo de vida. Parece que la Comisión está empezando a cubrir una de las barreras más relevantes para el avance de este enfoque del ciclo de vida en la contratación pública: la carencia de metodologías fáciles de aplicar y que ofrezcan seguridad jurídica a los órganos de contratación. Este es el camino para el avance de este nuevo enfoque en la valoración de las ofertas, que hasta el momento ha tenido una presencia residual en las decisiones de compra de los poderes adjudicadores europeos y españoles.

Con todo, recordemos que la Directiva 2014/24 dispone que en el supuesto de que un acto legislativo haga obligatorio un método común para calcular los costes de ciclo de vida, ese método se aplicará a la evaluación de los costes del ciclo de vida (art. 68.3). Para que estas nuevas metodologías desarrolladas por la Comisión tengan un mayor impulso deberían ser incorporadas a actos legislativos sectoriales.

El Plan de Inversiones prevé servicios de apoyo (concretamente el *InvestEU Advisory Hub*), tanto en el diseño como en la ejecución, a los promotores de proyectos de inversión, tomando en consideración los aspectos referidos a la sostenibilidad. Se prevé un apoyo personalizado para promotores públicos. La Comisión plantea en este sentido un nuevo instrumento de *screening* o cribado de contratación sostenible, con la finalidad de ayudar a los promotores públicos a hacer uso de todas las posibilidades de "ecologizar" sus proyectos de grandes infraestructuras. No se precisa el contenido concreto de este instrumento, y cuál puede ser su articulación con la técnica de la evaluación ambiental, en el caso de proyectos públicos sometidos a dicha exigencia.

2. LA ESTRATEGIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA PLANIFICACIÓN DE LA COMPRA VERDE, EN EL MARCO DE LA AGENDA 2030 Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA POLÍTICA DE ECONOMÍA CIRCULAR

2.1. LA ESTRATEGIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL INFORME ANUAL DE SEGUIMIENTO DE LA OIRESCON

El “Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 (Hacia una estrategia española de desarrollo sostenible)” (2018) considera necesario “alinear la compra pública con los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)”, uno de los cuales es la producción y consumo responsables, lo cual deberá realizarse, como indica el propio Plan, a través de la Estrategia Nacional de Contratación Pública (art. 334, LCSP).

La LCSP indica expresamente que la Estrategia acogerá medidas que permitan “utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación” (334.2, letra e). Esto atribuye a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, un papel central en el impulso de la compra verde y circular en España durante los próximos años. Está pendiente por el momento la aprobación de dicha estrategia, que debería ser la oportunidad para impulsar una planificación efectiva del impulso a la contratación verde. La estrategia debería apostar decididamente por la capacitación y formación del personal de los órganos de contratación (y también de los de los órganos de control *ex ante* y *ex post*), por el desarrollo y puesta a disposición del personal responsable de la preparación de los contratos de información y herramientas fiables y de fácil aplicación, y por el intercambio de buenas prácticas en el marco común de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En diciembre de 2019 destaca la publicación del primer “Informe anual de supervisión de la contratación pública de España”, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante OIRESCON). El informe anual realiza algunas consideraciones y recomendaciones puntuales sobre la compra estratégica:

“- Las oportunidades de mejoras en políticas sociales, medioambientales y de innovación no se tienen en cuenta al detectarse incumplimientos en el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de dichos ámbitos (impuesto de forma imperativa en la Ley)”. Sobre la base de esta conclusión, la Oficina recomienda la “inclusión preceptiva de condiciones especiales de ejecución de carácter social, medioambiental o de innovación, a efectos de posibilitar una auténtica contratación pública

estratégica". Se enfatiza lo que ya es exigible por la LCSP, pero parece que no se está cumpliendo.

La OIRESCON pone el acento en esta cuestión, acertadamente, al apreciar la existencia de un incumplimiento claro de la LCSP en este punto. El porcentaje de incumplimiento es de un 40% de los contratos referidos a los servicios a la ciudadanía o del 12% en los contratos de servicios de carácter intelectual, en relación exclusivamente a los contratos analizados por la Oficina en 2018. Se constata así que el nivel de incumplimiento es mucho más relevante en los contratos que afectan a los "servicios a la ciudadanía", que es donde deberían "cuidarse mucho más los objetivos estratégicos sociales y medio ambientales que impone la LCSP". Así la OIRESCON indica que "la recomendación ha de enmarcarse en la necesidad de que, por parte de los órganos de contratación, se cumpla lo establecido en la Ley, con el ánimo de encauzar la contratación pública hacia los objetivos estratégicos".

- Refuerzo de la formación dedicada, entre otras cuestiones, a la "contratación estratégica". El informe insiste en la relevancia de la profesionalización de la contratación pública, que no debe estar exclusivamente vinculada a la adecuada formación, sino que "más bien ha de completarse en el contexto de la carrera administrativa de los empleados público en sentido integral". Su valoración general sobre las actividades formativas de las escuelas y centros de formación estatales y autonómicos es negativa, al entender que "solo de forma muy limitada han constituido auténticos itinerarios que incentivarán y lograrán una especialización adecuada". También indica que los medios económicos dedicados a estos objetivos formativos "no han sido suficientes".

El análisis de la OIRESCON sobre la integración de consideraciones ambientales se queda corto por el momento. En todo caso, es cierto, como hemos apuntado en otros apartados de este artículo, que la información y los datos de base para la realización de un estado de la cuestión son deficientes, como apunta la propia OIRESCON en varias ocasiones en su informe.

La actividad del seguimiento del Comité Interministerial (2018) para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública puede ser una buena oportunidad para suplir este déficit. Este podría aportar información necesaria para que la OIRESCON puede hacer una evaluación adecuada de las barreras que dificultan el avance de la contratación pública estratégica, y realizar recomendaciones o instrucciones orientadas a la difusión de buenas prácticas e información y metodologías seguras y fáciles de aplicar. En este orden de cosas, y aunque no lo prevea expresamente el Real Decreto 6/2018 de constitución del Comité Interministerial, es fundamental el establecimiento de una línea de cooperación permanente entre la OIRESCON y el citado órgano.

2.2. EL PLAN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA DE LA AGE

Pese a estar pendiente la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, en 2019, se ha publicado el nuevo Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la seguridad social (2018-2025), por Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018 (Orden PCI/86/2019, de 31 de enero de 2019).

La lectura del Plan no suscita las siguientes reflexiones:

- La labor de planificación de la contratación pública verde es un elemento fundamental para su fomento. Debe ser una herramienta elaborada sobre la base de la identificación de las barreras que dificultan el avance de su desarrollo y, a partir de ahí, debe permitir definir una estrategia, metodológicamente precisa y financieramente dotada, para avanzar en la consecución de logros y metas claras en plazos específicos. Nuestra primera impresión es que el Plan no cumple estas exigencias. Se trata más bien de un documento de expresión de voluntad política, pero que demuestra escaso nivel de desarrollo y madurez como para esperar un éxito relevante.
- El contenido expositivo del acuerdo es más propio de un artículo doctrinal sobre la compra verde. No se centra en la expresión de los objetivos y medios a emplear y en su justificación, como cabría de esperar, lo cual suele ser un indicio de un documento más programático que de un plan con potente vocación ejecutiva.
- Los datos de partida sobre el estado de la cuestión y el nivel de implantación de la compra verde de los que parece partir el plan parecen pobres, como para poder realizar un análisis de las necesidades administrativas para el impulso de las adquisiciones ecológicas. Se citan en su introducción dos informes de evaluación, el último de los cuales es de 2015. La falta de datos de calidad es una carencia actual que limita los procesos de análisis y mejora del régimen de la contratación pública y el cumplimiento de sus objetivos, entre ellos los estratégicos. Es preciso potenciar la recopilación de datos comparables de calidad, que permita hacer una evaluación del avance de la compra verde e identificar aquellas administraciones y departamentos avanzados, que aporten

buenas prácticas y experiencias. En este sentido habrá que hacer seguimiento del desarrollo de indicadores sobre compra verde y circular que está llevando a cabo la Comisión Europea.

- El Plan se centra fundamentalmente en el grupo de bienes, obras y servicios identificados como prioritarios por la Comisión Europea. Es una aproximación acertada que permite mantener la coherencia con la estrategia europea. Centrar el foco en un grupo de contratos, con elevado impacto, es una aproximación prudente y realista en la fase en la que nos encontramos en el desarrollo de la compra verde.

En su anexo recoge una tabla de "criterios y especificaciones". El Plan identifica una serie de objetivos por tipo de contrato, que, en determinados casos, no deben confundirse con criterios o cláusulas ambientales a integrar directamente en los pliegos. Estos objetivos deben concretarse en mayor medida, mediante la configuración de cláusulas precisas y claras, acompañadas de los medios de medición y verificación objetivos. En este sentido el Plan remite a las fichas elaboradas por la Comisión Europea. Es un buen criterio. No obstante, nada impide esperar mayor dinamismo de las administraciones públicas territoriales en la promoción de la compra pública verde. La AGE podrían desarrollar un papel muy relevante de identificación y difusión de buenas prácticas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. La ORIESCON y el Ministerio de Transición Ecológica (en colaboración por ejemplo con Universidades Públicas) podrían desarrollar una labor conjunta importante en este sentido.

- El Plan hace referencia a que los órganos de contratación "podrán utilizar" el uso de los criterios o cláusulas ambientales previstas en los anexos del Plan (ap. 5º). El Plan debería haber puesto el acento en la existencia de obligaciones de compra verde ya previstas en diversas normas sectoriales (vehículos, productos energéticos, etc.). Esto es especialmente relevante si tomamos en consideración el desconocimiento (o la falta de consideración) por parte de los órganos de contratación de estas exigencias de compra externas al régimen general de la contratación, que hacen que su eficacia práctica sea limitada. Además la LCSP ya no se basa exclusivamente en el enfoque voluntario, estableciendo exigencias, en determinados casos, de integración de criterios ambientales y con relación de a determinadas tipologías de cláusulas.

- El Plan define una serie de objetivos genéricos referidos al apoyo a determinadas políticas ambientales, como la economía circular, y a la promoción del papel de determinados instrumentos de mercado ambientales, como herramientas para integrar la perspectiva ambiental en la preparación de los contratos.

En primer término, se integran objetivos de compra circular, centrados en la durabilidad de los productos o el aprovechamiento de materias primas secundarias. Realiza una mera declaración genérica de objetivos en este plano. En segundo lugar, se indica la necesidad de promover el uso de etiquetas ecológicas en la preparación de los contratos. La adquisición de productos o servicios que cumplen con los requerimientos de la ecoetiqueta comunitaria es una fórmula simplificada de integrar el enfoque circular en la actividad contractual de los entes del sector público, ya que estos instrumentos ambientales integran el impacto de las prestaciones en todo su ciclo de vida, minimizando su impacto en todo el proceso y fomentando la recuperación o reciclado de residuos. En tercer término, el Plan también dispone que “se promoverá la contratación de empresas que dispongan de sistemas comunitarios de ecogestión y ecoauditorías, conocido como EMAS”. Siendo encomiable este objetivo habrá que tomar en consideración en su aplicación la limitación legal a la exigencia de un concreto sistema de gestión ambiental, y la necesidad de abrir la posibilidad de que los licitadores presenten certificados y medios equivalentes de prueba.

- Indica que la administración “debe esforzarse en reducir la huella de carbono, y consecuentemente, adquirir bienes, servicios y productos con la menor huella de carbono posible calculada de forma comparable”. Con este fin, “entiende necesario” incluir un criterio de adjudicación basado en la huella de carbono, con relación a los 20 grupos de prestaciones objeto del Plan. Propone, concretamente, introducir un criterio de valoración que valore la inscripción en el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo) o “esquema similar”. Se apunta que “este registro garantiza que la organización no solo calcula las emisiones derivadas de su actividad, sino que también tiene en marcha un plan de reducción”.

Esta propuesta no ha sido suficientemente meditada. Este criterio no está vinculado al objeto del contrato. Hace referencia en principios a la inscripción registral de un operador económico, no a la valoración de la concreta compensación de emisiones vinculadas a la ejecución de la prestación. Es un criterio subjetivo, no vinculado por tanto a las características de la prestación y, en consecuencia, que no cumple con las exigencias del principio de igualdad de trato del régimen de la contratación pública.

De acuerdo con lo indicado, habrá que acudir más correctamente a un “esquema similar”. Este podría ser el establecimiento de una condición de ejecución que establezca la obligación del contratista de financiar y/o ejecutar anualmente proyectos de compensación sobre la base de un determinado porcentaje de precio del contrato. Ello debería ir acompañado del establecimiento de la obligación de seguimiento de las emisiones de CO2 directamente vinculadas a la ejecución de la prestación, para lo cual habrá que concretar en los pliegos la concreta metodología y el procedimiento técnico a aplicar, con la finalidad de que la valoración sea objetiva y no dé lugar a conflictos interpretativos o de no dar lugar a una modificación *de facto* del contrato en beneficio del operador. Será igualmente importante que esa metodología de cálculo haga posible determinar la concreta compensación de emisiones, que se alcancen con los proyectos de compensación ejecutados por el contratista. Una cláusula de esta naturaleza sólo sería viable legalmente en el supuesto de que sea viable aplicar metodologías objetivas y precisas que permitan precisar el impacto climático de la prestación y los términos de las obligaciones del contratista.

- Esta reducción de la huella de carbono “se realizará de manera gradual por cada órgano de contratación”, de acuerdo con un concreto calendario (de acuerdo con el número de contratos licitados, un 15% en 2020, un 30% en 2022 y un 50% en 2025).

Antes del 31 de diciembre de 2019, un grupo de trabajo emitirá “un informe a la Comisión Interministerial sobre el grado de desarrollo de estos criterios”. Sería una buena oportunidad para que sobre la base de un sólido conocimiento técnico del régimen de la contratación, se propongan línea de desarrollo de cláusulas o criterios ligados a la huella de carbono de las prestaciones. El establecimiento de criterios o cláusulas objetivos, precisos y

mesurables, referidas a la huella de carbono, sería una herramienta muy relevante para la integración de la variable climática y ambiental en las decisiones de compra. Ello también permitiría alcanzar, a través de cláusulas proporcionadas, objetivos similares a los que se pretende alcanzar con cláusulas territoriales, que por el momento tienen difícil encaje en nuestro derecho comunitario de la contratación y con relación a las cuáles los tribunales administrativos hacen estrictos test de proporcionalidad.

- No se fijan objetivos mínimos de incorporación de criterios ecológicos. Parece razonable que el contenido de un plan sea definir metas y objetivos conjunto para la AGE. Es cierto que esto requiere de una evaluación previa y de la disponibilidad de datos sobre el nivel de implantación y desarrollo de la compra verde en las diferentes tipologías de contratos prioritarios. El Plan se limita a indicar que “los departamentos ministeriales, los organismos autónomos y las entidades gestoras de la seguridad social, establecerán en el plazo de un año desde la publicación en el BOE del presente Plan, un marco de actuación en el que se establezcan objetivos mínimos de incorporación de criterios ecológicos en los contratos formalizados en el período de duración del plan” (ap. 8º). Trasladar a los diferentes órganos sectoriales la determinación de objetivos en relación a una forma de compra, la estratégica, que por el momento no goza de un impulso suficientemente relevante, creo que precariza la ambición y los objetivos tangibles que se puedan esperar de este plan. Se echa en falta por tanto una mayor capacidad directiva de este documento, para que pueda considerarse que tiene el carácter efectivo de un plan.
- La Comisión Interministerial regulada en el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, “garantizará la coordinación de la AGE, sus organismos públicos y las entidades gestoras de la Seguridad Social, en la incorporación y el uso de criterios ecológicos en la contratación pública” (ap. 9º). Asimismo, un grupo de trabajo dependiente de dicha Comisión, elaborará, cada dos años, el informe de evaluación de plan que se elevará, previa aprobación de la comisión interministerial, al Consejo de Ministros para su conocimiento. No vamos a reiterar aquí la relevancia trascendental sobre la disponibilidad de datos objetivos sobre el progreso de la compra verde, y de un análisis que permita valorar las barreras a su desarrollo. Sin eso será difícil acertar tanto el diagnóstico como el tratamiento.

La base de este proceso es la disponibilidad de información de calidad, pero ello no puede ser a costa de sobrecargar a los órganos de contratación con exigencia de elaboración de informes. La Plataforma de Contratación del Sector Público y las Plataformas autonómicas deben permitir la obtención de información de calidad y comparable, sin que ello suponga una carga suplementaria de gestión para los órganos de contratación. El Plan prevé asimismo la elaboración de indicadores específicos "de carácter general o específicos", en el plazo de un año, así como instrumentos, "incluidos electrónicos", que faciliten el seguimiento de la implantación de las actuaciones del plan.

Con todo, el Plan se conforma con las soluciones habituales, que no van precisamente en este sentido. Exige a las subsecretarías de los departamentos la remisión, con carácter bienal, a la subsecretaría para la Transición Ecológica la información relativa al grado de implantación de los criterios ecológicos en los contratos formalizados en este período, con el fin de realizar el seguimiento de las actividades desarrolladas y la revisión de los resultados obtenidos.

Hubiera sido preferible, desde mi punto de vista, que la labor de seguimiento se hubiera realizado el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Los objetivos ambientales son objetivos de la contratación pública. No son objetivos externos de carácter secundario, que deben ser valorados por órganos sectoriales. Asignando la promoción y el impulso de la compra verde al Ministerio de Medio Ambiente, reforzamos una percepción secundaria de estos objetivos y reducimos la integración efectiva de esta perspectiva estratégica, que puede llegar a ser percibida como algo accesorio y externo por los órganos de evaluación y supervisión de la contratación.

Con todo, las actuaciones de seguimiento se realizarán en coordinación con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Esta coordinación es especialmente relevante especialmente teniendo en cuenta que en el seno de la Junta, se integra el Comité de Cooperación en materia de contratación pública (art. 328, LCSP). Este órgano es el responsable de la elaboración de la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública, de coordinar los criterios interpretativos de las administraciones públicas y de analizar las "cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés

común". Es especialmente relevante que las conclusiones de seguimiento del Comité Interministerial lleguen al Comité de Cooperación, a los efectos que puedan ser integradas en las propuestas e informes de este, especialmente si tenemos en cuenta que en su seno no está prevista la integración de representantes del Ministerio de Transición Ecológica.

La actividad de seguimiento del Comité Interministerial debe conectarse con la actividad de supervisión anual de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) (art. 329, LCSP). Recordemos que la Oficina debe "velar por la correcta aplicación de la legislación de contratación pública", así como promover "el seguimiento de buenas prácticas". Para dar cumplimiento a dichas funciones podrá, entre otras cuestiones, "aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación". No obstante, el Plan no prevé la interconexión entre la labor de seguimiento del Comité Interministerial y la OIRESCON. Pese a ello, el Informe Anual de Supervisión de la Contratación, que debe elaborar la OIRESCON, debería tomar en consideración las conclusiones de la labor de seguimiento bianual del Comité Interministerial, aunque no haya ninguna previsión en el Plan o en la regulación que lo haga exigible. Teniendo en cuenta la carencia de datos de calidad para hacer una buena valoración de la aplicación estratégica de la contratación pública, las funciones del Comité Interministerial y la adecuada articulación con la OIRESCON son elementos fundamentales para que el Informe Anual refleje el estado de la cuestión y pueda llevar a cabo propuestas y recomendaciones eficaces en la promoción de dicho enfoque.

- El Plan prevé la realización de actividades de formación e información, en colaboración con el INAP y otros centros de formación especializada, dirigidos al personal responsable de la elaboración de los pliegos y supervisión de la ejecución de los contratos. Este es un objetivo central, en el que las diferentes administraciones han avanzado de forma desigual. Es fundamental el desarrollo de planes sistemáticos y de amplio alcance para la formación del personal técnico de las administraciones públicas territoriales. Debe ser una formación verdaderamente profesionalizadora, centrada en la aplicación de fichas contractuales, el conocimiento de experiencias de

éxito y la aplicación de nuevas metodologías, como el ciclo de vida de los productos. En este sentido, pueden desarrollar un rol importante en el intercambio y conocimiento de buenas prácticas formativas el Comité de Cooperación en materia de contratación pública (art. 328, LCSP) y la OIRESCON (art. 332, LCSP).

- La Estrategia Nacional de la Contratación Pública debe aprobar un plan específico en materia de formación, con la finalidad de promover la profesionalización de la contratación (art. 334.1, letra e, LCSP), por lo que sería adecuado integrar los objetivos y medidas formativas del Plan con las previsiones de la estrategia nacional. De todas formas, el carácter vinculante y su ámbito amplio de aplicación, que se extiende a todo el sector público, sitúan a la Estrategia Nacional como la herramienta idónea para la profesionalización de la contratación y la promoción del uso estratégico de la compra pública.

3. EL PAPEL DE LA COMPRA PÚBLICA EN LA REALIZACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN Y LA NORMATIVA SECTORIAL AMBIENTAL (ECONOMÍA CIRCULAR Y EMERGENCIA CLIMÁTICA, FUNDAMENTALMENTE)

3.1. LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE ECONOMÍA CIRCULAR Y SU PAPEL EN EL IMPULSO DE LA COMPRA ESTRATÉGICA

Desde el año 2010, la UE ha fijado como uno de los objetivos centrales de su estrategia de desarrollo socioeconómico la realización de una economía circular que utilice eficientemente los recursos naturales, en la que los materiales y recursos se mantengan el máximo tiempo en la economía, mediante la reutilización y el reciclado, y en la que se minimice la generación de residuos.

El Plan de Acción de Economía Circular (2015) pretende marcar el rumbo hacia una “economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva”, con la finalidad de “proteger a las empresas contra la escasez de recursos y la volatilidad de los precios, y contribuir a crear nuevas oportunidades empresariales, así como maneras innovadoras y más eficientes de producir y consumir”. Este documento considera la contratación pública verde como una herramienta fundamental para la integración de los requisitos

y objetivos de la política de economía circular en la actividad contractual de los poderes adjudicadores.

El mencionado Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado (2018-2025) marca como objetivo “servir de impulso a la estrategia española de economía circular”, y recoge algunas previsiones específicas en este sentido, que merecen la valoración que ya hemos apuntado en el anterior epígrafe.

El desarrollo actual de las estrategias y planes nacionales, autonómicos y locales en materia de economía circular debe ser aprovechado (y así parece estar ocurriendo en algunas administraciones) para dar un impulso estratégico coherente a la compra pública verde e innovadora.

La Declaración del Gobierno ante emergencia climática y ambiental, adoptada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 2020, prevé la aprobación de una estrategia de economía circular. El borrador de Estrategia española de economía circular 2030 (febrero, 2018), elaborado por el gobierno del Partido Popular, identifica la compra verde como una “herramienta imprescindible” que es preciso impulsar. Define una serie de objetivos que se podrán alcanzar a través de la introducción de cláusulas de economía circular en los contratos públicos: fomento de los productos forestales certificados como sostenibles; uso de la biomasa como fuente de energía en edificios públicos; etc. No obstante el enfoque estratégico es pobre e incompleto, e indica una escasa comprensión de las necesidades vinculadas al fomento de la compra verde. No obstante, parece más que probable que el texto sufra modificaciones, por lo que esperemos que integre un enfoque más atinado en esta temática.

En 2019 se aprobó la Agenda Urbana Española (2019), en ejecución del Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030 en España. Es un documento estratégico, de adhesión voluntaria, que define objetivos sostenibilidad urbana, en coherencia con los criterios de la Agenda 2030. Es una herramienta al servicio de la elaboración de Planes de Acción por parte de sujetos públicos y privados. A los efectos del tema de estudio, la estrategia marca como uno de sus objetivos específicos -en el marco de su objetivo estratégico 4º “hacer una gestión sostenible de los recursos y favorecer la economía circular”- “establecer criterios de compra pública circular en el ámbito local que permitan cerrar el ciclo de los materiales incluyendo la compra y uso de productos y materiales de segunda mano”. En especial, “habría que fomentar la utilización de criterios sobre el ciclo de vida de los materiales en la contratación pública”.

En 2020 las Comunidades Autónomas están empezando a aprobar (es el caso de Galicia y País vasco) estrategias propias de economía circular, que incorporan el fomento de la compra verde como uno de sus objetivos.

La Estrategia Gallega de Economía Circular profundiza en mayor medida que el País Vasco en las posibilidades que ofrece la compra verde en este plano, recogiendo una serie de medidas o actuaciones para promover su implantación en la actividad de compra de la administración autonómica. Se trata de un primer paso. Hasta ahora no han existido políticas y actuaciones convincentes de promoción de la compra verde. Habría que aprovechar este impulso para el desarrollo de una verdadera planificación de la contratación verde, que dé lugar a medidas concretas centradas en el desarrollo de recursos e información de calidad, el intercambio de buenas prácticas y en la profesionalización de los técnicos del sector público autonómico y local, con el apoyo de los órganos competentes en contratación pública, medio ambiente y formación del personal de las administraciones públicas.

El Plan de Acción (2020-2030) de la Estrategia Gallega señala como objetivos concretos en este ámbito “analizar y revisar las barreras administrativas para introducir la compra verde en los pliegos de condiciones”, “fomentar el consumo responsable de los recursos mediante el uso de procedentes de materiales reciclados o reutilizados”, “estimular la actividad innovadora en el tejido industrial a través de la compra pública circular (CPC)” e “incentivar la compra pública verde y circular”.

Entre las medidas previstas para alcanzar los mencionados objetivos, destaca la previsión del desarrollo de “una regulación a nivel autonómico u local”, “en base a criterios de circularidad, cercanía y sostenibilidad”. Asimismo, fija como objetivo a 2030 que el 100% de la compra pública incluya criterios ecológicos y circulares, así como que el 40% de los productos adquiridos incorporen material reciclado o sean reutilizables. También el Plan recoge la aprobación de un “programa específico de compra pública que incentive los proyectos innovadores en la economía circular”, que debería permitir que un 25% de la compra pública innovadora, se adecue a las características de la compra circular.

Siempre que nos encontramos ante el desarrollo de una estrategia de esta naturaleza, puede que nos hallemos ante un documento programático, cuyo efecto se agota en el buscado efecto político a corto plazo o en la construcción de una apariencia mediática, o que nos situemos ante un verdadero plan con objetivos específicos y realistas, con medidas razonables para su consecución y medios de financiación suficiente para su ejecución. La plasmación presupuestaria de esta estrategia, puramente estimativa y general en el documento, será un elemento indispensable para valorar la convicción política

transformadora real de esta estrategia, o su mera vocación “político-panfletaria”. Veremos a partir de ahora ante qué nos encontramos en este supuesto.

Por su parte las referencias de la Estrategia Vasca de Economía Circular a la compra verde y circular son más concisas, si bien goza de la credibilidad del recorrido realizado en la última década en materia de compra verde por la administración vasca, a través del trabajo desarrollado por el IHOBE. La estrategia prevé una asignación presupuestaria de 2 millones de euros para 2020, así como una estimación de las asignaciones presupuestarias anuales hasta 2025.

En el marco de las acciones de “consumo circular”, la Estrategia Vasca recoge el desarrollo de un Programa de Compra y Contratación pública Verde, para incluir nuevos criterios de economía circular en la actividad contractual de su sector público. También establece la necesidad de impulsar “la recogida y reparación de productos de segunda mano a nivel municipal y comarcal”. Esta previsión es acertada. Los entes locales tienen a través de su actividad contractual una relevante capacidad para reintegrar en el mercado materiales que están siendo tratados actualmente como residuos (ropa, muebles, aceite usado, chatarra, etc.), particularmente a través de la colaboración con entidades de economía social y aprovechando las posibilidades que ofrece la LCSP con esta finalidad.

La Federación Española de Municipios y Provincias⁵ ha desarrollado un Modelo de Estrategia Local de Economía Circular, “con la finalidad de unificar las recomendaciones para las entidades locales y autonómicas”. El modelo es un documento que pretende servir de guía metodológica a las entidades locales en el desarrollo de su propio Plan de Acción Municipal, y que ofrece recomendaciones prácticas “para facilitar la adopción e implantación de los principios de la economía circular en sus ámbitos de actuación”. Con todo, lo que ofrece realmente la FEMP es un modelo para la ejecución de estrategias de desarrollo sostenible urbano, en coherencia con los objetivos de la Agenda 2030. Su ámbito se extiende más allá del propio de la economía circular más apegada a las competencias municipales, fundamentalmente la gestión de residuos, y se extiende al resto de los ámbitos y políticas de sostenibilidad urbana (transportes sostenibles, gestión del agua, eficiencia y ahorro energético, desarrollo de nuevas tecnologías, transparencia y gobernanza, etc.). El desarrollo de estrategias de economía circular con un ámbito material más restrictivo, centradas exclusivamente en la política municipal de residuos, puede ser, a mi juicio, más eficiente para facilitar la consecución realista de objetivos y permitir el desarrollo de planes más sólidos y maduros. Ello

⁵ [Véase este enlace.](#)

generaría un menor riesgo de incurrir en el desarrollo de estrategias con un mero contenido programático, y con escaso recorrido práctico y verdaderamente transformador.

Desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio, el modelo de estrategia apunta una serie de recomendaciones sobre el uso de la compra pública sostenible, que tienen su interés, más que por su precisión técnica, como llamada de atención a las entidades locales sobre las posibilidades que ofrecen determinadas tipologías de contratos públicos, habituales en el ámbito local, para apoyar la consecución de los objetivos de la circularidad u otros fines vinculados (planificación urbanística sostenible, soluciones basadas en la naturaleza, suministro eléctrico renovable, ahorro y eficiencia energética, movilidad sostenible, salud pública, alimentación saludable, etc.).

3.2. LA PRESENCIA DE LA COMPRA VERDE EN LA RECIENTE NORMATIVA SECTORIAL AMBIENTAL

Desde el ámbito de la contratación no hay que olvidar los mandatos del legislador comunitario en materia de residuos referidos al impulso de la contratación circular. Es el caso de la Directiva 2018/851, de 30 de mayo de 2018, sobre residuos, derivada precisamente del Plan de economía circular de 2015. La Directiva exige a los estados la aplicación de instrumentos económicos para incentivar el reciclaje y la reutilización y, entre ellos, apunta a la “contratación pública sostenible para incentivar una mejor gestión de residuos y el uso de productos y materiales reciclados” (anexo IV).

Esta previsión es coherente con nuestra vigente Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados, que dispone que “las administraciones públicas promoverán en el marco de contratación de las compras públicas el uso de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas” (art. 16.2). La transposición de la Directiva comunitaria, previsiblemente en 2020, deberá incorporar con mayor intensidad el impulso de la compra pública como un instrumento al servicio de los objetivos de las políticas de economía circular.

La Declaración del Gobierno ante emergencia climática y ambiental, adoptada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 2020, prevé igualmente la aprobación de una Ley de cambio climático y transición energética, que se ha comprometido a impulsar el Ministerio de Transición Ecológica⁶.

⁶ El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030 del Ministerio de Transición Ecológica integra el fomento a la compra pública energéticamente sostenible, como una de sus medidas.

El texto del anteproyecto sometido a información pública en 2019 prevé un artículo dedicado específicamente a contratación pública, en el que se contienen mandatos de compra verde a la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal (art. 25). La norma responde al modelo de la estrategia europea de doble enfoque: por una parte, mantener un régimen general y flexible de contratación pública, que permita avanzar en mayor o menor medida en el uso estratégico de la contratación pública; por otra parte, desarrollar progresivamente un régimen sectorial que vaya introduciendo obligaciones de compra verde en sectores alineados con las prioridades de la política ambiental, y en donde se produzcan resultados de doble ganancia, eficiencia económica y cumplimiento de objetivos ambientales.

En primer lugar, el texto del anteproyecto dispone que las entidades del sector público estatal deberán incorporar prescripciones técnicas en los pliegos de contratación, que hagan referencia a la "reducción de emisiones" y a la "huella de carbono" dirigidas específicamente a la lucha contra el cambio climático (art. 25.1).

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley, el Ministerio de Transición Ecológica y el Ministerio de Hacienda elaborarán un catálogo de prestaciones en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios mencionados de lucha contra el cambio climático, y en el que se identificarán tales criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono. Este es el tipo de actuación que elimina barreras en el avance de la compra verde y estratégica. La identificación de aquellos contratos en los que es viable y posible la integración de cláusulas, de acuerdo con los límites de la LCSP y las características de cada mercado, así como la propia concreción de cláusulas o criterios climáticos seguros y fáciles de aplicar, es la mejor forma de impulsar el uso estratégico de la compra pública.

La norma restringe este proceso de definición e identificación de cláusulas ambientales a las prescripciones técnicas. No entendemos porque la Ley no hace extensible este proceso de definición de criterios o cláusulas ambientales a los criterios de valoración de ofertas y, muy especialmente, a las condiciones especiales de ejecución de los contratos, que tantas posibilidades ofrece con vistas a una aplicación segura y fiable de la compra verde.

La Ley acierta al prever una elaboración conjunta de catálogo de prestaciones y criterios climáticos entre el Ministerio de Transición Ecológica y el de Hacienda, ya que eso, por una parte, da más garantías para un desarrollo técnico acertado de los criterios y cláusulas climáticas y, por otra, no desvincula a los órganos administrativos responsables de la contratación del proceso de integración de consideraciones ambientales en la actividad contractual.

Trasladar esta responsabilidad exclusivamente al Ministerio de Transición Ecológica, supone perpetuar la percepción de que la compra verde es algo externo a la contratación, cuando, de acuerdo con el principio de integración ambiental y la propia regulación de contratos en vigor, es un objetivo más de la contratación pública, que redefine además los objetivos clásicos de la eficiencia y la libre competencia.

En segundo término, el artículo 25.2, obliga a las entidades del sector público estatal a incluir como criterios de adjudicación “algunos de los siguientes”:

- “Consumo de energía casi nulo y, en su caso, requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten”.
- “Ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones”.
- “Uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil”.
- “Medidas de reducción de las emisiones en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas”.
- “Medidas de adaptación al cambio climático”.

Más que cláusulas o criterios la Ley define objetivos que se pueden alcanzar con la utilización de criterios de adjudicación climáticos. Debido a los riesgos y el mayor grado de riesgo jurídico que plantean los criterios de adjudicación, sería deseable que el proceso de definición de prestaciones y especificaciones técnico-climáticas se extienda a estos, como hemos apuntado en este mismo apartado.

Además de establecer qué prestaciones comprar, con características climáticas, el anteproyecto dispone qué “no comprar”. Así, los entes del sector público estatal no podrán prorrogar los contratos de arrendamiento de inmuebles (salvo en el caso de los radicados en el extranjero), cuando no tengan la consideración de edificación con consumo de energía casi nulo, conforme a la versión vigente en 2020 del Código Técnico de la Edificación (art. 25.3, LCSP).

Esta misma perspectiva del anteproyecto, orientada al establecimiento de obligaciones de compra verde y la fijación, en consecuencia, de restricciones a la libre determinación del objeto del contrato por parte de los órganos de

contratación, la encontramos en la legislación sectorial ambiental de las Comunidades Autónomas. Además de las ya habituales, desde hace años, referencias genéricas a la compra verde, empezamos a encontrar mandatos intensos de impulso de la contratación pública ecológica en relación a productos y prestaciones reutilizables y reciclables (p.e., Ley foral 14/2018, de residuos de Navarra), o la lucha contra el cambio climático (p.e., Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático de Cataluña; Ley 8/2018, de 8 de octubre, frente al cambio climático de Andalucía).

En el año 2019 destaca la aprobación de la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de Islas Baleares. La norma dedica el capítulo I del Título IV (“políticas de sensibilización y ejemplificación”) a las “Medidas de contratación”. No sé si la denominación del Título, en el que se enmarcan las medidas de contratación, es la más adecuada. Los efectos de la contratación verde van mucho más allá de lo ejemplarizante. Se proyectan fundamente en la reducción de los efectos ambientales de la actividad de consumo, y, muy especialmente, en el fomento de la innovación y el empleo en sectores ambientales emergentes.

Además de algunas previsiones que indirectamente remitirán al uso de la compra verde como herramienta de ejecución de tales objetivos, la norma establece directamente la exigencia de que las administraciones públicas de las islas, incluidos sus entes instrumentales, promuevan “la sostenibilidad energética y medio ambiental”, en el marco de la legislación de contratos del sector público (art. 68.1, Ley 10/2019). Con esta finalidad, “incorporarán, siempre que el objeto del contrato lo permita, criterios de sostenibilidad y de eficiencia energética en la contratación”. En caso contrario, “los pliegos justificarán motivadamente la no inclusión de dichos criterios” (art. 68.1, Ley 10/2019).

Las administraciones públicas de las Islas Baleares “introducirán como criterios de valoración la inscripción de los licitadores en los registros públicos de huella de carbono y la reducción o la compensación de sus emisiones” (art. 68.3, LCSP). Del mismo modo que el Plan español, la Ley Balear se equivoca a la hora de establecer como criterio de adjudicación un elemento que inicialmente está ligado al comportamiento subjetivo de los licitadores, y no está vinculado al objeto del contrato. Las normas sectoriales ambientales deben definir objetivos de integración ambiental en la actividad contractual, así como un proceso administrativo, con apoyo técnico-ambiental y contractual de calidad, para la determinación *a posteriori* de cláusulas o criterios fiables, claros y precisos, que den seguridad a los órganos de contratación y que contribuyan así a superar las reticencias al avance real de la compra estratégica.

La Ley Balear integra previsiones concretas de exigencia de integración de criterios o cláusulas ambientales en la contratación, referidas a la garantía de origen renovable del consumo eléctrico (art. 69), el abandono de energías renovables por parte de la Administración (art. 70), la realización de obras públicas (art. 71), el alquiler o la adquisición de inmuebles con criterios energéticos (art. 72), los vehículos de las administraciones públicas (art. 73) y la organización de acontecimientos y actos públicos (art. 74). La norma también integra un mandato de compra verde dirigido a la política agraria. Dispone, en este orden de cosas, que se adoptarán medidas orientadas a “la promoción de los productos agroalimentarios de proximidad y ecológicos y su incorporación a la contratación pública, para conseguir una agricultura y una ganadería que puedan desarrollar variedades locales adaptadas a las nuevas condiciones climáticas y para avanzar hacia un modelo de autosuficiencia alimentaria de calidad altamente eficiente” (Disposición adicional sexta, ap. 4º, letra e, Ley 10/2019).

Finalmente, destaca el papel atribuido por la ley al Instituto Balear de Energía, como entidad de apoyo técnico y asesoramiento para las administraciones contratantes en la aplicación de los citados mandatos de compra verde (arts. 8.4, letra j, y 69.4). Este Instituto será igualmente responsable, “en colaboración con los sectores afectados”, de elaborar guías técnicas que permitan la aplicación de las exigencias de compra verde en materia de obras públicas (previstas en el art. 71). Este tipo de previsiones es fundamental. Ante la falta de información fiable y las dificultades de los técnicos de los órganos de contratación para generar cláusulas seguras y fiables, que en muchos casos llevan a la inhibición, la disponibilidad de un órgano técnico y especializado y el establecimiento de vías de colaboración ágil son herramientas necesarias para superar parte de las barreras que dificulta el avance de la compra verde e innovadora.

4. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS CENTRALES DE RECURSOS CONTRACTUALES: ¿FUENTE DE SEGURIDAD JURÍDICA O DE CONFUSIÓN EN LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS O CLÁUSULAS AMBIENTALES? ANÁLISIS DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TARC Y SU INJUSTIFICADO Y GRAVE PERJUICIO AL USO ESTRATÉGICO DE LA COMPRA PÚBLICA

En 2019 el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha desarrollado su doctrina sobre las posibilidades y límites para la determinación de criterios de adjudicación de carácter estratégico, a través de la Resolución 235/2019, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La

doctrina del TARC de esta Resolución trae causa de pronunciamientos previos (p.e., Resolución 4/2018, de 26 de noviembre) y se ha extendido a otros de sus pronunciamientos recientes (véase si ánimo de exhaustividad las Resoluciones 344/2019, 897/2019, 1116/2019, o 14/2020 del TARC, o la Resolución 8/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

No valoraremos los concretos criterios o cláusulas que son objeto de control en esta resolución 235/2019, sino que nos limitaremos a hacer un análisis de la doctrina derivada, que el Tribunal declara de aplicación a todos los criterios de adjudicación de naturaleza estratégica. Insistimos, nuestro análisis es panorámico y se refiere al amplio impacto regresivo de esta doctrina en el impulso de la compra verde. No entraremos en el análisis del caso, valorando la apreciación del Tribunal sobre los concretos criterios de adjudicación objeto de análisis. De hecho la Resolución indicada se pronuncia sobre criterios de naturaleza social, como un criterio referido a las mejoras salariales, pero lo hace con vocación de establecer una doctrina de alcance general a todos los criterios de adjudicación estratégicos.

El Tribunal ha acogido una doctrina que interpreta de forma restrictiva Directiva 2014/24 y la LCSP y que restringirá, en caso de mantenerse, de forma notabilísima el recurso a este instrumento de mercado. Recordemos que la estrategia europea de desarrollo socioeconómico para Europa, el “Pacto Verde Europeo”, sitúa, al menos a la compra verde, como una herramienta esencial en el camino hacia el desarrollo de una economía europea sostenible, competitiva e innovadora.

La Resolución 235/2019, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se pronuncia sobre la legalidad de criterios de adjudicación sociales referidos a objetivos de conciliación y mejora salarial. No se valoran criterios ambientales, pero, como hemos dicho, el Tribunal traslada el impacto de su doctrina, como veremos a continuación, a la determinación de cualquier criterio de adjudicación estratégico, entre ellos los configurados sobre la base de características ecológicas.

Los criterios valorados son los siguientes:

“a) Calidad del empleo. Condiciones salariales. (Hasta un máximo de 5 puntos) Se valorarán las propuestas de mejora de las condiciones salariales sobre lo establecido en el Convenio de Limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias. Se dará la máxima puntuación a la propuesta que presente el mayor porcentaje de subida salarial y el resto se reducirá proporcionalmente.

b) Medidas concretas de conciliación: (Hasta un máximo de 5 puntos)

Se valorarán las medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar que el licitador se compromete a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato y que mejoren los mínimos establecidos en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

El licitador deberá presentar la propuesta señalando las medidas concretas a aplicar de entre las que se indican a continuación: - Ampliación de la edad del menor para solicitar la reducción de jornada, expresado en días (1 punto). - Ampliación del permiso retribuido por maternidad expresado en días (1 punto). - Ampliación del permiso retribuido por paternidad expresado en días (1 punto). - Ampliación del período de excedencia por cuidado de hijos expresado en días (1 punto). - Oferta de cheque servicio que facilite la atención de menores, indicado en importe por años y trabajador (1 punto).

Se asignará un punto por cada una de las medidas descritas. En cada una de las medidas propuestas como mejoras sociales se otorgará la mayor puntuación a la mejor propuesta y el resto se reducirá proporcionalmente”.

El Tribunal marca de partida los parámetros del análisis de legalidad de los criterios de adjudicación indicados en los siguientes términos:

“La determinación de si los dos indicados criterios sociales de adjudicación impugnados son o no conformes con la Directiva 2014/24/UE y, de serlo, si lo serían también con la LCSP, ha de hacerse, en primer lugar, ante dicha Directiva y mediante el examen de la adecuación de aquellos criterios de adjudicación a la citada Directiva en dos aspectos concretos, a saber:

1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público: a) Deben estar vinculados al objeto del contrato. b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente. c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento. d) Deben publicarse previamente.” (F.J. 6º)

En el primer test el Tribunal analiza si se trata “realmente” un criterio de adjudicación. En segundo término, si tiene ese carácter, el Tribunal valora el cumplimiento de las condiciones de la Directiva y la jurisprudencia del TJUE.

Para el Tribunal, para que podamos hablar de un verdadero criterio de adjudicación, deben concurrir “la cualidad necesaria exigida por la Directiva

2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación" (F.J. 7º).

"A ese fin, la Directiva 2014/24 determina en su Considerando 89 que:

(89) «La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos "oferta económicamente más ventajosa" como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas...».

Y en el Considerando 90 determina que (90)

«La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte, conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato».

Por tanto, en la citada Directiva, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe efectuarse sobre la base criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y respecto de la fijación de normas de calidad, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.

En fin, sobre ese aspecto, la Directiva 2014/24 concreta en su Considerando 92 la condición esencial de todo criterio de adjudicación, al determinar que:

*(92) «Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. **Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas.** En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y*

medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”.

Por tanto, la Directiva concreta ese aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar; tal como se define en las especificaciones técnicas.

De lo anterior se deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la Directiva 2014/24 no ignora que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio, comprensivo de los factores que intervienen en cualquier fase del ciclo de vida de la prestación; pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio. Es decir, la prestación contractual.

Lo anterior resulta confirmado por el Considerando 94 de la Directiva 2014/24, que determina que: (94) «Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta».

Por tanto, las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto éste último que el artículo 67 de la Directiva concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. De lo que

*se sigue que un criterio de adjudicación solo puede basarse en aspectos, circunstancias o cualidades concurrentes en el personal empleado en la ejecución del contrato cuando, **ello afecte al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato o afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto.***

Y en caso de que se tenga en cuenta la calidad del personal (como por ejemplo en los servicios intelectuales), se pueden utilizar como criterios de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal.

A contrario, no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico.

Por otra parte, como determina la propia Directiva 2014/24, algunas consideraciones sociales vinculadas al proceso de producción solo pueden utilizarse de forma limitada como criterios de adjudicación o como condición de ejecución, tal y como establece el Considerando 98 de la Directiva 2014/24, en cuanto determina que:

«...deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva».

En fin, afecta también a la cuestión que nos ocupa la circunstancia de que algunas consideraciones sociales que reúnan los requisitos exigidos pueden operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, pero otras solo pueden operar como condiciones de ejecución, sin duda porque no pueden reunir los requisitos intrínsecos para ser criterio de adjudicación, tal y como determina la Directiva 2014/24, en el Considerando 98, párrafo segundo, cuando afirma que:

(98) «Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

(104) «El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas».

De lo expuesto hasta ahora, resulta que solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas.

Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades. Además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.

(...)

Ahora bien, solo será admisible como tal criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en sus especificaciones técnicas”.

También procede destacar los siguientes extractos de la sentencia, si bien se refieren al concreto análisis del criterio de mejora salarial, en la medida en que podrían llegar tener un alcance general en relación a la doctrina del Tribunal sobre el uso estratégico de los criterios de adjudicación:

“El primero es que es indudable que ese examen deberá hacerse desde la perspectiva de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, si bien interpretando ésta a la luz de la Directiva citada, pues, a fin de cuentas, dicha LCSP transpone aquélla al ordenamiento interno, por lo que los conceptos básicos empleados y su régimen han de interpretarse en función prevalente de la Directiva citada, que es la fuente de la regulación de la LCSP. Así, un

criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de que permita valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato, de la obra, el suministro o el servicio, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, que pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, la ejecución de su objeto.

Por otra parte, el hecho de que la Directiva 2014/24 y la LCSP regulen unas mismas materias, si bien ésta transpone aquélla al ordenamiento interno español, puede determinar la existencia de aparentes contradicciones; no obstante, ello no se plantea en este caso, pues la regulación de la LCSP siempre será susceptible de armonizarse con la de la Directiva al no incurrir en modo alguno en infracción de la misma. En concreto, en materia de criterios de adjudicación, es obvio que la LCSP no contiene concepto y determinación alguna para definir qué es un criterio de adjudicación. Por el contrario, la Directiva sí lo contiene, y resulta de uno de sus Considerandos, que deriva de la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, determinar qué cualidad debe concurrir en un criterio de adjudicación para ser admisible, ha de buscarse en la Directiva citada. Por el contrario, el solo hecho de que la LCSP relacione una serie de finalidades a las que pueden referirse, entre otras, las características sociales del contrato, que no menciona expresamente la Directiva o que parece reconducirlas a una operatoria diferente, no implica que el criterio de adjudicación no pueda operar como tal, sino que solo podrá hacerlo si se configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución

(...)

Es cierto que estas sentencias tuvieron lugar bajo la vigencia del anterior TRLCSP, pero sus pronunciamientos se consideran parcialmente válidos con la nueva LCSP. Ello es así porque, aunque el artículo 145.6 amplía los supuestos en que el criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, extendiéndolo a cualquiera de sus aspectos, a cualquier etapa de su ciclo de vida y a los factores que intervienen en determinados procesos, a renglón seguido afirma respecto de esos factores que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el «factor trabajo»), que deben referirse especialmente a «formas de prestación socialmente sostenibles y justas». Pues bien, este Tribunal interpreta que la expresión «socialmente sostenibles y justas» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son”.

El Tribunal concluye que no se trata por tanto de verdaderos criterios de adjudicación. No concurren a su juicio en los criterios “la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder

operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación”. El Tribunal ya no entra a valorar los únicos, insisto, los únicos requisitos definidos por el artículo 67 de la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para considerar admisibles los criterios de adjudicación –“Deben estar vinculados al objeto del contrato; Deben ser específicos y cuantificables objetivamente; Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento; Deben publicarse previamente.”

Los argumentos del Tribunal se pueden resumir de la siguiente forma:

1. Del considerando 92 de la Directiva 2014/24, el Tribunal “deduce” que “solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades”.

La Directiva en su considerando 92 indica que los “criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas”. De esto se deduce, sin más, que los criterios de adjudicación deben permitir una evaluación del rendimiento de las ofertas en atención al objeto del contrato, como es evidente.

El concepto de rendimiento, interpretado sistemáticamente en el marco de la Directiva, acoge un rendimiento entendido en un sentido amplio, que remite no solo a consideraciones económicas o funcionales (que afectan, por ejemplo, a la mejor prestación de un servicio), sino también al rendimiento ambiental, social o innovador de la prestación. La propia Comisión Europea alude sistemática y reiteradamente de “rendimiento ambiental”, “rendimiento energético” o “rendimiento climático” en sus guías interpretativas de las Directivas de contratación⁷. En su Manual sobre contratación pública ecológica (2016), indica en reiteradas ocasiones que los criterios de adjudicación deben permitir una evaluación del “rendimiento ambiental”, sin restricciones referidas al rendimiento funcional directo de la prestación⁸. La interpretación restrictiva

⁷ *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª edición, 2016 (véase pp. 15, 20, 24, 25, 29, 45, 46, 48, 49, 50, etc.)

⁸ “Se pueden asignar puntos durante la fase de adjudicación para reconocer un rendimiento medioambiental superior a los requisitos mínimos exigidos en las especificaciones.” (p. 45)

del concepto de rendimiento, limitado a su vertiente económica o funcional, no tiene base en la Directiva, tampoco a la luz del considerando 92.

2. Los criterios de adjudicación han de “permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio. Es decir, la prestación contractual”.

Pues evidentemente. Los criterios de adjudicación estratégicos deben permitir evaluar comparativamente el rendimiento de la oferta. Deben servir para valorar comparativamente el mayor rendimiento ambiental o social de las ofertas presentadas, pero eso no quiere decir que sólo se puedan utilizar criterios de valoración que midan el rendimiento funcional u operativo de las prestaciones.

Esta interpretación vulnera el efecto útil de la Directiva 2014/24, en la medida en que limita injustificadamente las posibilidades de uso estratégico de la contratación, objetivo central de la citada norma. La Directiva reconoce claramente la posibilidad de establecer criterios referidos las características ambientales de la prestación, sin limitarlo a los criterios ecológicos con incidencia en la calidad. De hecho diferencia entre “calidad” y “características ambientales”, como criterios autónomos y diferenciados (art. 67).

La doctrina del TARC vulnera la jurisprudencia del TJUE sobre el uso de características ambientales como criterio de adjudicación. En los casos *Concordia Bus* (2002), *Wiemstrom* (2003) o *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* (2012), el Tribunal admite con carácter general criterios de adjudicación, vinculados al objeto del contrato, que permiten valorar exclusivamente el rendimiento ambiental de las ofertas. Ninguno de los criterios analizados en las citadas sentencias servía para valorar el rendimiento operativo de la prestación. Los vehículos menos contaminantes, la energía

“(…) los criterios de adjudicación se ponderan y puntúan de modo que las ofertas que presenten un mayor rendimiento medioambiental obtengan mejores calificaciones”. (p.46)

“Es posible asimismo que desee fijar un nivel de rendimiento mínimo en las especificaciones técnicas para, posteriormente, asignar puntos adicionales en caso de que se mejore dicho rendimiento en la fase de adjudicación. Numerosos órganos de contratación utilizan este planteamiento al objeto de conservar cierta flexibilidad a la hora de aplicar la CPE”. (p. 48)

“si el grado de variación de los precios relativos a un producto es bajo pero el rendimiento medioambiental varía enormemente, tiene sentido asignar más puntos para evaluar las características medioambientales” (p.49)

“En algunos casos puede que desee solicitar un informe de pruebas o un certificado expedido por un organismo de evaluación de la conformidad para demostrar los niveles de rendimiento medioambiental que ofrecen los productos” (p.50).

renovable suministrada y los productos de comercio justo, las tres prestaciones analizadas en las sentencias mencionadas, prestaban el mismo servicio, en términos operativos, que los servicios o productos que carecieran de esos caracteres ecológicos. No posibilitaban llevar a cabo una evaluación comparativa ni de la calidad ni del mejor rendimiento operativo de las prestaciones. El Tribunal consideró admisibles este tipo de criterios, siempre que quede acreditado su vínculo con el objeto del contrato, sin establecer restricción alguna referida a su configuración como criterios de calidad, que permitan evaluar comparativamente el rendimiento operativo de las diferentes ofertas.

Asimismo, esta interpretación del TARC contradice buena parte de las previsiones de la legislación sectorial ambiental, de origen comunitario, que establece obligaciones de compra verde para los poderes adjudicadores. Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 2009/33 y la posibilidad de integrar el impacto ambiental, en términos de emisiones por ejemplo, de los vehículos que entran dentro de su ámbito de aplicación. Esta doctrina avanza en dirección contraria a buena parte de las previsiones de la legislación sectorial ambiental, en la que se contienen, como hemos visto en este artículo, exigencias de integración de criterios ambientales, centrados exclusivamente en la reducción o eliminación de externalidades ambientales.

Los criterios voluntarios elaborados por la Comisión Europea para en torno a 20 categorías de contratos son igualmente inaplicables por efecto de esta doctrina, al tener, en buena medida, un vínculo exclusivo con el rendimiento ambiental de las prestaciones (productos de agricultura biológica, maquinaria de bajas emisiones, energía de origen renovable, madera de bosques sostenibles, papel de origen reciclable, etc.).

3. La Resolución 235/2019 dispone que "(...) no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico".

El TARC entiende que los criterios adjudicación estratégicos sólo son válidos si permiten evaluar comparativamente el valor económico de las ofertas. Esta interpretación supone un retroceso de casi 20 años en el impulso de la compra estratégica. Una vuelta a la casilla de salida.

Este debate se planteó, en términos similares, en los primeros pasos de la compra estratégica, cuestión que ya tuvimos oportunidad de analizar en nuestro estudio monográfico sobre la compra verde en 2011, que consideramos de utilidad traer aquí para ver en perspectiva y contextualizada la doctrina del TARC:

"(...) La Comisión (Comunicación de 2001), confirmó la posibilidad de que los elementos medioambientales pudieran servir para "(...) determinar la oferta económicamente más ventajosa, en aquellos casos en que suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación". (...)

Más recientemente, la Comisión (2005) ha afirmado, de forma más clara, que no es necesario que cada criterio de valoración por separado suponga una ventaja económica para el poder adjudicador, sino que será el conjunto de criterios el que determine la mejor relación calidad-precio. La oferta económica más ventajosa es la propuesta de prestación más valiosa, la que ofrezca un mejor equilibrio entre calidad y coste económico y, en su caso, social y ambiental, de acuerdo con los criterios económicos y no económicos utilizados por el poder adjudicar.

Esta cuestión ha sido analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Concordia (2002). Algunas de las partes intervinientes en el caso alegaron que el criterio ecológico debe revestir un carácter económico. La Comisión sostuvo, de acuerdo con el planteamiento restrictivo que seguía en ese momento, que el criterio debe suponer una ventaja económica que favorezca directamente a la entidad adjudicadora. (...)

El abogado general del asunto, el Sr. Jean Mischo, afirmó que "(...) un criterio de carácter ecológico puede integrarse entre los criterios de adjudicación sin que necesariamente se demuestre que posee una dimensión económica o que implica una ventaja económica, directa o no, para la entidad adjudicadora". A su juicio "(...) no puede deducirse del hecho de que corresponda a la entidad adjudicadora identificar la oferta económicamente más ventajosa que cada criterio deba obligatoriamente ser de carácter económico o tener tal dimensión". No le parece justificado "(...) que se admita un criterio de carácter ecológico únicamente si éste supone una ventaja económica para la entidad adjudicadora de que se trate". "Tal criterio se justifica asimismo si supone una ventaja para otros que no sean la entidad adjudicadora o para el medio ambiente en general".

El TJUE ha resuelto esta cuestión planteada en el asunto Concordia del siguiente modo:

"55 En segundo lugar, el referido artículo 36, apartado 1, letra a), no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta."

El TJUE ha reiterado su doctrina en el asunto Wienstrom -sentencia de 4 de diciembre de 2003-. Estos pronunciamientos del Tribunal tienen

particular importancia. Si se hubiera limitado la admisibilidad de criterios ambientales de valoración únicamente a los que generen una ventaja económica para la entidad adjudicadora, ello supondría vaciar de contenido esta vía de integración ambiental en el régimen de la contratación pública. La dificultad de probar la existencia de ventajas económicas directas, vinculadas con la aplicación de criterios de adjudicación ecológicos, habría restringido de forma notable esta posibilidad".

En el marco normativo actual, desarrollado sobre el sustrato de la citada doctrina del TJUE, podemos afirmar que el TARC vulnera la Directiva al entender que los criterios sociales o ambientales solo pueden estar configurados como criterios de calidad, entendida esta en un sentido estricto.

La Directiva 2014/24 dispone que la "(...) mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos *cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate". Diferencia entre aspectos cualitativos, ambientales y sociales, como definitorios de la naturaleza de los criterios de adjudicación. Al establecer una relación ejemplificativa de criterios de adjudicación posible, la Directiva alude a "(...) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones" (art. 67.2). La norma singulariza tanto la calidad, como otros criterios no vinculados con el rendimiento operativo de la concreta prestación, como los criterios estéticos o los ambientales o sociales. La calidad, como criterio de adjudicación, es diferente de otros criterios que valoran, no el mayor o mejor rendimiento prestacional directo, sino el nivel de rendimiento en términos de políticas públicas de la prestación, como los criterios sociales o ambientales.

Por tanto, cuando hablamos de criterios de adjudicación estratégicos, hay que distinguir, a mi juicio, entre dos tipologías de criterios:

- Criterios de calidad vinculados a objetivos sociales, laborales o ambientales. En estos supuestos, el juicio de proporcionalidad aplicable por los Tribunales administrativos, debe exigir lógicamente el cumplimiento del "subtest" de "adecuación" o "utilidad". Si se plantea un criterio social o laboral sobre la base de su incidencia en la mejora de la calidad de los servicios (como, por ejemplo, los criterios referidos al incremento salarial o a la experiencia profesional del concreto personal encargado de la ejecución), deberá quedar acreditado que contribuye a mejorar el rendimiento funcional y la calidad de la prestación. En caso contrario se trataría de un criterio desproporcionado. Es en este espacio donde tiene sentido la doctrina del TARC

definida en su Resolución 235/2019. Con estos mimbres el Tribunal podría haber resuelto de forma específica este caso en relación a las mejoras salariales”, como criterio de adjudicación, sin desarrollar una doctrina de alcance general que frena el uso estratégico de la contratación pública vulnerando el efecto útil de la Directiva y sus concretas previsiones.

- Criterios estratégicos en sentido estricto. En este caso se trata de criterios que permiten valorar característica de la prestación que no tienen incidencia directa en la mejora de la calidad de la prestación. Posibilitan valorar el rendimiento social, laboral o ambiental de las ofertas, pero no necesariamente su repercusión en el rendimiento operativo o económico de la prestación. Estaríamos antes medidas proporcionadas, al menos desde la perspectiva de la aplicación del test de utilidad o adecuación, si sirven para alcanzar fines de mejora ambiental, social o laboral definidos por órgano de contratación.

La aplicación adecuada del principio de proporcionalidad no permite a los órganos de control administrativo intervenir en la identificación del objetivo estratégico que se pretende alcanzar (reducción de la contaminación atmosférica, limitación del impacto sobre el cambio climático, o fomento del reciclado y reutilización de materiales, de la agricultura ecológica, de la energía derivada de fuentes renovables o del consumo de madera de bosques sostenibles, etc.). Forma parte de la libre elección del órgano de contratación a la hora de definir la prestación, que es un espacio de discrecionalidad técnica o de oportunidad, que no puede ser controlado por los tribunales administrativos. Así, los Tribunales administrativos no puede controlar los objetivos estratégicos definidos por órgano de contratación. No pueden exigir que los objetivos de los criterios de adjudicación estén ligados necesariamente a la calidad de la prestación, ni que contribuyan a mejorar la satisfacción de las necesidades operativas directas del órgano de contratación. Su intervención debe limitarse a un control de legalidad sobre las cláusulas estratégicas, valorando su adecuación a la LCSP y a los principios generales de la contratación pública. No interferir sobre la libre definición de los objetivos de políticas públicas que pretenden apoyar los órganos de contratación, en el marco del proceso de preparación del contrato.

El tenor literal de la Directiva y la LCSP dota a los órganos de contratación de la posibilidad de utilizar los criterios ambientales, no vinculados directamente a la calidad o al valor económico, para alcanzar objetivos sociales, sin repercusión económica directa sobre el poder adjudicador, ni sobre la mayor calidad operativa de la concreta prestación. Los criterios de adjudicación deben permitir identificar la “oferta económicamente más ventajosa”, que nos remite

a la oferta de mayor “valor” de acuerdo con los parámetros económicos, cualitativos y estratégicos establecidos por el órgano de contratación. A los Tribunales les corresponde verificar, sobre la base de un mero control de legalidad, la adecuación de los criterios seleccionados a los principios generales de aplicación, pero no restringir las posibilidades previstas por el legislador y la jurisprudencia del TJUE para el uso estratégico de la contratación pública.

4. En el punto anterior, veíamos que el TARC entiende que los criterios de adjudicación deben permitir evaluar comparativamente las ofertas en términos de rendimiento, en cuanto *“afectan a la calidad de su ejecución”* y *“por ello, a su valor económico”*. Lo inconsistente de esta conclusión, se aprecia especialmente en el argumento utilizado para justificar esa deducción. El Tribunal considera que el argumento se ve confirmado por el considerando 94 de la Directiva 2014/24:

“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta”.

Por tanto, las cualidades del personal empleado determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, sí pueden emplearse como criterio de adjudicación, pero solo si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto éste último que el artículo 67 de la Directiva concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. De lo que se sigue que un criterio de adjudicación solo puede basarse en aspectos, circunstancias o cualidades concurrentes en el personal empleado en la ejecución del contrato cuando, ello afecte al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato o afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto.”

La experiencia del personal como criterio de adjudicación solo puede utilizarse “en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato” (art. 67.2, letra b, Directiva 2014/24). Esta restricción solo se plantea con relación a este concreto criterio, la experiencia del personal. De hecho la Directiva alude a los criterios sociales ambientales o de innovación en otro apartado (art. 67.2, letra a), sin limitar la posibilidad de su uso a que sirvan para medir el rendimiento operativo o funcional de la prestación. La literalidad de la Directiva 2014/24 no justifica la interpretación del TARC. Este órgano extiende injustificadamente la concepción restrictiva del criterio de adjudicación “experiencia del personal”, a los criterios sociales o ambientales.

La redacción restrictiva del criterio “experiencia del personal” o de “calidad profesional” tiene sentido en la medida en que la experiencia es fundamentalmente un criterio de selección o de admisión de licitadores (lo que denominamos como “experiencia general”), por lo que como regla general no puede tener la consideración de criterio de adjudicación, ya que ello vulneraría las exigencias del principio de igualdad. Por ello, solo se permite el uso de la “experiencia concreta” como criterio de adjudicación en aquellos supuestos en los que este aspecto tiene una incidencia especialmente cualificada en el grado de rendimiento de la prestación. Además la “experiencia del personal” es un criterio de adjudicación de “calidad profesional” (véase en este sentido la sentencia del TJUE 26 de marzo de 2015, asunto C 601/13, *Ambisig*). Se trata así de un criterio de calidad, ligado a aspectos laborales, por lo que el juicio de proporcionalidad exige, como ya hemos indicado, acreditar su utilidad para la mejora del rendimiento operativo de la prestación.

Por tanto, la finalidad de esa redacción restrictiva del criterio de la calidad profesional tiene como finalidad establecer la diferencia entre la experiencia general, que tiene el carácter de criterio de admisión, y la experiencia concreta, que puede ser utilizada restrictivamente como criterio de valoración. En ningún caso, puede deducirse, ni desde una interpretación literal ni sistemática, que la Directiva en su artículo 67.2, letra b, pretenda establecer un criterio restrictivo general en relación al uso de criterios de adjudicación estratégicos por parte de los poderes adjudicadores, sino más bien delimitar el estrecho margen para el uso de la experiencia profesional como criterio de adjudicación y limitar los riesgos de vulneración del principio de igualdad. No se puede deducirse así de los concretos límites que establece la Directiva para el uso de un criterio de “calidad profesional”, una regla general de aplicación a todos los criterios estratégicos en sentido estricto, no vinculados directamente a la calidad de la concreta prestación.

5. El Tribunal también entiende que “(...) que algunas consideraciones sociales que reúnan los requisitos exigidos pueden operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, pero otras solo pueden operar como condiciones de ejecución, sin duda porque no pueden reunir los requisitos intrínsecos para ser criterio de adjudicación, tal y como determina la Directiva 2014/24, en el Considerando 98”.

La lectura del considerando 98 en modo alguno permite deducir esta conclusión. Se limita a indicar que las condiciones de ejecución pueden tener un alcance social o ambiental dando ejemplo de su posible contenido. También cita el Tribunal el considerando 104 que apunta que los criterios para la adjudicación de contratos “constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas”, mientras que “las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden

en la evaluación de las ofertas". No creo que se pueda deducir de este párrafo que haya características ambientales que solo puedan tener el carácter de condición de ejecución, y no de criterio de adjudicación. Con carácter general, si el contenido esencial de la cláusula esté vinculado a objeto del contrato se podrá configurar con uno u otro carácter, siempre que se pueda definir de forma precisa y medible y se pueda aplicar de forma objetiva como criterio de valoración.

Ahonda en esta doctrina la Resolución 489/2019, de 9 de mayo de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Se pronuncia sobre una condición especial de ejecución, basada en consideraciones sociales y laborales. La condición establece la obligación de contratación de un porcentaje igual o superior al 5% de las personas con especial dificultad de acceder al mercado laboral, en el caso de nuevas contrataciones, bajas o sustituciones. En este caso el Tribunal aplica la doctrina, ya comentada sobre los criterios de adjudicación:

"Pues bien, una cosa son estas condiciones especiales de ejecución y otras muy distintas, los criterios de adjudicación que, en efecto, han de guardar una relación o vinculación con el objeto del contrato en los términos que fueron expresados en la Resolución de este Tribunal nº 235/2019, de 8 de marzo.

Así hemos de precisar y reiterar que el requisito relativo a la vinculación al objeto del contrato lo cumple la condición especial establecida. No debe confundirse esa vinculación con la referida al mismo requisito respecto de los criterios de adjudicación. En éstos el requisito ha de referirse al objeto del contrato, pero también ha de medir o valorar el rendimiento del aspecto a valorar en la oferta respecto de la prestación objeto del contrato de forma que contribuya a mejorar la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación.

Pero en el caso de las condiciones especiales de ejecución la vinculación al objeto del contrato se cumple por el hecho de que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra.

En este sentido se pronuncia la Directiva 2014/24 en sus Considerandos y la "Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones Públicas" elaborada la Comisión Europea en 2010. En ella se especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra. Y en el caso analizado el compromiso de que la adjudicataria, en caso de nuevas contrataciones, bajas u sustituciones que se produzcan durante la ejecución de las prestaciones objeto de los contratos basados en este acuerdo marco, respecto al personal que la empresa dedique a la ejecución de tales

prestaciones, son conformes con las exigencias del artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE y con el artículo 202 LCSP."

No existe ninguna razón objetiva, ni sobre la base de la Directiva 2014/24 o de la LCSP, ni de la doctrina del TJUE, que justifique un tratamiento diferenciado de los criterios o cláusulas estratégicas. La vinculación con el objeto del contrato y el respeto a los principios de la contratación, es la pauta para medir la validez de las cláusulas ambientales o sociales. Este planteamiento nos puede llevar al absurdo de admitir una condición especial de ejecución, sin incidencia en el rendimiento operativo, ligada a consideraciones sociales o ambientales, de obligado cumplimiento para el contratista, con una incidencia económica y organizativa directa en la prestación, y rechazar un eventual criterio de adjudicación, sin incidencia en el rendimiento funcional, con el que se pretendería valorar en qué medida los licitadores están dispuestos a integrar una determinada perspectiva social, dando margen a estos para valorar la viabilidad y el alcance del objetivo estratégico que se pretende. En este último caso, los operadores podrían adecuar el objetivo estratégico general del órgano de contratación, y orientarlo a un objetivo específico viable, en el marco de las condiciones económicas y organizativas del contrato. En el caso de una condición de ejecución, hablaríamos de una obligación del contratista que, en el supuesto de estar mal definida, podría hacer inviable técnica o económicamente el contrato, al prever por ejemplo una obligación de contratación de personal innecesaria, una exigencia que desequilibra de inicio el contrato o una solución de gestión que está disponible en el mercado.

6. Al analizar en concreto la validez de un criterio de adjudicación referido a los porcentajes de mejora salarial, el Tribunal interpreta que "(...) el artículo 145.6 amplía los supuestos en que el criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, extendiéndolo a cualquiera de sus aspectos, a cualquier etapa de su ciclo de vida y a los factores que intervienen en determinados procesos, a renglón seguido afirma respecto de esos factores que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el «factor trabajo»), que deben referirse especialmente a «formas de prestación socialmente sostenibles y justas». Pues bien, este Tribunal interpreta que la expresión «socialmente sostenibles y justas» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son".

Pese a lo indicado por la Resolución, ni la Directiva ni la LCSP limitan la vinculación al objeto del contrato a las características sociales previstas normativamente. No se deduce desde luego del artículo 145.6, ni de la expresión "formas de prestación socialmente sostenibles y justas". De hecho la

compra pública estratégica, se caracteriza fundamentalmente porque los órganos de contratación puedan introducir cláusulas o criterios ambientales de apoyo a las políticas públicas y su regulación de desarrollo. Hay compra estratégica cuando el órgano de contratación va más allá de los estándares legales. Así queda en evidencia en la doctrina del Tribunal del TJUE, que se ha plasmado en los asuntos *Concordia Bus* (2002), *Wiemstrom* (2003) o *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* (2012). De hecho en este último asunto el Tribunal abre la posibilidad, en términos generales, de utilizar un criterio de adjudicación referido a las características sociales de un proceso productivo, por referencia a etiquetas de comercio justo que establecen estándares sociales privados que van más allá de las regulaciones nacionales.

No obstante, entendemos que esta apreciación del Tribunal, en la medida en que se realiza en el marco de la valoración jurídica concreta de un criterio referido a la mejora salarial, no debería tener proyección y alcance restrictivo en la determinación de criterios de valoración ambientales. En ese caso, si la tuviera eliminaríamos la posibilidad de introducir criterios de valoración ambientales referidas a los procesos de producción, prestación o comercialización de las prestaciones, orientados a incentivar, por ejemplo, el suministro de energía renovable y de productos ecológicos o derivados de procesos productivos sostenibles.

5. CONCLUSIONES

Hasta el momento el impulso político de compra pública verde en España se ha caracterizado por su falta de consistencia (o inexistencia en algunas administraciones). Con carácter general (con algunas excepciones destacadas como el País Vasco o Cataluña, o las recientes iniciativas del Ayuntamiento de Madrid) parece no haberse adquirido conciencia de su potencial, no solo ambiental, sino también en términos económicos, y su capacidad para fomentar servicios y productos innovadores, competitivos, con capacidad de creación de empleo y de desarrollo del emprendimiento –como el emergente mercado de plásticos reciclados-. No se ha reforzado (con carácter general, insisto) su implantación mediante los necesarios planes de profesionalización de los órganos de contratación, ni a través de la dotación al personal de los órganos de contratación de herramientas e información, jurídicamente fiables, para su aplicación segura. Se hace necesario un impulso planificado y coordinado a nivel estatal (y también autonómico, en aquellas CA menos dinámicas), que hasta ahora no ha existido, en el desarrollo de metodologías y de fichas de criterios y cláusulas ambientales para determinados tipos de contratos y la recopilación de experiencias de buenas prácticas, que sean publicadas sistemáticamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Los mandatos legislativos sectoriales de integración de criterios ambientales en las decisiones públicas de compra deben ser aplicados en el marco de la preparación de los contratos por los órganos de contratación. No deben permanecer a modo de "jarrón chino" en las normas ambientales como meras declaraciones de deseo, desconocidas o ignoradas, sin efectos tangibles en la realización de la compra pública. No obstante, también es necesario apuntar, que este impulso legislativo sectorial a la compra verde y circular debe hacerse desde la mejor técnica jurídica y aportando seguridad a los órganos de contratación, sin abocarlos a la introducción de cláusulas o criterios que incrementen la conflictividad, desincentivando así en la práctica el uso estratégico de la contratación pública.

En el avance e impulso de la compra pública verde y circular, es fundamental que los tribunales administrativos de contratación aporten seguridad jurídica y claridad en el uso de cláusulas ambientales, desde una comprensión efectiva de las posibilidades y límites que ofrece el Derecho comunitario y la doctrina TJUE; sin añadir restricciones injustificadas o confusión en su aplicación práctica. Esto no parece cumplirse en algunos pronunciamientos recientes.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ha desarrollado una doctrina, con vocación de generalidad, lesiva para el desarrollo de un instrumento de mercado, como la compra pública estratégica, con declarado papel protagonista en la estrategia de desarrollo socioeconómico de la UE y, en consecuencia, en el fomento de la sostenibilidad, competitividad e innovación de la economía europea. En este breve estudio se ha tratado de realizar aportaciones para una modulación ambiental de dicha doctrina, más adecuada a nuestro juicio a la finalidad y el contenido literal de la Directiva 2014/24 y la LCSP. En todo caso y dada su trascendencia, sería oportuno que el Tribunal o los tribunales autonómicos, plantearan una cuestión prejudicial ante el TJUE que dé carta de naturaleza a la indicada doctrina o que marque el camino adecuado a seguir en el desarrollo de una compra pública estratégica.