

CAMBIO CLIMÁTICO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO



XIMENA LAZO VITORIA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
COORDINADORA GRUPO DE INVESTIGACIÓN COMPRA PÚBLICA VERDE



Universidad
de Alcalá

CITA RECOMENDADA:

LAZO VITORIA, X. (2021): "CAMBIO CLIMÁTICO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO" EN: OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 2020. J.M. GIMENO FELIÚ (DIRECTOR), M^a DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO (COORDINADORA), ARANZADI, ISBN 978-84-1391-033-8, PÁGS. 177 A 204.

Cita recomendada:

LAZO VITORIA, X. (2021): “Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro” En: Observatorio de los Contratos Públicos 2020. J.M. Gimeno Feliú (Director), M^a del Carmen de Guerrero Manso (Coordinadora), Aranzadi, ISBN 978-84-1391-033-8, págs. 177 a 204.

CAMBIO CLIMÁTICO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO¹

Ximena Lazo Vitoria

Universidad de Alcalá

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Coordinadora Grupo de Investigación Compra Pública Verde UAH

Orcid: 0000-0003-2661-0627

SUMARIO: I. EMERGENCIA CLIMÁTICA Y EL ROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA II. CAMBIO CLIMÁTICO Y ORIENTACIÓN DE LA HERRAMIENTA DE COMPRA PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA: CONTEXTUALIZACIÓN. III. LA RESPUESTA LEGISLATIVA EN ESPAÑA ANTE EL RETO DEL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. Antecedentes Generales. 2. Previsiones generales sobre contratación pública en la Ley estatal sobre cambio climático y en la legislación autonómica: avanzando en la inclusión obligatoria. 2.1. Especificaciones técnicas. 2.2. Criterios de adjudicación en contratos de obras, concesión de obras y redacción de proyectos. 2.3. Eficiencia energética en edificios arrendados a la Administración General del Estado. 2.4. Especificaciones técnicas y criterios de adjudicación en la legislación autonómica sobre cambio climático. 2.5. Un comentario a la remisión que realiza la LCCTE al art. 201 LCSP: ¿cuáles son las medidas pertinentes? 2.6. Un apunte al limitado ámbito de aplicación de la LCCTE 3. Previsiones en materia de alimentación. En particular la potenciación del criterio de adquirir productos de proximidad / productos km 0. 4. Eficiencia energética en edificios. 5. Huella de Carbono. 5.1 Instrumento estrella en la legislación de contratación pública y de cambio climático. 5.2. Huella de Carbono y Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General: problemas aplicativos. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Compra pública verde, una herramienta estratégica para la lucha contra el cambio climático. Análisis sectorial: eficiencia energética en edificios y alimentación” Ref: CCG20/CCSJ-015 UAH y es una versión ampliada y actualizada de la ponencia que presenté en el X Congreso Internacional sobre Contratación Pública, Universidad de Castilla-La Mancha y Observatorio de Contratación Pública, Cuenca enero 2021.

RESUMEN: En el marco de la emergencia climática en la que nos encontramos, este trabajo aporta una visión global del rol de la contratación pública en la lucha contra el cambio climático, poniendo el acento en el cambio de enfoque (voluntariedad-obligatoriedad) que asume la Unión Europea. Se sistematizan y analizan críticamente las previsiones sobre contratación pública que se incluyen en la reciente regulación sobre cambio climático, con especial atención en la legislación autonómica y en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (LCCTE).

PALABRAS CLAVE: Cambio climático, contratación pública, compra verde obligatoria, neutralidad climática, huella de carbono, alimentación, eficiencia energética edificios.

I. Emergencia climática y el rol de la contratación pública

Nos encontramos ante una situación de emergencia climática que requiere de la adopción de medidas drásticas y de un compromiso y esfuerzo conjunto para evitar que los efectos del cambio climático se tornen irreversibles. La respuesta internacional mediante el Acuerdo de París en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS), así como el liderazgo europeo plasmado especialmente en el Pacto Verde Europeo permiten albergar moderadas esperanzas de que avanzamos por la senda correcta en la resolución de una amenaza global. Ello parece confirmarse con las últimas noticias sobre el acuerdo (provisional aún) entre el Consejo y el Parlamento Europeo para consagrar legislativamente el objetivo de neutralidad climática para 2050 así como de un objetivo colectivo de reducción de las emisiones netas de gases de efecto invernadero en al menos 55% de aquí a 2030, con respecto a los niveles de 1990².

En este contexto, interesa destacar el rol que puede cumplir la contratación del sector público en la lucha contra el cambio climático. Hay que recordar que la contratación pública es una potente herramienta para implementar políticas públicas de sostenibilidad y que se encuentra incluida expresamente en los ODS “promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, dentro de las políticas y prioridades nacionales” (ODS 12 Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles)³. Así lo ha entendido la Unión Europea mediante, entre otros muchos aspectos, el refuerzo progresivo del contenido ambiental de las sucesivas Directivas europeas sobre la materia. Un refuerzo

² Acuerdo provisional de 5 mayo 2021, www.consilium.europa.eu.

³ Extensamente sobre la relación contratación pública y ODS Vid. GIMENO FELIU, J.M.ª: “Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación públicas. De las ideas a la acción”. Claves del Gobierno Local, 32, 2021 (en prensa).

que ha recibido el espaldarazo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al calificar como principio general de la contratación el cumplimiento de los exigencias sociales y medioambientales ex art. 18.2 Directiva 2018/24 (Sentencia de 30 de enero de 2020 (asunto C 395/18)⁴.

En este hilo de antecedentes generales hay que recordar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) asumió tempranamente la visión estratégica de la contratación pública⁵, avanzando además de forma pionera en la inclusión obligatoria de lo ambiental en fase de ejecución contractual (véase Preámbulo y arts. 1, 28, 35.1.c, 145, 201 y 202)⁶. De hecho, si se observa en su conjunto, la LCSP ya ofrece herramientas con un enfoque claro de lucha contra el cambio climático. A este respecto puede destacarse, la inclusión del coste de los gases de efecto invernadero (GEI) así como de los costes de mitigación del cambio climático dentro del coste de ciclo de vida (art. 148.2.b). Así como la mención explícita de las características medioambientales de reducción del nivel de emisión de GEI, empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energías procedentes de fuentes renovables y mantenimiento o mejora de los recursos naturales que luce en el apartado segundo del art. 145.2 LCSP. Una disposición que tiene carácter básico según ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 68/2021, de 18 de marzo 2021 (Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón) y que no está por demás recordar es una transposición literal del art. 67.2 de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública.

⁴ Acerca el art. 18.2 Directiva 2014/24 dice el TJUE que: “al establecer en el apartado 2 de dicho artículo que los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, *el legislador de la Unión quiso erigir este requisito en principio*, al igual que los demás principios contemplados en el apartado 1 del citado artículo, a saber, los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad, así como de prohibición de excluir la contratación del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 o de restringir artificialmente la competencia. De ello se deduce que un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un *valor cardinal* por cuyo respeto deben velar los Estados miembros en virtud del propio tenor literal del artículo 18, apartado 2, de la misma Directiva” (Considerando 38, cursiva nuestra).

⁵ Un análisis exhaustivo del contenido ambiental de la LCSP y la aplicación de sus disposiciones por los Tribunales administrativos de recursos contractuales en la obra colectiva COMPRA PÚBLICA VERDE, X. LAZO VITORIA (Dir.), Atelier, Barcelona 2018.

⁶ Vale la pena recordar aquí el Preámbulo de la LCSP según el cual “El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se *utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales* en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Sin que sea necesario abundar en más ejemplos, lo que quiere señalarse es que la legislación sobre cambio climático no parte de un lienzo en blanco, sino que, de un diseño previo de la LCSP que cuenta además con una aplicación práctica de ya más de tres años.

II. Cambio climático y orientación de la herramienta de compra pública en la unión europea: contextualización

El 11 de diciembre de 2019 la Comisión Europea presentó el Pacto Verde UE (PVUE), un ambicioso acuerdo que incluye cincuenta acciones concretas para la lucha contra el cambio climático y cuya finalidad es convertir a Europa en el primer continente climáticamente neutro en el año 2050⁸. El PVUE es una hoja de ruta para impulsar el uso eficiente de los recursos mediante el paso a una economía limpia y circular y detener el cambio climático, revertir la pérdida de biodiversidad y reducir la contaminación. Posee un carácter programático ya que describe las inversiones necesarias y los instrumentos de financiación disponibles y explica cómo garantizar una transición justa e integradora. Y adopta una visión global e integradora ya incluye todos los sectores de la economía, aunque centra su atención especialmente en el del transporte, la energía, la agricultura, los edificios y determinadas, como las de la siderurgia, el cemento, las TIC, los textiles y los productos químicos.

El PVUE anuncia una nueva regulación para el ámbito de la compra pública ecológica cuya formulación se ha realizado mediante otros instrumentos. Entre éstos interesa destacar en primer término el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible (PIES)⁹ que prevé que la Comisión Europea propondrá *criterios ecológicos mínimos obligatorios* o metas para la contratación pública en las iniciativas sectoriales, la financiación de la UE o la legislación sobre productos específicos”. Esta orientación supone un evidente cambio

⁸ Véase COMISIÓN EUROPEA: Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions. The European Green Deal COM (2019) 640 final, 11 de diciembre de 2019.

⁹ Véase COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo (COM (2020) 21 final), 14 de enero de 2020. Según cálculos de la propia Comisión Europea, la consecución de las metas climáticas y energéticas para 2030 exigirá inversiones adicionales a las previstas de aproximadamente 260.000 millones EUR anuales hasta 2030. Esta cifra incluye principalmente inversiones relacionadas con la energía, los edificios y una parte del sector del transporte (vehículos).

de enfoque dado que hasta la fecha los criterios ambientales han tenido un carácter voluntario y no obligatorio. A este respecto, el PIES precisa que los criterios ambientales mínimos “constituirán, *de facto*, una definición común de lo que ha de entenderse por «compra verde», permitiendo reunir datos comparables de los compradores públicos y sentando las bases para evaluar el impacto de los contratos públicos ecológicos”. Además, se establece que el sector público deberá aplicar metodologías del cálculo de ciclo de vida, siempre que ello resulte posible.

Otro documento estratégico derivado del Pacto Verde Europeo es el Plan de acción para la economía circular¹⁰ (11 marzo 2020). Este Plan tiene una especial significación para este trabajo porque consolida la decisión de las autoridades europeas de establecer requisitos ambientales obligatorios en los procesos de compra del sector público. En efecto, el Plan de acción centra su atención en una ampliación y profundización de la *política de producto*, es decir, aquella política que está orientada a conseguir que todos los productos sean adecuados para una economía climáticamente neutra, eficiente en el uso de los recursos y circular. Tal y como se explica en el citado Plan, varias iniciativas y la propia legislación de la Unión Europea ya prevén algunos aspectos relacionados con la sostenibilidad de los productos, ya sea con carácter *obligatorio o voluntario*. Es el caso, por ejemplo, del enfoque (sectorial) de la Directiva sobre diseño ecológico¹¹ que regula la eficiencia energética e incorpora aspectos de economía circular para los productos relacionados con la energía. También cabe mencionar otros instrumentos que poseen un alcance más general, como es el caso de la etiqueta ecológica de la Unión Europea¹² o de los criterios ambientales aplicables a la compra pública supra aludidos. Sin embargo, se considera que estos instrumentos han tenido un impacto reducido precisamente “debido a las limitaciones que imponen los enfoques voluntarios”¹³.

En este contexto, el Plan se orienta a *que todos los productos sean adecuados para una economía circular*. La idea fundamental consiste en ampliar el alcance de la Directiva sobre diseño ecológico –más allá de los productos relacionados con la energía– de forma

¹⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al comité de las regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva”, COM (2020), 11 marzo 2020.

¹¹ Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta a un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía (DOL285 de 31.10.2009, p. 10).

¹² Reglamento (CE) n.º 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE (DO L 27 de 30.1.2010, p. 1)

¹³ Vid. Nuevo Plan de Acción para la economía circular, cit. p. 4.

que el marco de diseño ecológico sea aplicable a la gama más amplia posible de productos y propicie como se ha dicho la circularidad. Además, se propone regular aspectos claves desde la óptica de la economía circular como es, por ejemplo, aumentar el contenido reciclado de los productos sin menoscabo de su rendimiento y de su seguridad, limitar el uso de productos de un solo uso y contrarrestar la obsolescencia prematura; posibilitar la re-fabricación y el reciclado de alta calidad o mejorar la durabilidad, reutilizabilidad, y reparabilidad de los productos, abordar la presencia en ellos de sustancias químicas peligrosas e intensificar su eficiencia en cuanto al uso de energía y de recursos.

El Plan de Acción anuncia que la revisión de la Directiva sobre diseño ecológico y la incorporación de nuevos productos o grupos de productos se basará, según proceda, en los criterios y normas establecidos en el Reglamento sobre la etiqueta ecológica de la UE, en el método de la huella ambiental de los productos y en los criterios de compra pública ecológica de la Unión Europea.

Por lo que se refiere específicamente al ámbito de la compra pública verde, el Plan subraya que la Comisión propondrá criterios y objetivos mínimos obligatorios de contratación pública en la legislación sectorial. Además, y esto es también es muy novedoso, se introducirán gradualmente requisitos obligatorios de notificación para supervisar precisamente que la citada incorporación efectivamente se produce en los procesos de licitación pública. De acuerdo con el Anexo que acompaña este Plan de acción se prevé que a partir de 2021 se fijen los criterios y la notificación obligatoria.

El tercer instrumento derivado del PVUE es la conocida como Ley Europea del Clima¹⁴ (actualmente en tramitación) y cuyo objetivo central es convertir en vinculante el objetivo de neutralidad climática para 2050. Se fija una calendarización de metas intermedias (art. 3 “Trayectoria para lograr la neutralidad climática”, en la versión de la Comisión) y una batería de previsiones y de medidas de amplio espectro. Por tanto, esta propuesta positiviza en mandatos jurídicos concretos la declaración contenida en el Pacto Verde, descansado en la evidencia científica (IPPC y Plataforma Intergubernamental Científico-

¹⁴ Vid. Propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1999 (“Ley Europea del Clima”), 4 de marzo de 2020 COM (2020) 80 final. Esta propuesta 2020/0036/COD se somete al procedimiento legislativo ordinario (art. 294 TFUE) y al cierre de este trabajo se encuentra en primera lectura.

Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas)¹⁵ y en el esfuerzo colectivo y solidario “sólo puede alcanzarse la neutralidad climática si todos los Estados miembros comparten las cargas y se comprometen plenamente a llevar a cabo la transición hacia la neutralidad climática” (Considerando 18 bis). Además, el proyecto de Reglamento está dotado de un grado de flexibilidad suficiente como para reorientar los esfuerzos en caso de que el grado de avance no sea suficiente o se detecten “incoherencias con el objetivo de neutralidad climática de la UE para 2050”.

III. La respuesta legislativa en España ante el reto del cambio climático

1. Antecedentes generales

Ya son varias las Comunidades Autónomas que han aprobado normas específicas sobre cambio climático mientras que otras están en vías de hacerlo, contando la mayoría con sendas estrategias regionales sobre la materia. Además, acaba de publicarse en el BOE la Ley 7/2021, de 21 de mayo de 2021, de cambio climático y transición energética (LCCTE) concluyendo así una tramitación que se inició ante las Cortes Generales hace justo ahora un año¹⁶. Por ello, es previsible que en un corto plazo la mayor parte de las Comunidades Autónomas cuenten con su propia legislación sobre la materia. Cataluña fue la primera en legislar sobre cambio climático (2017) aunque su diseño, como es sabido, ha sido en buena parte desactivado tras la declaración de nulidad efectuada por la

¹⁵ Para el establecimiento de la trayectoria que nos lleva a cumplir el objetivo en 2050 el art. 3 del Reglamento obliga a tomar en consideración “la mejor y más reciente información científica, incluidos los últimos informes del IPPC”.

¹⁶ El PLCCTE inició su tramitación parlamentaria el 20 de mayo de 2020 y en diciembre del mismo año se acordó su tramitación por el procedimiento de urgencia. Para análisis exhaustivo de su contenido pueden consultarse los trabajos de SORO MATEO, B.: “Un derecho para el cambio climático”, Revista española de Derecho Administrativo n.º 209 de 2020, pp. 279-316 y PALLARÉS SERRANO, A.: “Análisis del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética: Luces y Sombras”, Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. XI núm. 1 (2020):1-42.

Sentencia 87/2019 del Tribunal Constitucional¹⁷. Las otras dos Comunidades Autónomas que cuentan con normas en esta materia son Andalucía en 2018¹⁸ y Baleares en 2019.

En el siguiente cuadro resumen se recoge el estado actual del desarrollo normativo en esta materia.

Nivel	Legislación
Estatal	Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y transición energética
Aragón	Proyecto de Ley de Cambio Climático de Aragón ¹⁹
Cataluña	Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático
Baleares	Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética
C. Valenciana	Anteproyecto de Ley de cambio climático y transición ecológica ²⁰ .
País Vasco	Consulta previa a elaboración del Anteproyecto de Ley de Transición Energética y cambio climático ²¹
Andalucía	Ley 8/2018, 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético de Andalucía.
Navarra	Anteproyecto de Ley Foral de Cambio Climático y Transición
Canarias	Anteproyecto de Ley Canaria de Cambio Climático y Transición Energética

Tabla 1 Legislación sobre cambio climático (en vigor y en tramitación). Fuente elaboración propia.

¹⁷ Un análisis crítico en los trabajos de DE LA VARGA PASTOR, A.: “La Ley catalana de cambio climático tras la sentencia del Tribunal Constitucional” y NOGUERIA LÓPEZ, A.: “A rolex o a setas. Comunidades Autónomas, cambio climático y modelo económico”, ambos publicados en la Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. XI Núm. 1 (2020). También véase el análisis de CASTRO LÓPEZ, M.: “El Tribunal Constitucional anula parcialmente la Ley catalana de cambio climático: ¿una cuestión competencial o un aval a la inacción gubernamental en la lucha contra el cambio climático? Revista General de los Sectores Regulados n.º 4 de 2019.

¹⁸ Véase MORA RUIZ, M.: “La respuesta legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía al cambio climático: estudio sobre la Ley 8/2018, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía”, Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. XI Núm. 1 (2020).

¹⁹ Según se recoge en el Plan Anual Normativo del Gobierno de Aragón correspondiente al año 2021 https://transparencia.aragon.es/sites/default/files/documents/pan_2021.pdf (último acceso 6 mayo 2021).

²⁰ La última referencia de su tramitación es que se ha completado la fase de información pública el 25 de septiembre de 2020 <http://agroambient.gva.es/es> (último acceso 6 mayo 2021).

²¹ El Gobierno Vasco había elaborado previamente un extenso Anteproyecto de Ley de Cambio climático (junio 2019) el cual sin embargo decae tras el fin legislatura por las elecciones celebradas en julio de 2020. Ahora el proceso se ha reiniciado mediante la Orden 29 de enero 2021 de la Consejera de Desarrollo económico, sostenibilidad y medio ambiente, por la que se somete a consulta pública previa la elaboración del Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático.

En líneas generales, se trata de leyes que junto a los instrumentos de planificación y de “gobernanza climática”²² incluyen previsiones para distintos sectores de actuación por lo que su contenido es enormemente heterogéneo. La transversalidad de la materia tiene como efecto además que se modifiquen diversos textos normativos para su adecuación a las medidas previstas. Aunque también hay un marcado carácter programático en algunas de ellas al trasladar hacia el futuro decisiones que bien podrían haberse articulado directamente en el momento de su aprobación. Al no hacerlo, hay un inevitable efecto vacío lo que parece incompatible dada la situación de emergencia climática en la que nos encontramos²³.

A continuación, se analizan las previsiones generales de contratación para la lucha contra el cambio climático y luego se da un vistazo a los instrumentos particulares (huella de carbono) o sectores específicos (alimentación, edificios) para intentar una radiografía afinada del derrotero próximo de esta regulación.

2. Previsiones generales sobre contratación pública en la LCCTE y en la legislación autonómica: avanzando en la inclusión obligatoria

La LCCTE incorpora en su texto significativas previsiones de compra pública ecológica entre las que destaca la inclusión como prescripciones técnicas particulares, criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático. Y también según se anuncia en su Exposición de Motivos hay avances en la ambientalización de los criterios de adjudicación, especialmente para determinadas prestaciones. Las citadas previsiones se localizan fundamentalmente en el

²² Entendiendo por tal “determinados mecanismos y medidas encaminadas a dirigir sistemas sociales hacia la prevención, mitigación y adaptación de los riesgos derivados del cambio climático” véase JAGERS, S. y STRIPPLE, “Climate Governance Beyond the State”, *Global Governance*, 9.3 (2003), p. 385 y 388.

²³ En su análisis del entonces Anteproyecto de Ley estatal de cambio climático, el Consejo de Estado desliza una valoración crítica al apreciar un nivel dispar de regulación “se incluyen disposiciones con un con medidas con muy alto grado de concreción (como, por ejemplo, las que se recogen en relación con la instalación de puntos de recarga en el artículo 14, para los titulares de instalaciones de suministro de combustibles), otras con remisiones a la potestad reglamentaria para el establecimiento de medidas *que apenas se esbozan en la Ley* (por ejemplo, en los artículos 11 y 12), y, en fin, otras disposiciones en las que se recogen mandatos más o menos genéricos a las propias Administraciones públicas (por ejemplo, en el artículo 8, en relación con las medidas de eficiencia energética, y el artículo 33, en relación con la investigación, desarrollo e innovación, aspectos ambos que son elementos fundamentales de la regulación de la Unión Europea en la materia). Véase Dictamen del Consejo de Estado 204/2020 de 12 de marzo de 2020.

art. 31 titulado “Contratación Pública”, dentro de su Título VII “Recursos en el ámbito nacional para la lucha contra el cambio climático y la transición energética”. Dicha norma parte con una prescripción general que según la cual:

“De conformidad con lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente”.

Una previsión que guarda perfecta sintonía con lo establecido en diversos preceptos de la LCSP como es el caso, por ejemplo, de su art. 1.3 que declara enfáticamente que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato...”. Por tanto, el citado apartado del art. 31 no innova en las reglas ya establecidas por la LCSP, sino que funciona más bien como recordatorio de los parámetros básicos para la incorporación de las cláusulas ambientales en la contratación del sector público (vinculación al objeto contractual, respeto a los principios de la contratación pública, etc.).

2.1. Especificaciones técnicas

Donde sí hay un avance significativo es en la obligación de incluir bajo la forma de prescripciones técnicas (“*incorporará*, de conformidad con el artículo 126.4 de la Ley 9/2017”), criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático. Para impulsar el cumplimiento de la citada previsión, se contempla la elaboración de un catálogo de prestaciones en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático, debiendo identificarse los de reducción de emisiones y huella de carbono, incluidos los relacionados con una alimentación sostenible y saludable. La elaboración del citado Catálogo se encomienda conjuntamente al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y al Ministerio de Hacienda, debiendo estar concluido en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley. No queda claro, sin embargo, si la citada

obligación resulta exigible desde la entrada en vigor de la Ley o a partir de la publicación del citado Catálogo²⁴. Pareciera ser esto último porque el Catálogo no solo fija modelos de prescripciones técnicas, sino que también determina las “prestaciones” en las que se tendrán en cuenta estos criterios.

Aunque debe valorarse muy positivamente la decisión de avanzar en un enfoque obligatorio provoca desasosiego que ello se haga “en diferido”. Como es sabido, con demasiada frecuencia ello se traduce en un aplazamiento *sine die* de la regulación y de su implementación efectiva. Albergamos grandes esperanzas de que ello no tenga lugar y que incluso no sea necesario agotar ese plazo considerando que hay disponible documentación técnica (europea, autonómica y local) que puede servir como punto de partida avanzando para la elaboración del citado Catálogo.

Alguna reflexión merece también la remisión expresa al apartado cuarto del art. 126 de la LCSP “siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación”. A la luz de lo anterior, bien puede afirmarse que la intención del legislador es que, por un lado, el catálogo incluya prestaciones que tengan una incidencia directa o potencial al medio ambiente. Y, por otro, que se utilice como parámetro regulatorio “las mejores técnicas disponibles” así como el resto de criterios y mandatos ahí contenidos.

Por otro lado, el art. 31.3 especifica dos tipos de prescripciones técnicas que, a diferencia de las anteriores, son de inclusión voluntaria a los pliegos de la respectiva licitación (“podrá incluir”) y aplicables únicamente a los contratos de obras y de concesión de obras. Estas son las siguientes:

- a) Que la madera que se utilice en las construcciones proceda de bosques gestionados de forma sostenible y atendiendo a su huella ecológica.

²⁴ No hay disposición transitoria que aclare este aspecto.

b) Actuaciones de repoblación forestal con especies autóctonas, como medida compensatoria para paliar la huella de carbono resultante de la ejecución de la obra o servicio objeto de licitación.

2.2. Criterios de adjudicación en contratos de obras, concesión de obras y redacción de proyectos en la LCCTE

En nuevo enfoque obligatorio al que hacíamos alusión en el punto anterior está también presente en la elaboración de criterios de adjudicación, aunque referidos únicamente a ciertos contratos (redacción de proyectos, contratos de obras y concesión de obras).

Tal y como está redactado el art. 31.2 (“entre los criterios de adjudicación, algunos de los siguientes”) habría que incluir obligatoriamente más de un criterio de entre los siguientes:

- a) Requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten.
- b) Ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones.
- c) Uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil.
- d) Medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas.
- e) Medidas de adaptación al cambio climático
- f) Minimización de generación de residuos

Hay que hacer notar que la obligación de incluir criterios de adjudicación en los contratos supra referidos no está sujeta a condición o limitación temporal alguna (como sí sucede con las especificaciones técnicas) por lo que cabe entender que su exigibilidad ha comenzado nada más entrar en vigor la LCCTE. No sé si ello se ha calibrado suficientemente porque la elaboración de un pliego es un proceso bastante largo y complejo que no se concluye en un abrir y cerrar de ojos, especialmente cuando se refieren a los contratos que menciona el citado art. 31.2. Por ello, a mi juicio, podría haber sido conveniente crear un puente entre la legislación general (LCSP) y la legislación sectorial nueva (LCCTE) mediante la incorporación en esta última de una disposición transitoria al uso, aportando un criterio temporal para las licitaciones en distinto grado de preparación.

Otro aspecto que debe destacarse es que el art. 31.2 se remite expresamente al art. 145.2 LCSP, esto es, a la regulación de la “mejor relación calidad-precio” la cual, como es sabido, se evalúa utilizando criterios *económicos* y *cualitativos*. Ello significa, entre otros extremos, que los contratos a los que se refiere el citado precepto de la LCCTE no pueden lógicamente adjudicarse utilizando sólo el criterio económico. Esta consecuencia es especialmente significativa para los contratos de obras porque la LCSP no los menciona expresamente en su art. 145.3 (“la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos...”). Dicho de otro modo, el art. 31.2 LCCTE tiene como efecto adicional la ampliación del listado de contratos incluidos en el art. 145.3 LCSP.

2.3. Eficiencia energética en edificios arrendados a la Administración General del Estado

La LCCTE incorpora una limitación *ex lege* en la duración de determinados contratos patrimoniales. Según el art. 31 LCCTE en los contratos de arrendamiento en vigor de inmuebles en los que la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal sean la parte arrendataria no podrán prorrogarse más allá del año 2030, salvo que tengan la consideración de edificación con consumo de energía casi nulo, conforme a la versión vigente a 31 de diciembre de 2020 del Código Técnico de Edificación.

En relación con esta previsión, el Ministerio de Fomento propuso en fase de consulta del respectivo Anteproyecto de Ley alguna medida de flexibilización (no incorporada al texto del Proyecto de Ley) en atención a que la oferta de edificios de consumo de energía casi nulo, puede no ser lo suficientemente alta para permitir dar respuesta a las necesidades de arrendamiento y ello pueda implicar dificultades o elevación significativa de los costes.

2.4. Especificaciones técnicas y criterios de adjudicación en la legislación autonómica sobre cambio climático

En la legislación autonómica también encontramos previsiones de carácter general que favorecen la compra pública como herramienta estratégica contra el cambio climático. Así, la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático (Cataluña) obliga a “incluir en

todos los procedimientos de contratación pública en que resulte adecuado a su objeto especificaciones técnicas y criterios de adjudicación específicos relativos al uso eficiente de recursos y a la minimización de las emisiones de gases de efecto invernadero” (art. 29.1 d). Una previsión muy importante porque va más allá de lo dispuesto en la LCSP la cual, como es sabido, enfoca la obligatoriedad en la ejecución contractual. Bien es verdad que se trata de una previsión aplicable únicamente a los departamentos de la Generalidad y sus organismos dependientes y también que condiciona su inclusión a que la previsión resulte adecuada al objeto contractual.

Por otro lado, la misma norma antes citada añade seguidamente que “la cuantificación del uso de recursos y de emisiones de gases debe incluirse en el cálculo del coste de inversión, de explotación y de mantenimiento del objeto del contrato”. A mi juicio, hay que valorar muy positivamente esta previsión porque supone una aplicación concreta del coste del ciclo de vida (CCV) previsto en el art. 145 LCSP. Como es sabido, el CCV es un concepto que incluye la totalidad de los costes de una obra, servicio o suministro durante su respectivo ciclo de vida. Así, los “costes internos”²⁶, típicamente los de adquisición o mantenimiento pero también los de investigación, desarrollo, producción o transporte. Junto a ellos, el LCC engloba a las “externalidades ambientales”, por ejemplo, la contaminación causada por la extracción de materias primas utilizadas en el producto o causadas por éste o por su fabricación. La Ley catalana emplea esta herramienta obligando a que se valore y cuantifique el uso de recurso y de emisiones de gases y que ese valor se incluya obligatoriamente en el coste de inversión, explotación y mantenimiento del objeto contractual. Con ello, se avanza en un aspecto clave que es conocer los verdaderos costes (aquí referido a recursos y gases) de los productos, obras y servicios que contrata la Administración.

Una valoración distinta merece, sin embargo, el art. 35 del citado texto legal titulado “Contratación verde” dado su carácter eminentemente programático. Su contenido es el siguiente “en el régimen de contratación de todo el sector público de Cataluña deben establecerse criterios objetivos que, en el marco de los principios de libertad de acceso, transparencia, igualdad, objetividad y eficiencia, promuevan la contratación verde”. Una declaración de principios valiosa pero que requiere lógicamente dotar de contenido

²⁶ Denominación empleada por ejemplo en el considerado 96 párrafo segundo de la Directiva 2014/24.

mediante otras normas (por ejemplo, instrucciones de contratación verde) y programas específicos para que este desiderátum se convierta en realidad.

Un modelo similar adopta la Ley de Baleares de 2019, tras declarar que las Administraciones públicas promoverán la sostenibilidad energética y medioambiental. En ella se ordena incluir “siempre que el objeto del contrato lo permita, criterios de sostenibilidad energética y medioambiental” pero a diferencia de los modelos anteriores impone la obligación de motivar en los pliegos las razones que justifican la falta de incorporación de las previsiones ambientales. También se ordena incluir como criterio de valoración, la inscripción de los licitadores en los registros públicos de huella de carbono y la reducción de sus emisiones.

Por su parte la Ley de Andalucía de 2018 utiliza un enfoque voluntario para regular las previsiones de compra pública contra el cambio climático. Así, por ejemplo, señala que los poderes públicos “promoverán” la adaptación y mitigación al cambio climático y la transición hacia un modelo energético mediante, al menos, las medidas que se incluyen en su art. 30. Entre otras, la incorporación, siempre que el contrato lo permita, de criterios de sostenibilidad y eficiencia energética. También el establecimiento de criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución que tengan debidamente en cuenta el impacto ambiental que genera cada producto o servicio durante todo el ciclo de vida. De todas formas, es de destacar que la legislación andaluza aporta una mayor especificidad de las previsiones ambientales v. gr. “la contratación de suministro eléctrico de energía certificada de origen renovable”, lo que facilita su incorporación homogénea a las respectivas licitaciones.

2.5. Un comentario a la remisión que realiza la LCCTE al art. 201 LCSP ¿cuáles son las medidas pertinentes?

El art. 31 PLCCTE se remite a lo dispuesto en el art. 201 LCSP en los siguientes términos:

“En todo caso, de conformidad con lo establecido en el art. 201 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental”.

Nos encontramos otra vez con una norma que funciona como un recordatorio didáctico de un contenido ya previsto por el ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 31 LCCTE se

limita a reproducir prácticamente en términos literales la norma de la Ley de contratos a la que se remite. Por ello, como suele decirse con tono lacónico, estamos ante una oportunidad perdida para haber fijado definitivamente dichas “medidas pertinentes”. Aunque, en realidad, como he argumentado en otro lugar, ha sido la propia LCSP la que no ha detallado dichas medidas al momento de transponer la Directiva 2014/24 y ahora, a mi juicio, la LCCTE tampoco lo hace (para su propio ámbito de medidas), limitándose como se ha dicho a una remisión texto a texto²⁷.

2.6.Un apunte al limitado ámbito de aplicación de la LCCTE

Como hemos visto la LCCTE condensa en su art. 31 la regulación principal sobre contratación pública. Resulta llamativo que su formulación sea amplísima (“en toda contratación pública”) en circunstancias que dicha norma se aplica únicamente a la Administración General del Estado y al conjunto de organismos y entidades del sector público estatal²⁸. Por lo demás, la identificación de los títulos competenciales que adelanta el Preámbulo de la LCCTE y que especifica su Disposición final decimocuarta dista de ser clara. Ello es así porque por un lado se afirma que: *“esta ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas del Estado previstas en los artículos...149.1. 18.ª, en relación con la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, en relación con el art. 31”*. Una declaración que resulta cuando menos llamativa porque ello significaría que las previsiones del artículo 31 (nótese al que se remite explícitamente la DF 14.ª) serían aplicables a todo el sector público y no sólo a la Administración General como se deduce de forma indubitada de su tenor literal. Pero la sorpresa aumenta cuando se lee el párrafo siguiente de la DF 14.ª según la cual: *“se exceptúan de lo anterior, por carecer de carácter básico y ser de aplicación exclusiva de la Administración General del Estado, algunas materias que se regulan en esta Ley, como son...la contratación pública”*.

²⁷ Vid. LAZO VITORIA, X.: “La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida”, en: *Compra Pública Verde*, cit. pp. 132 y 133.

²⁸ Ello es así porque el legislador tras realizar la citada declaración general precisa que “Para ello, la contratación de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal...”. El texto del Anteproyecto de Ley era más coherente con el ámbito subjetivo de la citada norma ya que se refería a la obligación de incorporar de modo transversal y preceptivo cláusulas ambientales, pero respecto de la contratación realizada por la Administración General del Estado.

Tampoco se entiende que la DF 14.^a se remita exclusivamente al citado art. 31 olvidando que en otras partes de su texto se han introducido también sendas regulaciones de contratación pública v.gr. art. 22 (alimentación).

Pero más allá de lo anterior, lo cierto es que no se alcanza a entender este ejercicio de *self restraint* por parte del legislador estatal. Una contención que se produce precisamente en un ámbito que reclama de un tratamiento conjunto y de medidas urgentes y aplicables a la contratación de todo el sector público. Porque si el legislador valora la utilidad de incluir determinadas prescripciones técnicas contra el cambio climático y así lo exige de forma obligatoria, resulta ayuno de razón que ello tenga lugar para los contratos de unas Administraciones y no para todas. En efecto, en esta materia cobra todo su sentido ese *común denominador* que permita un impulso conjunto e imparable contra el cambio climático.

3. Previsiones en materia de alimentación. La potenciación del criterio de productos de proximidad / productos km 0

La UE ha identificado desde hace años a la alimentación como un este sector *prioritario* por su impacto medioambiental, importancia presupuestaria, su potencial para influir en el mercado y la disponibilidad de alternativas ecológicas²⁹. De ahí que se hayan formulado a nivel europeo criterios ambientales para alimentos, servicios de restauración colectiva y máquinas de vending (última actualización de 2019) y que en España el citado sector figure también en el Plan estatal de Contratación Pública Ecológica (2018- 2025)³⁰. El año pasado la Comisión Europea adoptó la Estrategia “de la granja a la mesa” que aboga por un sistema alimentario equitativo, sano y respetuoso con el medio ambiente (20 de mayo de 2020) incluyendo, en lo que aquí interesa, “criterios mínimos obligatorios para la adquisición de alimentos sostenibles a fin de promover dietas saludables y

²⁹ Para una visión general véase LAZO VITORIA, X.: “Compra pública verde en el sector de la alimentación: una primera aproximación”. En: Observatorio de contratos públicos 2018, C. GUERRERO MANSO (Coord.), GIMENO FELIU, J. M.^a (Dir.), 2019, Aranzandi, pp. 211 a 228.

³⁰ Vid. Orden de Presidencia PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre 2018, en el que se aprueba el citado Plan (BOE 4 de febrero de 2018).

sostenibles, que incluyan productos ecológicos, en las escuelas y las instituciones públicas” (fines de 2021).

La alimentación es un sector con una regulación ciertamente muy densa y compleja³¹ y, además, ha servido como campo de prueba para la aplicación de la metodología de Huella Ambiental de Producto (HAP) a la que se refiere expresamente la Estrategia antes citada. La actualización y perfeccionamiento del sistema de etiquetado, así como prevenir el desperdicio alimentario son otros objetivos estratégicos para este sector de actuación.

La ambientalización de los pliegos es una tarea ardua porque exige de afinados conocimientos técnicos y que los estándares ambientales que se deseen incorporar a las respectivas licitaciones no mermen los principios y libertades de mercado (no discriminación, libre competencia, etc.). Y es que precisamente la elección de productos de proximidad que se reclama con insistencia para la restauración colectiva, puede resultar entorpecedora desde un enfoque de mercado³². Sin embargo, parece que las cosas comienzan a cambiar y ya hay previsiones explícitas al criterio de proximidad en la legislación sobre cambio climático. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Andalucía de 2018 que establece que: “en los contratos de servicios de hostelería, catering y restauración, así como en los contratos de suministros de carácter alimentario, en especial en centros educativos y de salud, se promoverán criterios de adjudicación que incidan en el origen ecológico y de proximidad de los productos y los procesos productivos” (art. 30 e). También es relevante la definición de kilómetro cero que incorpora el Anteproyecto de Ley Canaria de Cambio Climático según la cual KM0 es “principio de producción alimentaria de proximidad, extendiéndose a otros productos y servicios. Hace referencia a un indicador de distancia entre el lugar de producción y el lugar dónde se consume, que

³¹ Así, por ejemplo, Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos; Reglamento 1169/2011, de 25 de octubre, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor; Reglamento 1151/2012, de 21 de noviembre, sobre regímenes de calidad de los productos agrícolas o alimenticios.

³² Así, por ejemplo, el Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia relativo a la “Consulta pliegos de contratación de comida y servicios afines a comedores escolares del Departamento de Educación 2019” que valora el siguiente criterio de proximidad “Alimentos de sostenibilidad local destinados a minimizar el impacto medioambiental y el coste de ciclo de vida: Se consideran de esta categoría las materias primas obtenidas en un radio inferior a 160 Km desde la ubicación del órgano de contratación, así como los alimentos producidos con materias primas que cumplan con dicho requisito de sostenibilidad local”. Se considera que dicha previsión choca con el art. 126 LCSP (“las prescripciones técnicas no harán referencia a una procedencia determinada”) concluyéndose que no se pueden establecer criterios de adjudicación que prioricen el producto de proximidad frente a otros no locales al amparo de criterios medioambientales.

coincide con el ámbito territorial de las Islas Canarias, para reducir la contaminación en el transporte y reforzar la economía local” (art. 4.27).

En este contexto, la LCCTE introduce una regulación específica dedicada a la alimentación: art. 22 “Consideración del cambio climático en la seguridad y dieta alimentaria” cuyo apartado tercero establece que:

“3. Con el objeto de incrementar la resiliencia, al tiempo que se reduce la huella de carbono y de fomentar una alimentación de calidad, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes a contratos públicos que tengan por objeto prestaciones que exijan la adquisición de alimentos, cuando estos contratos deban ser celebrados por la Administración General del Estado, y por los organismos y entidades dependientes o vinculados a la misma, se podrán establecer condiciones especiales de ejecución que primen los alimentos frescos o de temporada, y con un ciclo corto de distribución, siempre que ello resulte acorde con lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y con el Derecho Comunitario”.

Dada la importancia del sector de la alimentación hay que valorar muy positivamente la decisión de singularizarlo mediante la formulación de unas reglas ad hoc. Otra cosa es, en mi parecer, el mayor o menor acierto de dichas reglas. Así, por ejemplo, cuando se habla de “adquisición de alimentos” parece circunscribirse su aplicación al contrato de suministro de alimentos, en circunstancias que probablemente su mayor ámbito de aplicación se encuentre en los servicios de restauración colectiva (contrato de servicios y, en su caso, concesión de servicios). También genera algunas dudas la frase “*se podrán establecer condiciones especiales de ejecución que primen los alimentos frescos o de temporada, y con un ciclo corto de distribución*” precisamente porque cuando se configura una consideración ambiental bajo la veste de la condición especial de ejecución no se trata de “primar” una cosa (alimento fresco) frente a otra que no tiene dicho carácter, sino que a exigir de forma perentoria el cumplimiento de una obligación en ejecución contractual. Dicho de otro modo, no se deja al albur del contratista suministrar o prestar el servicio incluyendo o no estos productos. Sin perjuicio de lo anterior, cabría preguntarse si la conjunción “y” que precede a la frase “con un ciclo...”, manifiesta la

real voluntad del legislador en cuyo caso, claro está, se deberían exigir ambos requisitos conjuntamente. O si más bien, se trata de un desliz en la redacción como parece ser el caso. Pero más allá de ello la incorporación de un criterio jurídico como “ciclo corto de distribución” sin que se precise (por ejemplo, por remisión a una norma técnica) qué se entiende por tal introduce un innecesario margen de incertidumbre en su configuración y control.

También cabe reflexionar sobre el encaje de esta disposición con en la que parece ser la filosofía general del nuevo texto legal. Y digo esto porque frente a la obligatoriedad que reclama el art. 31 LCCTE para prescripciones técnicas y criterios de adjudicación aquí se opta, en cambio, por su carácter inequívocamente voluntario “se *podrán* establecer condiciones...”. Además, esta decisión genera perplejidad si se considera la línea de base de la que partimos: LCSP hace obligatoria al menos una condición de ejecución (social, ambiental o innovación). Quizás lo lógico hubiese sido partir de este esquema previo y aprovechar esta regulación para reforzarlo. Por ello, la referencia a los *alimentos frescos o de temporada* queda un poco, si se me permite la expresión, en agua de borrajas porque tal y como está redactado el precepto se asemeja más a una norma meramente indicativa. En otras palabras, sigue dependiendo de la decisión de cada órgano de contratación decidir si se incorporan o no estas previsiones las cuales, por otro lado, ya se encontraban recogidas en guías y planes anteriores³⁴. Por ello el potencial transformador de esta norma se antoja más bien limitado, aunque sin desmerecer la importancia de su plasmación en un texto con rango legal. Por estas razones, en mi parecer, la aplicación generalizada y homogénea de previsiones para la alimentación hay que fiarla a la elaboración, aprobación y puesta en marcha del Catálogo previsto en el art. 31 LCCTE, donde aparecen mencionados de forma explícita los criterios “relacionados con una alimentación sostenible y saludable”.

³⁴ Véase la versión 2019 de los criterios ambientales europeos y el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado (2018-2025).

4. Eficiencia energética en edificios

El sector de la construcción de edificios y su eficiencia energética ha sido también identificado como un *sector prioritario* por la UE³⁵. Se han formulado criterios ambientales de compra pública específicamente para este ámbito (última versión es de 2016) y se ha puesto en marcha la iniciativa Level (s) sobre rendimiento de los edificios en materia de sostenibilidad³⁶. En su conjunto, los edificios son responsables del 40% del consumo energético de la UE y del 36% de las emisiones de GEI, generadas principalmente durante su construcción, utilización, renovación y demolición³⁷. Por tanto, la mejora de la eficiencia energética de edificios es *determinante para el objetivo de conseguir la neutralidad en emisiones de carbono establecido para 2050 en Pacto Verde Europeo*.

Lo anterior explica el rol preponderante que la eficiencia energética en los edificios juega en el marco del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030. Como es sabido, el citado instrumento se corresponde con los objetivos nacionales para que puedan alcanzarse los objetivos del Acuerdo de París 2015 (objetivos asumidos por la UE en su conjunto). Para el sector público, el citado Plan propone iniciativas para que pueda alcanzarse el objetivo de renovación del parque edificatorio público fijado en la Directiva Eficiencia Energética (3%) y evalúa e impulsa los ahorros que podrían obtenerse de la renovación adicional de 300.000 m²/año en la Administración General del Estado. Además, se propone que Comunidades Autónomas y Entidades Locales hagan suyo, al menos, el objetivo obligatorio para la AGE de renovación del 3% de la superficie edificada y climatizada del parque edificatorio público, ya que con ello se lograría un objetivo de ahorro energético mucho más ambicioso³⁸.

³⁵ Véase DEL OLMO ALONSO, J.: “La persecución del objetivo de neutralidad climática por la Unión Europea y España: el sector de la edificación”, en Derecho de la Unión Europea e Integración Regional. L.A. al prof. C. Molina del Pozo. P. Molina del Pozo (Coord.), Tirant Lo Blanch 2020, p. 1487 y ss.

³⁶ Level(s) es un marco informativo voluntario que proporciona un lenguaje común en materia de sostenibilidad para el sector de la construcción, esto es, un conjunto de indicadores sencillos que permiten medir el rendimiento de los edificios desde el punto de vista de la sostenibilidad a lo largo de su ciclo de vida. Vid. Comisión Europea, 2017 [https://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/Level\(s\)_flyer-ES-web.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/Level(s)_flyer-ES-web.pdf)

³⁷ Vid. Comisión Europea: “La eficiencia energética de los edificios”, 2020. En línea con el Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º 7: energía asequible y no contaminante, especialmente en la meta de inversión en fuentes de energía limpia y mejorar la productividad energética.

³⁸ ¿Cómo se alcanza esa eficiencia? Por medio de ¿qué tipo de contratos? ¿Qué especificaciones técnicas ambientales (de eficiencia energética) pueden incluirse sin que suponga una discriminación de mercado? Estas son algunas de las muchas preguntas que surgen tras la lectura de este ingente material

A fines del año pasado, la Comisión hacía pública la Comunicación “Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar las vidas”, 14 de octubre de 2020, COM (2020) 662 final que parte de la constatación de que la mayor parte de los edificios existentes no son energéticamente eficientes. Además, por efecto de la pandemia COVID-19 los hogares han devenido centros de trabajo y las instituciones educativas y las infraestructuras sanitarias han tenido que adaptar sus instalaciones a la nueva realidad (educación virtualizada, presión hospitalaria). Unos efectos que pueden prolongarse a largo plazo lo que justifica aún más la necesidad de una renovación a fondo y a gran escala de los edificios. De forma reciente, el Comité Europea de las Regiones ha hecho público su Dictamen (2021/C 175/05), 7 de mayo, 2021, sobre la Comunicación de la Comisión Europea de 2020 supra citada. El citado Dictamen reconoce la importancia de introducir requisitos legislativos para la adquisición y renovación de todos los edificios públicos existentes, así como normas mínimas de eficiencia energética y objetivos obligatorios para los porcentajes de renovación anual del parque inmobiliario público y de utilización de energía de fuentes renovables. Debe destacarse que el Dictamen recuerda que la aplicación sistemática de los criterios de contratación pública ecológica en el sector de la construcción constituye una herramienta importante para la rápida reducción del consumo de energía en los edificios y la difusión de modelos de gestión más sostenibles. En este contexto, apoya la propuesta de publicar orientaciones generales sobre inversiones públicas sostenibles mediante la contratación pública y solicita a la Comisión y a los Estados miembros que creen un marco legislativo coherente para apoyar esta práctica, mediante la incorporación de estos criterios en las normativas nacionales pertinentes y en las plataformas centralizadas de contratación pública. Finalmente, pide a la Comisión que apoye esta práctica, mediante respaldo al desarrollo tecnológico y la innovación, un buen diálogo con los proveedores, la creación

normativo y programático. Además, en enero 2020, la Federación española de Municipios y Provincias con la colaboración de una asociación de empresas energéticas ha presentado una propuesta marco de documentos contractuales que pueden servir de primera orientación. Y otra novedad relevante es la decisión de Eurostat, interpretando con mayor flexibilidad las normas contables para facilitar la contratación de servicios energéticos por parte del sector público y que no consolide como deuda pública. Por último, en este apretado resumen del estado de la cuestión, hay que hacer alusión a la alta conflictividad de las licitaciones públicas precisamente en lo que atañe a los aspectos ambientales. A este respecto se pueden traer a colación, entre muchas otras, las conocidas resoluciones del Tribunal Contratos Públicos Madrid (energía renovable) o la reciente del Tribunal Catalán de Recursos Contractuales sobre recalificación de un contrato de concesión de servicios energéticos (febrero 2020).

de los requisitos y sistemas relevantes para controlar las necesidades y un seguimiento de su aplicación (punto 31).

En este contexto, se explican las medidas especialmente intensas que prevé la LCCTE para el sector de la construcción y edificación dado su enorme impacto medioambiental. Las cuales se suman a otras tantas que ya prevé el ordenamiento jurídico. A este respecto, téngase en cuenta que la Directiva 2010/31 relativa a la eficiencia energética de los edificios establece en su art. 19, la obligación de que los edificios públicos de nueva construcción sean edificios de consumo de energía casi nulo (nZEB) a partir de 1 de enero de 2019³⁹.

5. La Huella de Carbono

5.1 Instrumento estrella en la legislación de compra pública y de cambio climático

La mayoría de las normas sobre cambio climático aprobadas en España hasta la fecha o en vías de serlo, incluyen la huella de carbono (HC) como instrumento de CPV⁴⁰. Es lógico que así sea puesto que la HC es un indicador ambiental que cuantifica las emisiones de gases efecto invernadero (GEI) de las organizaciones o, en su caso, de los productos, favoreciendo la subsiguiente implantación de medidas para su reducción. La elaboración de metodologías que permitan el cálculo de la HC y que garanticen la comparabilidad de los resultados permite al sector público elegir aquellos bienes, productos o servicios con la menor HC posible.

Antes de la legislación sobre cambio climático, la HC había recibido una temprana regulación mediante el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el

³⁹ Sobre el concepto de edificios de consumo de energía nulo y los problemas de su transposición a Derecho interno véase GONZÁLEZ RÍOS, I.: “Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana”, Revista Andaluza de Administración Pública n.º 103, enero-abril 2019, p. 17 a 53.

⁴⁰ Véase, entre otros, el AP de Ley de Canarias que en su art. 25.3 Disposiciones generales de contratación establece que “como mínimo, deberá contener como criterio de adjudicación objetiva la huella de carbono asociada al contrato objeto de licitación. En caso contrario, los pliegos deberán justificar motivadamente la no inclusión de otros criterios. Asimismo, las administraciones Públicas de Canarias y los entes del sector público, introducirán como criterio de adjudicación, la inscripción de los licitadores en cualquier Registro Canario de la Huella de Carbono cuando acrediten mediante la verificación de dicho registro la reducción o compensación de sus emisiones”.

Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción (RD 163/2004). Dicha norma estableció un registro estatal con el objeto de fomentar el cálculo y la reducción de la HC de *organizaciones* (empresas, Administraciones Públicas, etc.) así como promover proyectos que mejoren la capacidad sumidero de España. Dicho Registro se refiere a la HC de organización, esto es, la totalidad de GEI provenientes por efecto directo o indirecto de la actividad de la organización (art. 2.a).

5.2. Huella de Carbono y Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General: problemas aplicativos

La cuestión central en esta materia es determinar bajo qué veste puede o es conveniente incorporar la HC en los procedimientos de licitación pública para que pueda obtenerse un mayor rendimiento. Y digo esto porque ya en el año 2019 se optó formalmente por una de las alternativas posibles, esto es, incluir la HC como criterio de adjudicación⁴¹. En efecto, el vigente Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025) establece en su punto sexto que:

“se entiende necesaria, por tanto, la inclusión en el proceso de contratación de los 20 grupos de bienes, obras y servicios prioritarios que trata el Plan *de un criterio de adjudicación que valore la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono* (Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo) o esquema similar, en el marco de lo previsto en las Directivas sobre contratación y en la legislación de desarrollo”.

Además, el citado Plan estableció una calendarización para la adopción de sus previsiones de forma tal que a 2025, el 50% de los contratos licitados en los 20 sectores incluidos en su ámbito de aplicación, deberían incorporar la HC como criterio de adjudicación. Pero

⁴¹ Sobre esta inclusión véanse los análisis críticos de SERRANO PAREDES, O.: “Cambio climático y contratación pública: ¿es posible establecer como criterio de adjudicación la inscripción en el Registro de Huella de Carbono?”, Observatorio de Contratación Pública, 3 de febrero 2020; PERNAS GARCÍA, J. J.: *Compra pública verde y circular: el largo y (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica*, en: Observatorio de Políticas Ambientales 2020, G. García-Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda, A. Nogueira López (Coords), CIEMAT, Madrid 2020 afirma que “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” p. 883.

el Plan no solo adopta dicha relevante elección, situando a la HC entre los criterios de adjudicación, sino que, además, y esto es muy relevante lo vincula inexorablemente al Registro de Huella de carbono o esquema similar establecido por el RD 163/2014. Y el caso es que, como se ha señalado, el citado Registro se refiere únicamente a la Huella de Carbono de organización (HCO) pero no así a la Huella de Carbono de Producto (HCP).

Esta asociación será fuente de innumerables problemas y en no pocos casos, como seguidamente se verá, conducirá directamente a la nulidad de los pliegos por albergar una cláusula de contenido ambiental (inscripción en RHC de organización) que, sin embargo, no cumple con el requisito de vinculación al objeto contractual ex art. 145 LCSP. Así, por ejemplo, en la Resolución n.º 25/2021, 8 de enero 2021, TACRC, que resuelve el recurso especial cuyo objeto es impugnar los pliegos del Acuerdo Marco para el “Suministro de nitrógeno líquido a granel y el arrendamiento de las instalaciones criogénicas necesarias para dicho abastecimiento”, siendo el órgano de contratación el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. En lo que aquí interesa destacar, el pliego incorpora como criterio de adjudicación “estar inscrito en el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono (R. D. 163/2014)” otorgándose 15 puntos por estar efectivamente inscrito en el registro. En relación con este criterio, la empresa recurrente considera que es discriminatorio para las empresas domiciliadas fuera de España al tratarse de un registro de ámbito nacional. Una alegación que no acepta el Tribunal por considerar que la empresa recurrente carece de legitimación para sostener esta alegación⁴². Como segundo argumento de impugnación, se alega que el citado criterio no está vinculado con el objeto contractual infringiéndose, por tanto, el art. 145 LCSP, el cual sí estima el Tribunal porque, en su parecer, “la inscripción en dicho Registro es una característica que afecta a la empresa en su conjunto, y no al concreto contrato al que se concurre, por lo que no lo considera vinculado al objeto del contrato, sin perjuicio de que pudiera exigirse, en su caso, como un requisito de solvencia técnica de carácter medioambiental”⁴³.

⁴² A este respecto, se señala en la citada resolución que “...no alcanza este Tribunal a entender que estando AL AIR LIQUIDE, SA domiciliada en el Paseo de la Castellana de Madrid critique un criterio de valoración que, supuestamente, favorecería a las empresas domiciliadas en España y, por tanto, también a ella...”.

⁴³ El órgano de contratación alegó que la emisión de gases perjudiciales y la interacción con el medio ambiente que provoca la producción industrial de nitrógeno líquido está directamente relacionada con el objeto del contrato, y que un suministro que en su producción y transporte implique de manera directa menores emisiones, podría ser considerado como mejora del objeto del contrato.

La configuración que adopta el Plan de Compra Ecológica en su punto sexto no es desde luego la única alternativa posible. De hecho, el propio Plan ofrece otras en los Anexos relativos a los sectores estratégicos que complementan la parte normativa del citado Plan. En concreto, ello tiene lugar de forma explícita, por ejemplo, en relación con el Sector 6. Diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas, donde se indica que se otorgarán puntos adicionales “a la realización de un estudio sobre la huella de carbono del edificio, tanto en su fase de construcción como de uso” Y lo mismo para el Sector 7 relativo al diseño, construcción y mantenimiento de carreteras donde también se propone el otorgar puntos adicionales a la realización de un estudio sobre la huella de carbono de la carretera en su fase de uso. Por último, en el sector 10 Eventos se establece que “en la contratación del servicio de organización de un evento, la solicitud de la realización del cálculo de las emisiones de gases de efecto invernadero o huella de carbono que supone el evento, valorando positivamente la compensación de dicha huella de carbono”. Como puede apreciarse en todos estos casos, la remisión es a la HC de producto o del respectivo servicio u obra pero no así a la HC de la organización o empresa que lo presta⁴⁴. Dicho de otro modo, frente a la solución única recogida en el punto sexto del PCE sus anexos técnicos ofrecen una amplia gama de configuraciones y se refieren, por regla general, a la HCP y a la de organización.

A lo anterior cabría añadir que el RD 163/2004 asocia la inscripción de la HC de organización (que es lo que ahí se regula) a los certificados de gestión medioambiental, los cuales, como es sabido, se han utilizado tradicionalmente como requisito de solvencia técnica. Así, se establece en su art. 10 se establece que: “el órgano de contratación podrá incluir entre las consideraciones de tipo medioambiental que se establezcan en el procedimiento de contratación, las relativas a la huella de carbono, que podrán acreditarse mediante certificados equivalentes u otros medios de prueba de medidas equivalentes de gestión medioambiental».

⁴⁴ Con la única excepción del sector 17 Productos y servicios de jardinería que a pesar de que indica que “Se otorgarán puntos adicionales o se establecerá como condición de ejecución la elaboración de un estudio sobre las emisiones de gases de efecto invernadero que supongan las labores de fertilización y mantenimiento de los jardines” o sea HC del servicio (fertilizar y mantenimiento) seguidamente indica (nótese de forma potestativa) que para ello “podrán utilizarse las herramientas públicas del Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción del Ministerio para la Transición Ecológica”.

A la vista de lo que se ha señalado hay argumentos suficientes como para rectificar la configuración inicial de la HC (2019) permitiendo que este instrumento pueda funcionar de forma adecuada en los procesos licitatorios.

IV. Consideraciones finales

Se acompañan a continuación unas consideraciones finales que sintetizan las ideas fundamentales que se han expuesto en el trabajo:

PRIMERA: Para alcanzar la neutralidad climática para 2050 que propugna el *Pacto Verde UE* se ha adoptado un importantísimo cambio de enfoque en la compra pública. Consiste en fijar criterios ecológicos mínimos obligatorios en la legislación sectorial y acompañados de un correlativo deber notificar su inclusión. Así se recoge en el Plan de Inversiones para una Europa sostenible, así como en el Plan de Acción para la economía circular. *En resumen, la hoja de ruta de Europa para luchar contra el cambio climático contempla la transformación de la CPV en un instrumento de aplicación obligatoria y la exigibilidad de comprobaciones de su efectiva aplicación.*

SEGUNDA: El legislador español avanzó *siquiera parcialmente en un enfoque obligatorio* de las cláusulas ambientales, al establecer que los documentos contractuales debían incluir perentoriamente una cláusula de contenido medioambiental, social o de otro orden, bajo la forma de una condición especial de ejecución (art. 202 LCSP). Las disposiciones de la LCCTE están en sintonía con el nuevo enfoque, extendiendo para su ámbito de aplicación (nivel estatal) la inclusión obligatoria de especificaciones técnicas y, para determinados contratos, de criterios de adjudicación directamente relacionados con el cambio climático. Y lo mismo cabe decir de la temprana regulación autonómica sobre cambio climático que asumió sin complejos un enfoque similar en esta materia.

TERCERA: Entre las medidas de contratación contra el cambio climático se aprecia una heterogeneidad de contenidos y una diferente densidad regulatoria. Por ello, como se ha argumentado parecería más razonable que las previsiones de la Ley estatal tuvieran un ámbito de aplicación lo más extenso posible (sector público) y no limitado a la actividad contractual de la Administración General del Estado. Precisamente el cambio climático es una materia que reclama un esfuerzo conjunto, ejemplificante y multiplicador.

CUARTA: Habrá que analizar como engarzan estas prescripciones técnicas y criterios de adjudicación del art. 31 LCCTE con las previsiones que, por su parte, se contienen en la LCSP. Una primera interpretación permite afirmar que se trata de obligaciones nuevas, no sustitutivas ni alternativas, a las previstas por la legislación contractual. Cabe recordar aquí el parecer del Consejo de Estado (Informe 204/2020, de 12 de marzo 2020) en el que se adhiere a lo manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el sentido de que los cambios en el régimen de contratación pública se deberían introducir directamente en la Ley 9/2017 citada, evitando la superposición de dos leyes simultáneamente vigentes aplicables a dicha materia.

QUINTA: La enorme incidencia de la ineficiencia energética de los edificios (aproximadamente un 40% de los GEI) explica la batería de instrumentos y medidas que se ponen en marcha desde la UE, así como la formulación de especificaciones técnicas y criterios de adjudicación en la legislación estatal y autonómica. Destaca muy especialmente la novedad de incluir madera certificada como prescripción técnica.

SEXTA: La alimentación (servicios de restauración colectiva, catering, máquinas de vending y suministro de productos) es un sector ciertamente singular y de enorme importancia dentro del universo de la compra pública verde. Así lo demuestra la aprobación de la Estrategia de la Granja a la Mesa (2020), la primera sectorial tras el Pacto Verde Europeo, que entre otros aspectos (huella ambiental de producto, etiquetado, desperdicio alimentario) focaliza su atención en los comedores escolares. También se ha destacado el criterio de proximidad y el cambio que parece estar produciéndose en su regulación (y su equilibrio con las reglas del mercado). Este es el único sector que menciona expresamente el art. 31.1 LCCTE (Catálogo de prestaciones) aunque habrá que esperar a su elaboración, aprobación y puesta en marcha. La singularización de este sector en el art. 22 LCCTE es muy relevante, aunque su virtualidad práctica parece muy limitada.

SÉPTIMA: Se ha destacado el rol de la Huella de Carbono en la legislación de cambio climático en cuanto indicador ambiental que permite conocer cuantificar las emisiones de GEI asociadas al ciclo de vida de una organización, (HCO) o de un producto o servicio

(HCP). Se han puesto de manifiesto inconsistencias en el Plan de Contratación Ecológica AGE que ameritan una reforma de su contenido.

OCTAVA: Las medidas de seguimiento y control de las previsiones ambientales siguen siendo el invitado de piedra en este convite. Porque una vez que se decide incluir en la propia LCCTE previsiones de contratación pública, podría haberse avanzando un paso más, diseñando reglas innovadoras e idóneas para garantizar su correcta ejecución.