



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso
Chile

Bertazzo, Silvia

LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA. LA EXPERIENCIA EUROPEA

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLVI, enero-junio, 2016, pp. 255-285

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173646921008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA EXPERIENCIA EUROPEA

[Including Environmental Criteria in Public Procurement.
The European experience]

Silvia BERTAZZO*

RESUMEN

Este artículo apunta a investigar la posibilidad de insertar criterios ecológicos en las distintas etapas de los procedimientos de contratación pública y a identificar hasta qué punto la incorporación de dichos requisitos es compatible con la normativa y los principios generales que rigen el ordenamiento de la Unión Europea, en particular modo con el principio de no discriminación y de igualdad de trato entre los licitadores. Se analizará en particular la nueva Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que, bajo la normativa anterior, ha desarrollado varios criterios que siguen todavía vigentes.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública – protección del medio ambiente – Unión Europea – libre circulación de mercancías – libre prestación de servicios.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the possibility of integrating environmental considerations into the various stages of procurement processes and to identify to what extent the incorporation of such criteria complies with the law and general principles governing the European Union, particularly the principles of non-discrimination and equal treatment. In particular, it will deal with the new Directive 2014/24/EU and the case law of the Court of Justice of the European Union (ECJ), which, under the previous legislation, has established several guidelines that are still valid today.

KEYWORDS

Public contracts – environmental protection – European Union – freedom to provide services – free movement of goods.

RECIBIDO el 28 de abril y ACEPTADO el 15 de mayo de 2016

* Doctora en Derecho, Università degli Studi di Trento, Italia. Profesora, Universidad de los Andes, Chile. Dirección: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico. sbertazzo@uandes.cl

I. INTRODUCCIÓN

La tutela del medio ambiente, por el carácter integral del bien jurídico protegido, requiere la adopción de instrumentos y políticas transversales, que van más allá de la mera regulación sectorial sobre las actividades industriales potencialmente perjudiciales. La necesidad de incorporar las preocupaciones ecológicas también en los programas y medidas no estrictamente “ambientales” es una idea que ha ido tomando fuerza en la Unión Europea, en cuyo ordenamiento esa exigencia se ha convertido en un mandato legal, a través del reconocimiento expreso del principio de integración¹.

En esta línea, resulta interesante investigar sobre la posibilidad (y los límites) de incorporar criterios ecológicos en los procedimientos de contratación pública. En efecto, éste es un ámbito en el cual la integración de exigencias, condiciones y requisitos que miren a asegurar un mayor nivel de protección medioambiental podría ser particularmente beneficioso y relevante, tanto por el tamaño que este sector por sí solo tiene², como por el efecto dominó que se podría generar, ya que, al aumentar la demanda de productos, obras o servicios ambientalmente amigables (por parte del sector público), los mismos operadores privados podrían ser incentivados a reconvertir sus procesos de producción, construcción, etc., y, más en general, a ofrecer en el mercado soluciones más respetuosas del medio ambiente.

Lo anterior justifica la atención creciente que se ha prestado a esta temática y la multiplicación de iniciativas, políticas y programas de incentivo a la contratación pública verde³, entendiendo bajo este concepto

¹ Ver el actual art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*ex* art. 6 TCE).

² Por ejemplo, se ha estimado que en Europa el sector público gasta alrededor del 18% del PIB en la contratación de bienes, servicios u obras; ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. Juntos por un nuevo crecimiento, COM (2011) 206 final, 13.04. 2011, p. 19.

³ No es posible citarlas a todas, pero aprovechamos para mencionar las siguientes políticas e iniciativas: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *The Environmental Performance of Public Procurement. Issues of Policy*, de 7.09.2003; en ámbito europeo: Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM/2001/0274 final, 28.11.2001; Comunicación de la Comisión, “Contratación pública para un medio ambiente mejor”, COM(2008) 400 final, 16.07.2008; Comunicación de la Comi-

“el proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”⁴. Bajo este presupuesto, la contratación pública sería instrumental para conseguir objetivos que pueden ir más allá de la mera satisfacción de la necesidad concreta y específica que ha dado impulso al procedimiento contractual, convirtiéndose por lo tanto en un instrumento de políticas que promueven la protección del medio ambiente⁵.

Sin embargo, este entusiasmo hacia la contratación pública ecológica no es compartido por toda la doctrina y, en efecto, algunos autores advierten que la inclusión de aspectos ambientales (o también sociales) en los contratos públicos no solo podría ser una medida no eficiente para obtener el mismo resultado que podría conseguirse a través de otros instrumentos de incentivo, sino también señalan que se terminaría para conceder a las autoridades administrativas adjudicadoras un margen de discrecionalidad excesivo, lo que podría dar lugar a prácticas impropias e ilegales⁶. En un sistema de integración económica, como el que existe en la Unión Europea, el problema se pone sobre todo en relación con el principio de libre competencia y sus derivados (en particular la libre circulación de bienes y de servicios)⁷. En efecto, se ha constatado que la Administración tiende a privilegiar a los operadores locales, especialmente los que ocupan posiciones estratégicas en términos de empleo⁸. Y, en algunos casos, decisiones supuestamente justificadas por razones de tutela medioambiental

sión, “EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM(2010) 2020, 3.03. 2010, en particular p. 19. Ver también la campaña Procura+ desarrollada por la organización no gubernamental International Council for Local Environmental Initiatives (en adelante ICLEI) y que tiene como objeto apoyar a los organismos públicos (en particular municipalidades) en la incorporación de criterios ambientales y sociales en sus políticas y procedimientos de contratación (mayores informaciones en <http://www.procuraplus.org/en/about-procura/>).

⁴ COM(2008) 400, p. 15.

⁵ TREPTE, Peter, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement* (Oxford - New York, Oxford University Press, 2005), p. 168.

⁶ DAVIES, A.C.L., *The Public Law of Government Contracts* (Oxford, Oxford University Press, 2008), p. 262.

⁷ White Paper from the Commission to the European Council, “Completing the Internal Market”, COM (85) 310 final, 14.06.1985, p. 23; BOVIS, Christopher, *EC Public Procurement Case Law and Regulation* (London - New York, Longman, 1997), pp. 1 ss.

⁸ Ver sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Dinamarca, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257 (en relación con un procedimiento de adjudicación de con-

en realidad encubren medidas de proteccionismo económico y prácticas discriminatorias⁹. Como ha sido señalado en varias ocasiones por los órganos jurisdiccionales de la UE, este tipo de conductas constituye una seria amenaza para la consolidación y buen funcionamiento del mercado único¹⁰.

Por lo tanto, en la contratación pública, sobre todo atendiendo el impacto que este sector puede ejercer sobre el comercio intracomunitario, es de absoluta relevancia llegar a identificar hasta qué punto la integración de criterios ecológicos en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de los contratos es compatible con los principios generales que rigen el ordenamiento europeo. Si, por una parte, se apunta a garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente, por la otra se quiere evitar que la incorporación de requisitos, condiciones y exigencias de carácter medioambiental sea una mera fachada para poner en práctica medidas discriminatorias en desmedro de los operadores extranjeros.

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UE Y CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE

Sobre este punto, recordamos que el principio de no discriminación por motivos de nacionalidad exige en primer lugar la eliminación de las barreras existentes, muchas veces explícitas, que impiden el acceso a los procedimientos de contratación pública por parte de licitadores extranjeros (las que pueden caer dentro de los conceptos de restricciones cuantitativas o restricciones a la libre prestación de servicios bajo el TFUE)¹¹. Sin embargo, la exigencia de garantizar la igualdad de trato requiere también evaluar y modificar todas las demás medidas que, a pesar de no ser manifiestamente diferenciadas, pueden tener en la práctica un efecto igual de discrimina-

tratos públicos de obras, que incluía, como requisito, la utilización, en todo lo posible, de materiales, bienes de consumo, mano de obra y bienes de equipo nacionales).

⁹ En la jurisprudencia, ver *inter alia* sentencia del Tribunal de Justicia Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120/78, caso “*Cassis de Dijon*” ECLI:EU:C:1979:42; sentencia Nijman, cit. (n. 10). En la doctrina ver JANS, Jan H. - VEDDER, Hans H.B., *European Environmental Law. After Lisbon* (Groningen, Europa Law Publishing, 2012), pp. 261 ss.; KRÄMER, Ludwig, *EC Environmental Law* (London, Sweet & Maxwell, 2007), pp. 104 ss.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA y otros/Comisión, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, ECLI:EU:C:1975:174.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia Serrantoni Srl y Consorzio stabile edili Srl contra Comune di Milano, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808, apdo. 40. Ver en particular el art. 34 TFUE (antiguo art. 28 TCE) y, más precisamente sobre la libertad de prestar servicios, el art. 56 TFUE (antiguo art. 49 TCE).

torio, incluso si se aplican indistintamente a los operadores nacionales y extranjeros¹². Atendiendo la finalidad del presente trabajo, no es posible en esta instancia profundizar más el tema, pero basta con recordar la copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en particular la que se refiere a los actuales artículos 34 y 56 del TFUE, artículos 28 y 49 TCE), en la cual se censuran todas las medidas nacionales que pueden obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio y la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea, ofreciendo una ventaja competitiva a los operadores o a los productos nacionales¹³. Recordamos al respecto que las medidas “de efecto equivalente” pueden, independientemente de su denominación, consistir en actos legislativos, prácticas administrativas o una jurisprudencia generalizada¹⁴. Asimismo, se ha afirmado que una medida nacional no escapa a la prohibición de restricciones cuantitativas por el mero hecho de que el obstáculo creado a la importación sea débil o que existan otras posibilidades de comercializar los productos importados¹⁵. Este último punto es relevante para la contratación pública, porque nos advierte que la simple existencia de un mercado “alternativo” (es decir, el privado) no impide que las exigencias impuestas a lo largo del procedimiento de contratación pública no puedan ser consideradas contrarias al derecho de la UE. En este sentido, las autoridades adjudicadoras deben prestar particular atención a no imponer condiciones o requisitos que de forma directa privilegien productos u operadores nacionales o que de forma indirecta terminen siendo más gravosos o de difícil cumplimiento para los licitadores extranjeros.

Es cierto que – en relación con la libre circulación de mercancías – las restricciones cuantitativas o prohibiciones *prima facie* no permitidas por los actuales artículos 34 (y 35) pueden ser calificadas como lícitas si persiguen

¹² Sentencia *Serrantoni*, cit. (n. 11), apdo. 38. El Tribunal de Justicia se ha referido en varias ocasiones a las problemáticas que se dan en la contratación pública en relación con la libertad de circulación de bienes y de prestación de servicios; ver, *inter alia*, sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Italia, C-3/88, ECLI:EU:C:1989:606, apdo. 8, que ha sido citada en varios fallos posteriores; sentencia Comisión/Dinamarca, cit. (n. 8).

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82. Nos remitimos a la jurisprudencia citada en JANS, Jan H. - VEDDER, Hans H.B., cit. (n. 9), pp. 262 ss.; KUNZLIK, Peter, *Green Public Procurement – European Law, Environmental Standards and “What top buy” Decisions*, en *Journal of Environmental Law* 25 (2), 2013, pp. 173-202, pp. 183 ss.

¹⁴ Ver, por ejemplo, sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Francia, 21/84, ECLI:EU:C:1985:184 (sobre las prácticas administrativas proteccionistas).

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Italia, 103/84, ECLI:EU:C:1986:229, apdo. 18.

las finalidades señaladas en el artículo 36 (antiguo artículo 30 TCE)¹⁶. Por otra parte, la jurisprudencia europea ha confirmado también la legitimidad de las restricciones justificadas por razones imperativas, es decir, medidas que persiguen intereses distintos del correcto funcionamiento del mercado único pero igualmente merecedores de tutela, entre los cuales caben las exigencias relacionadas con la tutela medioambiental¹⁷. Recordamos, sin embargo, que la admisibilidad de las medidas *ex* artículo 36 TFUE y de las justificadas por razones imperativas está prevista de forma restrictiva. Para superar el test de conformidad con el derecho europeo, las medidas adoptadas deben ser adecuadas y proporcionadas a la realización del objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para lograrlo¹⁸. Además, debe resultar patente el esfuerzo de alcanzar esa finalidad específica, lo que se puede acreditar indicando todo el conjunto de medidas y políticas que han sido adoptadas para lograr, de forma sistemática y consistente, el objetivo mismo¹⁹.

En los párrafos que siguen, por lo tanto, se pasará a examinar dos fases

¹⁶ Recordamos al respecto que la disposición menciona expresamente, entre otras, la “protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional”. El artículo 36 aclara asimismo que “tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”. Es decir, estas medidas, a pesar de que se permita su aplicación diferenciada según la proveniencia de los productos, no pueden convertirse en instrumentos de políticas de proteccionismo económico, disfrazados por una fachada de tutela de los intereses mencionados en la norma. Ver sentencia del Tribunal de Justicia Procedimiento penal entablado contra H. F. M. Nijman, 125/88, ECLI:EU:C:1989:401.

¹⁷ La sentencia clave fue la emitida por el Tribunal en el asunto *Cassis de Dijon*, cit. (n. 9); en relación con la protección del medio ambiente, véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Dinamarca, 302/86, ECLI:EU:C:1988:421, apdo. 9; sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Austria, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684, apdo. 70. Para profundizar el tema, nos remitimos a JANS, Jan H. - VEDDER, Hans H.B., cit. (n. 9), pp. 270-280; KRÄMER, Ludwig, cit. (n. 9), pp. 105-106. Además, sobre el debate si las razones imperativas pueden justificar medidas que se aplican de forma distinta ver KUNZLIK, Peter, cit. (n. 13), pp. 185-186.

¹⁸ Véanse en ese sentido sentencia del Tribunal de Justicia Aher-Waggon GmbH contra Bundesrepublik Deutschland, C-389/96, ECLI:EU:C:1998:357, apdo. 24; sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Austria, C-28/09, ECLI:EU:C:2011:854, apdo. 85. En doctrina, ver JANS, Jan H. - VEDDER, Hans H.B., cit. (n. 9), pp. 282-288; KRÄMER, Ludwig, cit. (n. 9), pp. 113-119. Ver también nuestras consideraciones en la nota 16.

¹⁹ Sobre este punto, ver también, sentencia Comisión/Austria, cit. (n. 18), apdo. 126.

del procedimiento de contratación pública (la definición de las especificaciones técnicas y de los criterios de adjudicación) en que se da mayormente esta tensión entre el principio de libre competencia y la inclusión de consideraciones ecológicas en la contratación pública. Se tomarán particularmente en cuenta la nueva normativa europea, la Directiva 2014/24/UE²⁰, cuyo plazo de recepción vence el 18 de abril de 2016, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual, bajo la normativa derogada, ha desarrollado varios criterios y principios que siguen todavía vigentes.

III. LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ECOLÓGICAS

La legislación en materia de contratos públicos, muy en general, prevé que en los documentos de la contratación (o pliego de contratación) redactados por la Administración se indiquen las especificaciones técnicas relativas al objeto del contrato. Éstas fijan los requerimientos, normas, condiciones y características que una obra, material, producto o servicio debe respetar con el fin de cumplir con su “uso” por parte del poder adjudicador; las especificaciones técnicas pueden, por ejemplo, hacer referencia a la forma, tamaño, composición, presentación, identificación o envasado de un producto, sus características de calidad y rendimiento, etc. En los pliegos del procedimiento de contratación generalmente se incluyen también los requerimientos relativos al diseño, materiales, técnicas o métodos de construcción de una obra, entre otras cosas.

La definición de las especificaciones técnicas se convierte, por lo tanto, en uno de los momentos clave para incorporar criterios ambientales en los procedimientos de contratación pública, también porque en esta etapa las autoridades públicas gozan de un margen de discrecionalidad más amplio²¹. En los contratos de suministro es más intuitivo entender cómo se pueden integrar las preocupaciones por el medio ambiente en la selección y adquisición de los productos requeridos. Esto no excluye que también en los otros tipos de contratos públicos se puedan insertar especificaciones técnicas que persiguen la misma finalidad. En efecto, la entidad adjudicadora podría insertar en las condiciones técnicas de los contratos de obra pública normas para garantizar que los materiales de construcción y las técnicas constructivas cumplan con determinados requerimientos

²⁰ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, de 28 de marzo de 2014, p. 65).

²¹ En la doctrina sobre el punto se habla de “*what to buy decisions*”, ver KUNZLIK, Peter, cit. (n. 13), p. 189.

de sostenibilidad ecológica o produzcan un bajo impacto ambiental, tales como prever la utilización de productos derivados de material reciclado o eco-compatibles (como podría ser la madera certificada de industria forestal sostenible²²). Asimismo, adquiere relevancia la fase en que se proyecta una obra y se definen ciertas características de la misma, también de carácter prestacional, como las que dicen relación con el rendimiento energético, la aislación, la ventilación, un menor uso de luz artificial o de otros recursos naturales, etc. Por otra parte, en los contratos de servicios se podría exigir el cumplimiento de ciertos estándares ambientales en los productos que se utilizan para realizar la actividad licitada, por ejemplo detergentes “ecológicos” en los servicios de aseo y limpieza.

Es cierto que identificar los productos, materiales, etc..., amigables con el medio ambiente requiere una previa investigación y puede resultar un desafío, sobre todo para las autoridades administrativas que cuentan con personal y recursos limitados. La falta de información al respecto es sin duda uno de los principales obstáculos, en la práctica, para la difusión de la contratación pública sostenible. Con el fin de colmar esta laguna y facilitar la identificación de especificaciones técnicas ecológicas se han publicado guías y manuales, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, y se han creados plataformas en internet en las cuales se recogen directrices, estudios de casos e informes²³.

Además de los inconvenientes prácticos derivados de la carencia de información, la definición de especificaciones técnicas eco-compatibles no está exenta de problematicidad de orden jurídico. La cuestión más relevante (para efectos de este estudio) radica en la eventual incompatibilidad de las especificaciones técnicas “verdes” con las normas que tutelan la libre competencia y, más en detalle, la libre circulación de bienes y servicios. Efectivamente, algunos requerimientos inspirados a la tutela del medio ambiente podrían resultar discriminatorios hacia ciertas categorías de potenciales licitadores, en particular los extranjeros²⁴. Por ejemplo, con el fin de reducir los impactos ambientales causados por el transporte a larga

²² Por ejemplo la madera certificada por el Forest Stewardship Council (ver <https://es.fsc.org/es/certificacin>).

²³ Ver, *inter alia*, la página de la Comisión Europea dedicada a las contrataciones públicas ecológicas: http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm y la publicación, siempre de la Comisión intitulada “*Manual sobre contratación pública ecológica*”, 2011, disponible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_es.pdf.

²⁴ PALMUJOKI, Antti - PARIKKA-ALHOLA, Katriina - EKROOS, Ari, *Green Public Procurement: Analysis on the Use of the Environmental Criteria in Contracts*, en Review of European Community & International Environmental Law 19 (2), 2010, pp. 250-262, p. 254.

distancia de mercancías, los poderes adjudicadores podrían exigir productos o materiales locales o que sean originarios de una región determinada. Asimismo, podrían establecerse condiciones y estándares que pueden ser cumplidos solo por los operadores nacionales o cuyo cumplimiento resulta particularmente gravoso para los licitadores extranjeros, los cuales podrían ser disuadidos de participar en el procedimiento de adjudicación²⁵ u obligados en la práctica a presentar ofertas menos competitivas para enfrentar los costos elevados asociados con el respeto de las exigencias impuestas por la administración. En particular, la definición de las especificaciones técnicas podría dar origen a la creación de obstáculos técnicos que impiden o dificultan el acceso de los operadores extranjeros a las contrataciones públicas.

Sobre este punto, y más precisamente en relación con la libre circulación de las mercancías, cabe recordar que desde el nacimiento de la Comunidad Económica Europea el objeto de las políticas de integración económica ha sido la eliminación gradual del trato diferenciado entre los actores nacionales y los extranjeros, causado por medidas legislativas o administrativas que prohibían el uso de productos foráneos o que imponían condiciones y límites de distinta naturaleza a la circulación y comercialización de los mismos. Por esta razón, también se han promovido varias iniciativas para eliminar las diferencias entre las normas técnicas nacionales²⁶. Actualmente, las instituciones europeas parecen orientarse hacia el principio del reconocimiento mutuo²⁷, según el cual, en ausencia de medidas de armonización a escala europea, y salvo ciertas excepciones²⁸, cada Estado miembro debe reconocer como equivalentes y ajustados a sus propios reglamentos y normas técnicas los productos que cumplen con los estándares establecidos en la regulación de otro Estado

²⁵ El eventual efecto disuasorio de las cláusulas del procedimiento de contratación también puede ser tomado en consideración para determinar su conformidad con las normas europeas, ver en este sentido sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Francia, C-16/98, ECLI:EU:C:2000:541, apdos. 108-109.

²⁶ Entre otras, ver el Reglamento (CE) N° 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro (DO L 218 de 13 de agosto de 2008, p. 21); Reglamento (UE) N° 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea (DO L 316 de 14 de noviembre de 2012, p. 12).

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “El reconocimiento mutuo en el marco del seguimiento del Plan de acción para el Mercado Interior”, COM/99/0299 final, 16.06.1999.

²⁸ Recordamos en particular las medidas permitidas bajo el actual art. 36 TFUE y las adoptadas por razones imperativas.

miembro. Los Estados no podrían, por lo tanto, poner impedimentos de carácter técnico a la importación y a la circulación de las mercancías solo si demuestran que los requerimientos técnicos establecidos en el país de origen del producto no pueden proporcionar garantías equivalentes a las exigidas por las normas técnicas nacionales.

Asimismo, en el ámbito europeo e internacional²⁹ existen varios organismos que se han preocupado del proceso de normalización³⁰, la cual sigue siendo un instrumento importante de las políticas europeas, no solo en relación al fortalecimiento del mercado único, sino también para fomentar “un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”³¹ y, más en particular, las políticas en materia ambiental, sobre todo las que dicen relación con el cambio climático y con el fomento de un uso eficiente de los recursos.

La legislación europea en materia de contratos públicos, sin perjuicio de las normas técnicas nacionales obligatorias, y siempre que éstas sean compatibles con el derecho de la UE, admite la posibilidad de formular las especificaciones técnicas de acuerdo a normas y estándares técnicos elaborados a distintos niveles, dejando a los de origen nacional como última opción³². Por otra parte, la neta preferencia para las normas internacionales se consagra en otros tratados internacionales, como el Acuerdo sobre contratación pública de la OMC³³. La remisión a normas internacionales o supranacionales debiera reducir el riesgo de restricciones injustificadas de la competencia, ya que los requisitos son “comunes”, fijados previamente y conocidos (o conocibles) por todos los potenciales licitadores, en condiciones de paridad. Como contrapartida, puede implicar una cierta rigidez en la definición de las especificaciones, reduciendo el margen de maniobra de las autoridades contratantes y, a mayor abundamiento, puede frenar

²⁹ *Inter alia*, es relevante mencionar la *International Organization for Standardization* (ISO).

³⁰ Bajo este concepto, entendemos la formulación de “documentos con carácter voluntario en los que se definen los requisitos técnicos o de calidad que pueden cumplir los productos actuales o futuros, los procesos de producción, los servicios o los métodos”. Ver Comunicación de la Comisión Europea, “Una visión estratégica de las normas europeas: Avanzar para mejorar y acelerar el crecimiento sostenible de la economía europea de aquí a 2020”, COM(2011) 311 final, 1.06.2011, apdo. 1.1. En el ámbito europeo este proceso es impulsado por los siguientes organismos: Comité Europeo de Normalización (CEN), Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) e Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI).

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² Ver art. 42, apdo. 3, letra b), Directiva 2014/24/UE.

³³ Ver art. X, apdo. 1, letra b).

el ingreso de productos innovadores, si los procedimientos de revisión de las normas técnicas supranacionales son largos y engorrosos.

Generalmente, las especificaciones técnicas elaboradas en sede nacional (a menos que no traspongan requisitos obligatorios o voluntarios de aplicación más amplia, como se ha visto) se aceptan sólo como una excepción a la regla. En efecto, estos estándares pueden conllevar la desventaja de no permitir a los operadores extranjeros una comprensión clara e inmediata de lo requerido por la entidad adjudicadora, lo que hace más difícil presentar ofertas dentro de los plazos previstos. Asimismo, en algunos casos, la inserción de especificaciones técnicas de formulación exclusivamente doméstica puede representar una medida encubierta de proteccionismo económico, como ha sido señalado³⁴.

Lamentablemente, en el campo ambiental el abanico de normas y estándares técnicos internacionales no es muy variado, a pesar de los esfuerzos realizados en los años más recientes³⁵, y muchas indicaciones relativas a las especificaciones técnicas emanan de organizaciones privadas o de autoridades estatales, lo que puede traducirse en medidas que directa o indirectamente discriminan de forma injustificada a los potenciales licitadores extranjeros³⁶, en violación del principio de igualdad de trato y de la normativa europea aplicable en el sector³⁷.

Para evitar lo anterior, de acuerdo a la normativa sobre contratos públicos, todas las veces que se haga referencia a normas técnicas (también a las internacionales), el poder adjudicador debe admitir productos, servicios, obras equivalentes³⁸.

Por otra parte, la directiva europea admite expresamente la facultad de detallar las especificaciones técnicas no solo a través de la referencia a normas técnicas, sino también en términos de rendimiento o exigencias funcionales (incluidas las características ambientales) directamente por la entidad adjudicadora, siempre que los parámetros sean suficientemente precisos: por un lado, para permitir que los potenciales licitadores entiendan el objeto del contrato y puedan presentar ofertas conformes y, por el otro, para que el poder adjudicador tenga la posibilidad real de verificar el cumplimiento en dichas ofertas de los requerimientos establecidos y

³⁴ BOVIS, Christopher, cit. (n. 7), pp. 21-22.

³⁵ Comunicación de la Comisión, "Integración de los aspectos medioambientales en la normalización europea", COM (2004) 130 final, 25.02.2004.

³⁶ Sobre este punto nos reenviamos a las consideraciones desarrolladas en el párrafo I.

³⁷ Ver, por ejemplo, art. 42, apdo. 2, Directiva 2014/24/UE.

³⁸ Art. 42, apdo. 3, letra c), Directiva 2014/24/UE.

pueda, por lo tanto, adjudicar el contrato³⁹. En este segundo caso, el cumplimiento de determinadas normas técnicas puede constituir una presunción de conformidad con los requisitos fijados por la administración en los pliegos respectivos⁴⁰.

Ahora bien, cuanto al contenido de las especificaciones técnicas, como se acaba de mencionar, el derecho de la UE se ha abierto a las especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales⁴¹, que, según lo previsto en la directiva 2014/24/CE pueden referirse también a criterios ambientales. Asimismo, la directiva aludida admite expresamente la incorporación de especificaciones técnicas que se refieren también al “proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este”⁴². Con lo anterior, se permite la indicación de especificaciones técnicas que afectan de forma directa y “visible” el producto final, como, por ejemplo, la ausencia (en su composición, estructura, etc...) de sustancias contaminantes, el uso (en una construcción) de madera de industria forestal sostenible, productos derivados de la agricultura biológica, etc. En la doctrina, al respecto, se ha destacado que dichos requerimientos debieran ser verificables y objetivos⁴³. Por otra parte, también cumplen con la normativa europea las especificaciones técnicas que se traducen en características directas no visibles⁴⁴, como puede ocurrir en un contrato de suministro de energía en el cual se requiera energía de fuentes renovables. Actualmente, bajo la normativa que se deroga⁴⁵, algunos autores niegan que puedan insertarse especificaciones técnicas sobre el ciclo productivo de un producto, es decir, por ejemplo, indicaciones acerca de cómo el producto se ha generado o procesado y que no describen directamente el objeto de la prestación (un ejemplo al respecto es la exigencia de que el ciclo de producción tenga una huella

³⁹ Art. 42, apdo. 3, letra a), Directiva 2014/24/UE.

⁴⁰ Art. 42, apdo. 3, letra c), Directiva 2014/24/UE.

⁴¹ Art. 42, apdo. 2, Directiva 2014/24/UE.

⁴² Art. 42, apdo. 1, N° 2, Directiva 2014/24/UE.

⁴³ En este sentido DALLARI, Filippo, *Gli appalti verdi*, ahora, en MASTRAGOSTINO, Franco (coordinador), *Gli strumenti economici e consensuali del Diritto dell'ambiente* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2011), pp. 89-133, p. 119.

⁴⁴ DALLARI, Filippo, cit. (n. 43), p. 119.

⁴⁵ Art. 23, Directiva 2004/18/CE.

de carbono mínima)⁴⁶. Sin embargo, la nueva directiva parece admitir los requerimientos relativos al método de producción, etc..., y, en general, al ciclo de vida de un producto, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios⁴⁷.

Por otra parte, para no interferir con el comercio internacional, y sobre todo para evitar la adopción de especificaciones técnicas que deriven en instrumentos de proteccionismo económico, en general no es admitido hacer referencia a una fabricación o procedencia determinada⁴⁸. Sin embargo, sí se admite esta remisión, de forma excepcional, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato, a través de los sistemas ya indicados anteriormente. Pero, en estos casos la referencia deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”.

Como se puede apreciar, en casi todos los casos, y con la excepción relevante de la definición de las especificaciones técnicas a través de puros criterios de rendimiento o exigencias funcionales, para los cuales el derecho de la UE parece manifestar su *favor*⁴⁹, la “cláusula de equivalencia” es imprescindible⁵⁰. En atención a lo anterior, los jueces europeos, en

⁴⁶ DALLARI, Filippo, cit. (n. 43), p. 120.

⁴⁷ Recordamos al respecto que la futura normativa define el concepto de ciclo de vida como “todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización”, ver art. 1, N° 20, Directiva 2014/24/UE.

⁴⁸ Ver más en detalle el art. 42, apdo. 4, Directiva 2014/24/UE: “4. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos...”.

⁴⁹ Ver en este sentido también el considerando N° 74 de la Directiva 2014/24/UE en que se afirma que redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera para no limitar artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico y para favorecer la innovación en la contratación pública.

⁵⁰ Cuando la normativa impone expresamente la inserción de la mención “o equivalente”, en la jurisprudencia de algunos estados miembros se ha considerado que la exclusión de los productos que sí son tales constituye un vicio esencial del procedimiento de contratación pública. Ver *inter alia*, ver sentencia del Consiglio di Stato, de 13 de mayo de 2011, N° 2919.

Por otra parte, precisamos que, en línea general, el mismo principio se aplica en relación con el empleo de las etiquetas ecológicas, aunque sea necesario hacer

virtud del principio de la igualdad de trato y del deber de transparencia que incumbe a la administración⁵¹, censuran la mera falta de la mención “o equivalente” en los pliegos de condiciones, señalando que se trata de una conducta ilegal de la administración la cual no puede ser rectificadora posteriormente por el simple hecho de precisar, en las notas informativas o aclarativas siguientes, que se aceptarán productos equivalentes⁵².

Ahora bien, la prueba de la equivalencia y de la correspondencia del producto, servicio, obra, etc... con los criterios (ambientales) señalados en los pliegos debe ser proporcionada por el oferente, pero los poderes adjudicadores no podrían legítimamente rechazar documentos, certificaciones, etc... que demuestren el cumplimiento de los requerimientos previstos (salvo que no haya una disposición contraria en la ley). Esto, sin embargo, no significa que la administración deba aceptar cualquier tipo de prueba y que no esté facultada, dentro su margen de discrecionalidad, para realizar ciertas apreciaciones al respecto, y hasta rechazar, por considerarlas inválidas o insuficientes, certificaciones que no cumplan con los objetivos deseados⁵³.

algunas consideraciones más matizadas sobre este punto, que vamos a desarrollar en el próximo párrafo.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Países Bajos, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, apdo. 56.

⁵² Ibid. apdo. 69.

Al respecto, se ha señalado que “la información complementaria sobre el pliego de condiciones y la documentación complementaria... pueden aportar ciertas aclaraciones e información, no pueden modificar, ni siquiera mediante correcciones, el alcance de las condiciones esenciales del contrato, entre las que figuran las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación, según se formularon dichas condiciones en el pliego de condiciones, en las que los operadores económicos interesados se basaron legítimamente para tomar la decisión de preparar la presentación de una oferta o, por el contrario, de renunciar a participar en el procedimiento de adjudicación del contrato correspondiente”, ver *ibid.* apdo. 55.

Esta postura contrasta con la orientación de algunos ordenamientos nacionales que reconocen la facultad de la Administración de evaluar (y aceptar) los productos equivalente también cuando en los pliegos de condiciones la referencia a las normas técnicas, marcas de fabricación o proveniencias, etc... no está acompañadas por la mención “o equivalente”, ver, entre otras, la sentencia del Consiglio di Stato, de 30 de abril de 2014, N° 2273.

Desde otro punto de vista, recordamos que la mera inserción de la expresión “o equivalente” no es suficiente para excluir la eventual ilegitimidad de los pliegos de condiciones, pues se deben respetar los demás requisitos eventualmente previstos en la ley; en este sentido Sentencia del Consiglio di Stato, de 30 de mayo de 2013, N° 2976.

⁵³ Sentencia del Tribunal General *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE* contra Agencia Europea de Medio

1. *Especificaciones técnicas y etiquetas ecológicas*

Para identificar los requerimientos que deben cumplir los productos objeto del suministro, los materiales utilizados en la obra o en el servicio a prestarse, las entidades adjudicadoras pueden remitirse a las etiquetas ecológicas⁵⁴. En esta categoría recaen varias tipologías: etiquetas de carácter supranacional, como la “Flor Europea”⁵⁵ o el *White Swan* escandinavo, y etiquetas surgidas en un ámbito territorial más restringido y que, sin embargo, cuentan con un gran impacto mediático, por ejemplo el *Blauer Engel* alemán. Asimismo, un criterio de diferenciación puede ser el “target” de las etiquetas ecológicas; en efecto, algunas se refieren a una vasta gama de productos (por ejemplo, la europea), mientras otras se aplican sólo a determinadas categorías, como las relacionadas con los alimentos de agricultura orgánica⁵⁶, con el papel y los productos de madera procedentes de silvicultura sostenible, las etiquetas energéticas (por ejemplo, el *Energy Star*), etc. Las distintas etiquetas pueden convivir, en el mismo territorio o en el mismo sector, sin que surjan mayores conflictos entre las distintas formas de etiquetado ecológico⁵⁷.

El otorgamiento de una etiqueta ecológica generalmente ocurre después de una evaluación exhaustiva del ciclo de vida de un producto, finalizada a verificar la compatibilidad de un producto con los criterios ambientales pre-establecidos. Dependiendo de la naturaleza del producto, se evalúan las características de rendimiento funcional (tales como el consumo de energía, la vida útil, las emisiones eventualmente producidas durante su uso), la composición (y por lo tanto el tipo de material utilizado, la presencia de sustancias nocivas para el medio ambiente), las características del proceso de producción (su eficiencia ambiental y energética, el uso de ciertas sustancias), y finalmente la fase final del ciclo de vida del producto, en particular la capacidad de recuperar o reciclar el producto, en su totalidad o en parte.

En este sentido, las etiquetas ecológicas constituyen un buen punto de

Ambiente (AEE), T-331/06, ECLI:EU:T:2010:292, apdos. 77-78 (hay que especificar que se trata de un caso de contratación por parte de órganos de la UE). En el mismo sentido, ver ahora art. 44, Directiva 2014/24/UE.

⁵⁴ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho administrativo ambiental* (Madrid, La Ley, 2010), pp. 689 ss.

⁵⁵ Reglamento (CE) N° 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE. Texto pertinente a los efectos del EEE (DO L 27 de 30.1.2010, p. 1).

⁵⁶ Reglamento (CE) N° 834/2007 del Consejo, de 28 de junio de 2007, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) N° 2092/91 (DO L 189 de 20.7.2007, p. 1).

⁵⁷ En particular, ver LOZANO CUTANDA, Blanca, cit. (n. 54), pp. 702 ss.

referencia para identificar a los productos amigables con el medio ambiente y, en efecto, hay una serie de iniciativas que promueven el uso de las mismas en los procedimientos de contratación pública⁵⁸. En particular, si los poderes adjudicadores no tienen la capacidad de describir el objeto de un contrato de forma rigurosa y precisa, la remisión a las etiquetas ecológicas puede ser una solución altamente viable.

Sin embargo, su uso puede resultar problemático en conexión con los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre los licitadores, sobre todo si se trata de sistemas de etiquetado de carácter local. Pero lo anterior no debiera hacer descartar *a priori* el uso de etiquetas medioambientales en la definición de las especificaciones técnicas. En efecto, existen programas de información y armonización en materia de etiquetado ecológico⁵⁹, que permiten superar la excesiva “localización” de una etiqueta ecológica. Es cierto que estas iniciativas están recién partiendo y todavía no permiten dar una solución exhaustiva a los problemas e interrogantes jurídicos antes señalados. Por otra parte, existe un camino alternativo, que consiste en permitir expresamente, en los pliegos de condiciones, la remisión a las etiquetas ecológicas, pero, al mismo tiempo, admitir los productos equivalentes o, mejor dicho, los productos que, si bien no llevan la etiqueta específica, cumplen con los criterios ambientales y los requisitos correspondientes a los previstos para el otorgamiento de la misma. En esta línea, en el derecho de la UE se permite la remisión a etiquetas ecológicas, dentro de ciertos límites. En particular, el artículo 43 de la nueva Directiva 2014/24/UE precisa que las entidades adjudicadoras pueden indicar una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas, siempre que se cumplan determinadas condiciones, entre las cuales destacan la verificabilidad e imparcialidad de los requisitos necesarios para conseguir la etiqueta, el carácter transparente, participativo y objetivo del procedimiento de concesión de la misma⁶⁰. Como ha sido señalado⁶¹, el cumplimiento de las exigencias fijadas en la disposición aludida no siempre se da respecto de toda forma de etiquetado ecológico, en particular en relación con la exigencia de que los requerimientos sean verificables y

⁵⁸ Ver la idea del Manual para las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos contenida en el art. 7, apdo. 1, letra f), de Reglamento 66/2010/UE, al momento no redactado.

⁵⁹ Por ejemplo, nos referimos a las medidas de armonización llevadas a cabo por la organización no gubernamental Global Ecolabelling Network (GEN). Para mayores informaciones ver <http://www.globalecolabelling.net/>.

⁶⁰ Más en detalle, ver el contenido del 43, Directiva 2014/24/UE.

⁶¹ Ver DAVIES, A.C.L., cit. (n. 6), p. 280.

objetivos, no discriminatorios, lo que podría generar más conflictos jurídicos y dar mayor espacio al sindicato por parte de los jueces.

En todo caso, siempre se exige aceptar todas las etiquetas que confirmen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos equivalentes o, si a un operador económico, por razones que no se le puedan atribuir, le hubiera resultado manifiestamente imposible obtener la etiqueta específica indicada por el poder adjudicador o una etiqueta equivalente dentro de los plazos aplicables, el poder adjudicador deberá aceptar otros medios adecuados de prueba, como por ejemplo un expediente técnico del fabricante, a condición de que el operador económico interesado demuestre que las obras, suministros o servicios que ha de prestar cumplen los requisitos de la etiqueta específica o los requisitos específicos indicados por el poder adjudicador⁶².

Comparando la actual normativa con la anterior, cabe destacar que la Directiva 2014/24/UE complica la tarea tanto de los poderes adjudicadores, los cuales, al remitirse a una etiqueta ecológica se ven obligados a verificar si ésta cumple con todas las condiciones señaladas, como a los licitadores cuyos productos, obras, servicios no llevan la etiqueta ecológica. Estos últimos, de hecho, no solo deben presentar “medios adecuados de prueba” para demostrar el cumplimiento de los requerimientos técnicos, sino adicionalmente están obligados a acreditar que “por razones que no se le puedan atribuir, le hubiera resultado manifiestamente imposible obtener la etiqueta específica indicada” (o una equivalente). En este sentido, consideramos que las exigencias puestas por la nueva directiva son más restrictivas e imponen al oferente “no etiquetado” una carga de la prueba considerable. A nuestro parecer, en este sentido la nueva directiva muestra indirectamente una preferencia hacia las etiquetas ecológicas, pues limita la facultad de los operadores de ofrecer productos que no cuenten con las mismas. Recordamos que respecto a las demás especificaciones técnicas, la normativa y la jurisprudencia europeas han admitido de forma muy excepcional la facultad de exigir marcas, logos, etc..., y siempre bajo la condición de acompañar la referencia a dichos instrumentos o calificaciones con la mención “o equivalente”⁶³. Esta exigencia resulta mitigada en relación con el etiquetado ambiental.

Por otra parte, se da la posibilidad a los organismos adjudicadores de remitirse a las etiquetas ecológicas aun cuando contemplen también requisitos no vinculados al objeto del contrato, pero en este caso no se

⁶² Art. 43, apdo. 1, Directiva 2014/24/UE.

⁶³ Ver, entre otras, sentencias del Tribunal de Justicia Comisión/Irlanda, 45/87, ECLI:EU:C:1988:435, apdo. 22, Comisión/Países Bajos, C-359/93C-359/93 (ECLI:EU:C:1995:14), apdo. 28. Ver ahora art. 46, Directiva 2014/24/UE.

podrá exigir la etiqueta como tal, más bien se definirán las especificaciones técnicas por referencia a las características detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de estas, que sí estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características del objeto del contrato⁶⁴. En este sentido, un operador cuyos productos, obras o servicios cuenten con la etiqueta ecológica podrá acreditar que el producto, etc. cumple con los requisitos de las especificaciones técnicas simplemente presentando la certificación relativa a la asignación de la etiqueta misma. De esta manera, se obtendrá una doble ventaja: por un lado, se fomenta el uso de la etiqueta ecológica por parte de los operadores privados, los cuales claramente son beneficiados por esta simplificación; por la otra, se salvaguarda el principio de igualdad de trato entre los licitadores: los productos que no cuenten con la etiqueta no serán excluidos, pero podrán ser admitidos en la medida en que prueben el cumplimiento de los requerimientos técnicos establecidos.

Finalmente, recordamos que en algunos sectores las condiciones y características requeridas para la asignación de la etiqueta se han convertido en especificaciones técnicas de carácter obligatorio para las entidades adjudicadoras⁶⁵.

IV. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN AMBIENTALES

Los principios de igualdad de trato y de transparencia obligan a las autoridades administrativas a hacer públicos los criterios que se tendrán en cuenta al momento de adjudicar el contrato. Se trata de parámetros que tienen como fin evaluar, en su totalidad, las ofertas ya “idóneas”, y, por lo tanto, se diferencian de los requerimientos relativos a la selección del licitador o a las especificaciones técnicas que apuntan más precisamente

⁶⁴ Art. 43, apdo. 2, Directiva 2014/24/CE.

⁶⁵ Un ejemplo es dado por el Reglamento (CE) N°106/2008 relativo al etiquetado “*Energy Star*”, en el cual se exige la formulación, en ciertos contratos públicos de suministro, de requisitos de eficiencia energética no menos exigentes que las especificaciones comunes establecidas para la concesión de la etiqueta. En este caso, las características establecidas en este programa no son obligatorias para la circulación y comercialización de los productos señalados, sino más bien su cumplimiento es de carácter voluntario (y finalizado a la asignación de la etiqueta). Sin embargo, en el ámbito de los contratos públicos aludidos se convierten en requisitos comunes, armonizados y – limitadamente al ámbito definido por el instrumento – obligatorios. Ver Reglamento (CE) N° 106/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativo a un programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos (DO L 39 de 13.2.2008, p. 1).

a excluir esas ofertas que no cumplen con las necesidades de la entidad adjudicadora⁶⁶.

Con el fin de evitar decisiones arbitrarias, es necesario que dichos criterios (y su ponderación) sean claros, precisos, unívocos y establecidos en los documentos de la contratación (en el anuncio de la licitación o en el pliego de condiciones). Como se ha señalado en la jurisprudencia comunitaria⁶⁷, la correcta formulación de los criterios de adjudicación permite, por un lado, a los operadores privados conocer los requerimientos de la contratación (y su alcance) y a los poderes adjudicadores, por el otro, seleccionar la oferta más beneficiosa para el conseguimiento del interés público que el contrato apunta a satisfacer.

En relación con los criterios de adjudicación, las formulas tradicionales en el derecho de la contratación pública son las que se refieren al “precio más bajo” o a la “oferta económicamente más ventajosa”⁶⁸, ésta última introducida en muchos ordenamientos jurídicos gracias a las directivas comunitarias. Mientras el primero puede resultar restrictivo y limitar la ponderación de elementos no estrictamente monetarios en la selección de las ofertas⁶⁹, el segundo asegura mayor flexibilidad y permite considerar aspectos que van más allá del mero “precio final” del bien, servicio u obra objeto del contrato. Estos elementos, por supuesto, deben ser explicitados en los pliegos de contratación y podrían abarcar, entre otras cosas, la calidad del bien o servicio ofrecido, las modalidades de ejecución, el servicio post-venta, la asistencia técnica, etc...⁷⁰. La directiva 2014/24/UE ahora admite expresamente la facultad de definir la oferta económicamente más ventajosa utilizando como parámetro el cálculo del coste del ciclo de vida⁷¹

⁶⁶ Más en detalle, sobre la diferencia entre los requisitos de capacidad e idoneidad de los licitadores y los criterios de adjudicación ver sentencia del Tribunal de Justicia Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) contra Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360, apdo. 59.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) Comisión/CAS Succhi di Frutta SpA, C496/99 P, EU:C:2004:236, apdo. 111.

⁶⁸ Art. 67, apdo. 1, Directiva 2014/24/UE, en el cual se consagra la preferencia del derecho de la UE por el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

⁶⁹ Hay estudio que sin embargo refutan la conclusión común que insertar criterios ambientales tendería a incrementar los costos; ver en este sentido PricewaterhouseCoopers, Significant and Ecofys, “*Collection of Statistical Information on Green Public Procurement in the EU*”, 2009, p. 7, disponible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/statistical_information.pdf.

⁷⁰ Para mayores detalles, ver art. 67, apdo 2., Directiva 2014/24/UE.

⁷¹ El cálculo del coste de vida se realiza con arreglo al art. 68, Directiva 2014/24/UE.

y de incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de distintos criterios que abarcan también los aspectos medioambientales vinculados al objeto del contrato público de que se trate⁷².

Sin embargo, también en ausencia de esta provisión expresa se consideraba conforme al derecho comunitario recurrir a criterios ecológicos para identificar la oferta económicamente más ventajosa. Más en detalle, en la jurisprudencia se reconocía que la lista de los elementos para definir la oferta económicamente más ventajosa contenida en las directivas europeas no era taxativa y, por lo tanto, admitía la inclusión de otros criterios no contemplados explícitamente y no necesariamente de naturaleza económica, como los con finalidad ambiental⁷³. El *leading case* en este sentido fue la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el caso *Concordia Bus*⁷⁴. La conclusión del Tribunal de Justicia en el caso mencionado no extraña, porque se inserta en una secuencia de medidas⁷⁵ y fallos en que

⁷² Art. 67, apdo. 2, Directiva 2014/24/UE. En este sentido, ver también el “*Manual sobre contratación pública ecológica*”, cit. (n. 23), p. 50.

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia *Concordia Bus Finland Oy Ab*, antes *Stagecoach Finland Oy Ab* contra *Helsingin kaupunki* y *HKL-Bussiliikenne*, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, apdo. 55. En la sentencia se hace expresa mención al hecho que la misma directiva vige a la época se refería a las características estéticas de una oferta.

⁷⁴ Ver nota anterior. En el asunto concreto, la Municipalidad de Helsinki convocó una licitación para adjudicar un contrato de servicios para la gestión de la red de autobuses urbanos; de los documentos de la contratación se desprendía que la adjudicación se realizaría a la luz de la oferta más favorable desde el punto de vista económico global, lo que debía tener en cuenta tres criterios, a saber: el precio global solicitado para la explotación, la calidad de los vehículos (autobuses) y la gestión por el oferente en materia de calidad y medio ambiente. En cuanto a la calidad de los vehículos, era posible obtener un máximo de 10 puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios: en particular, tales puntos se asignaban por la utilización de autobuses que produjeran bajas emisiones atmosféricas y un nivel de ruido reducido. Por lo que atañía, por último, a la organización empresarial en materia de calidad y de medio ambiente, podían concederse puntos adicionales si el oferente cumplía con uno de requerimientos cualitativos mencionados y si contaba con un programa de conservación del medio ambiente, ambos aspectos acreditados mediante certificación. La recurrente había formulado la oferta menos cara, pero no obtuvo puntos adicionales por los criterios relativos a las emisiones y al nivel de ruido de los autobuses, y por eso quedó en segundo lugar. El Tribunal, al cual se había planteado una petición prejudicial, precisó que el derecho comunitario permitía, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa, la adopción de criterios no necesariamente de naturaleza meramente económica.

⁷⁵ En este sentido, ver *inter alia* Libro verde de la Comisión Europea, “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, COM (1996) 583 final, 27.11.1996, y COM/2001/0274, cit. (n. 3)

se han aceptado criterios no meramente económicos, por ejemplo los relacionados con las políticas públicas para revertir el desempleo, la seguridad del abastecimiento⁷⁶, el valor estético, etc... Se trata, en efecto, de factores que pueden determinar el “valor real” de la oferta a los ojos de la administración contratante.

Ahora bien, como se ha anticipado, bajo la nueva directiva se puede hacer referencia, para efectos de determinar la oferta económicamente más ventajosa, al coste del ciclo de vida, concepto que abarca tanto los aspectos referidos a la fase de “gestión” o funcionamiento del bien, servicio u obra⁷⁷, como a los gastos finales, relacionados con la eventual eliminación del producto (o demolición de una construcción)⁷⁸. Diversamente, atendiendo el texto literal de la norma, no se podrían considerar los costos “ambientales” de producción de los productos o materiales empleados en el servicio u obra objeto del contrato⁷⁹.

Por otra parte, el artículo 68 entra más en detalle precisando que el coste del ciclo de vida también comprende todos los costos “imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida” y que “esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático”⁸⁰.

Esta abertura a las consideraciones ambientales no es, sin embargo, ilimitada.

En primer lugar, las instituciones europeas (*in primis* la Comisión Europea y el TJUE) concuerdan en poner de relieve que la incorporación de criterios ecológicos debe realizarse en conformidad con los principios generales del derecho de la UE y, en particular, con los más estrechamen-

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia *The Queen contra Secretary of State for Home Department*, ex parte *Evans Medical Ltd y Macfarlan Smith Ltd.*, C-324/93, ECLI:EU:C:1995:84, apdo. 44.

⁷⁷ Por ejemplo, el consumo energético, los costos de iluminación, la utilización de recursos hídricos, etc.

⁷⁸ En esta categoría podrían incluirse los costos o ahorros relacionados con la posibilidad de reutilizar, reciclar o valorizar parcial o totalmente el bien o los materiales utilizados.

⁷⁹ Nos referimos a los costes asociados a las fases de diseño y producción, es decir a las etapas antes de que el producto o material llegue a tener “vida”. La disposición se refiere, en efecto, solo a los “costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como: i) los costes relativos a la adquisición, ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, iii) los costes de mantenimiento, iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado...”, ver art. 68, apdo. 1, Directiva 2014/24/UE.

⁸⁰ Art. 68, apdo. 1, letra b), Directiva 2014/24/UE.

te vinculados con el proceso de integración económica de los Estados miembros, en particular la prohibición de discriminación. Este último principio hace concluir la incompatibilidad de toda medida susceptible de impedir o restringir, dentro de cada Estado, la libre circulación de bienes y servicios y, más en general, el ejercicio de las actividades económicas de los operadores provenientes de otros Estados miembros⁸¹, tema que ya mencionamos al principio de este artículo.

Asimismo, algunas perplejidades surgen en relación con la incorporación de criterios de adjudicación que no conllevan beneficios económicos para las entidades adjudicadoras, como se daría en el caso de parámetros exclusivamente enfocados en mitigar la contaminación ambiental, *versus* otros que apuntan a conseguir, por ejemplo, un ahorro energético relevante. En efecto, los requerimientos que no están relacionados con ventajas monetarias directas podrían ser tachados de arbitrariedad⁸².

Ya mencionamos que bajo la normativa anterior la jurisprudencia aceptaba, en línea general, el empleo de parámetros ambientales en la adjudicación de los contratos públicos. En el asunto *Concordia Bus*, por ejemplo, se hizo referencia al nivel de emisiones atmosféricas y sonoras producidas por los autobuses. A este propósito, los jueces destacaron que la entidad adjudicadora (la Municipalidad de Helsinki) tenía un interés actual en la promoción del desarrollo sostenible y en el perseguimiento de objetivos ambientales (cuales la reducción de las emisiones contaminantes), también a través de la contratación pública, sobre todo si se tenía en cuenta que la entidad representaba una comunidad particular y a la misma incumbía un rol específico en materia de protección del medio ambiente y de la salud de la población local. Estas consideraciones nos permitirían afirmar que es del todo irrelevante la conveniencia “económica” de los parámetros utilizados para identificar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, la duda permanece. Recordamos al respecto que en el mismo caso la Municipalidad de Helsinki había señalado que a través de la reducción de la contaminación ambiental lograría una reducción directa del gasto en el sector medico-social (que representaba alrededor del 50 % de su presupuesto global)⁸³. Sobre este punto el Tribunal no se pronunció y se limitó a registrar lo expuesto por la entidad, por lo tanto no sabemos si los argumentos proporcionados por la Municipalidad en este sentido fueron decisivos e influyentes en la decisión adoptada por los jueces europeos. Sin embargo, nos parece significativo que el artículo 68

⁸¹ Sobre la jurisprudencia en tema ver KUNZLIK, Peter, cit. (n. 13), pp. 183 ss.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos 31/87, ECLI:EU:C:1988:422.

⁸³ Sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdo. 46.

de la directiva 2014/24/UE, al referirse al cálculo del coste de vida, admite, como ya se ha dicho, la inclusión de los costos atribuibles a externalidades medioambientales, pero “a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse”. Creemos que la actual normativa zanja la cuestión: los poderes adjudicadores están facultados para incorporar criterios relacionados a la reducción de las emisiones, pero deben tener la capacidad de acreditar (y verificar) su ventaja económica, directa o indirecta.

A mayor abundamiento, recordamos, desde una perspectiva más general, que la indicación de determinados criterios de adjudicación debe ser suportada por la posibilidad concreta, por parte de la Administración, de verificar si las ofertas satisfacen los mismos. En particular, la utilización de parámetros que persiguen finalidades ambientales, sin que sea posible ejercer un control efectivo sobre los elementos probatorios facilitados por los participantes en el proceso de adjudicación, violaría, en efecto, el principio de igualdad de trato, en sus dos vertientes de objetividad y transparencia de la contratación⁸⁴. Esto no debiera conducir al extremo de exigir a la entidad adjudicadora la realización de pruebas técnicas con el fin de verificar la veracidad de los documentos o declaraciones producidas por los licitadores; sin embargo, lo anterior sí obliga a la entidad adjudicadora a requerir los medios de prueba adecuados que permitan ejercer un control sobre las aseveraciones de los participantes en el proceso de contratación.

Lo anterior también se relaciona con la usual consideración, en la jurisprudencia y en la normativa, que los criterios elegidos nunca pueden atribuir a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección⁸⁵.

En todo caso, además de respetar las demás condiciones señaladas tanto en las sentencias como en la legislación europea, en particular el vínculo con el objeto del contrato (tema que profundizaremos a continuación)⁸⁶, cuando se decida adoptar factores distintos del precio como criterios para evaluar las ofertas, las autoridades adjudicadoras deben dar adecuada publicidad a los parámetros utilizados en los pliegos del procedimiento de adjudicación⁸⁷. El cumplimiento de esta formalidad está estrechamente relacionado con la necesidad de garantizar la correcta información a los potenciales licitadores sobre todos los elementos útiles para participar en el procedimiento de contratación y, por otra parte, es funcional con el fin

⁸⁴ En este sentido ver sentencia del Tribunal de Justicia EVN AG y Wienstrom GmbH contra Republik Österreich, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, apdos. 50-52.

⁸⁵ Ver art. 67, apdo. 4, Directiva 2014/24/UE, y sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdo. 66.

⁸⁶ Sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdo. 64.

⁸⁷ Art. 67, apdo. 5, Directiva 2014/24/UE.

de sujetar a un control externo los procesos de adjudicación de los contratos públicos, restringiendo el margen de discrecionalidad de la entidad adjudicadora y haciendo evidentes eventuales medidas de proteccionismo económico a favor de los operadores nacionales.

La exigencia de publicidad debe ser cumplida no solo al definir los criterios de adjudicación, sino también se aplica al momento de identificar el puntaje asociado a cada parámetro. Cumpliendo con este requisito, finalizado a garantizar la objetividad y transparencia del procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores pueden graduar el peso de los parámetros señalados, mencionándolo expresamente en los documentos de la contratación⁸⁸. Por lo tanto, las entidades adjudicadoras tienen la facultad no sólo de elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también de determinar la ponderación de los mismos. Sobre este punto cabe recordar la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *EVN y Wienstrom*⁸⁹, que vertía sobre de la validez de los documentos de la contratación en los cuales se indicaba – como criterio de adjudicación – la posibilidad por parte del operador oferente de suministrar energía eléctrica generada a partir de fuentes de energía renovable y se le asignaba a este parámetro un coeficiente de ponderación del 45%. Los jueces europeos, recordando la jurisprudencia anterior y la importancia del fomento de la producción limpia de energía, en el marco de las políticas europeas⁹⁰, no sólo confirmaron que los criterios adoptados por la autoridad contratante podrían ser de carácter ambiental, sino también señalaron que no había razón para no atribuir a parámetros no netamente económicos un peso significativo en la ponderación de las ofertas, a mayor razón si se tenía en cuenta que al precio (de la energía suministrada) se atribuía un coeficiente de ponderación superior (55 %)⁹¹.

En definitiva, lo que sí es relevante es que los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa sean públicos, estén vinculados con el objeto del contrato, no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección en la adjudicación del

⁸⁸ Se permite una excepción cuando por la complejidad del contrato no es posible indicar la ponderación exacta. En estos casos, deben indicarse los criterios por orden decreciente de importancia; ver art. 67, apdo. 5, Directiva 2014/24/UE.

⁸⁹ Sentencia *EVN y Wienstrom*, cit. (n. 84).

⁹⁰ *Ibid.*, apdo. 40.

⁹¹ *Ibid.*, apdo. 43.

contrato⁹² y se apliquen respetando tanto las normas de procedimiento como los principios fundamentales del derecho de la UE⁹³.

V. EL VÍNCULO CON EL OBJETO DEL CONTRATO

Dejamos para un análisis separado el tema del vínculo con el objeto del contrato, expresión que es utilizada en distintas normas europeas referidas a los requisitos, criterios y condiciones impuestas por la autoridad adjudicadora⁹⁴. Esta previsión, criticada por parte de la doctrina⁹⁵, se impone para salvaguardar la imparcialidad del actuar de la Administración y constituye un límite a su discrecionalidad⁹⁶.

Este concepto, mencionado de forma genérica en la normativa, puede sin embargo dar vida a soluciones interpretativas distintas. Según una perspectiva más restrictiva, toda exigencia no estrictamente relacionada con el servicio, obra o bien objeto de la contratación debiera considerarse arbitraria. Por ejemplo, acogiendo esta interpretación, la solicitud de certificados, referencias, credenciales, etc... debiera limitarse de forma exclusiva a aquellas que sean estrictamente necesarias para evaluar la capacidad del candidato para llevar a cabo la obra, suministro o servicio que pudiera serle encomendado. En el ámbito ambiental, por ejemplo, bien podrían requerirse las certificaciones ambientales de gestión ecológica (EMAS, ISO 14001) si éstas tienen un impacto relevante en la calidad de la oferta y en la capacidad del operador de cumplir con un contrato en el cual los aspectos “medioambientales” tienen un peso importante, como en un contrato de prestación de determinados servicios que, por su naturaleza, pueden

⁹² Ver, entre otras, sentencias *Beentjes*, cit. (n. 82), apdos. 19 y 26, y *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdos. 59 y 61.

⁹³ Sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdos. 62 y 63.

⁹⁴ Ver disposiciones citadas en la nota anterior. En la jurisprudencia, ver sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdo. 59.

⁹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública*, en *Revista española de derecho europeo* 56, 2015, pp. 13-42, en particular p. 31, según el cual la incorporación de dicha exigencia “limita el alcance de las cláusulas de sostenibilidad en la contratación pública”. En el presente artículo nosotros planteamos que el vínculo con el objeto del contrato constituye sí una limitación a la integración de criterios ambientales, pero dicha limitación puede tener un alcance más o menos amplio dependiendo de la interpretación que se dé al concepto antedicho y, además, la misma puede justificarse en virtud de los demás objetivos perseguidos por las políticas de la Unión Europea.

⁹⁶ Por otra parte, este mismo requerimiento ha sido criticado por parte de la doctrina, que lo considera un ejemplo de “*over-regulation*” ver DAVIES, A.C.L., cit. (n. 6), p. 282.

afectar de forma significativa el medio ambiente. Por otra parte, bajo esta perspectiva restringida, no serían conformes con la normativa de la UE las especificaciones técnicas “ecológicas” si éstas no son relevantes en vista del objeto o del fin del contrato y, más en general, del interés público que se pretende conseguir y satisfacer a través del contrato mismo.

Sin embargo, en la jurisprudencia europea y en la doctrina parece predominar una interpretación más amplia de este concepto. En la doctrina, por ejemplo, se admite la posibilidad de incorporar, como criterio preferente de adjudicación, el hecho que los operadores licitadores apliquen políticas de reclutamiento igualitarias, siempre que este criterio sea impuesto en el procedimiento de contratación solo en relación con el personal contratado para realizar los servicios previstos en el contrato y no con respecto a toda la organización empresarial (y al personal eventualmente destinados a otros proyectos y contratos)⁹⁷. Para hacer un paralelismo en el ámbito que más nos interesa, una entidad adjudicadora bien podría exigir el cumplimiento de ciertos estándares ambientales en la realización de las obras, servicios, etc... objeto del contrato licitado, pero difícilmente podría considerarse conforme a la disciplina europea extender la misma exigencia más allá de ese contrato, a otros proyectos o servicios en que está involucrada la empresa licitadora.

Esta línea de argumentación es confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *EVN y Wienstrom*, ya mencionado, en el cual se ha admitido un criterio de adjudicación que atribuía preferencia a la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables. A pesar de reconocer la compatibilidad con el derecho de la UE de tal criterio (y de su relevancia para efectos de la evaluación de las ofertas), los jueces censuraron el hecho que el porcentaje de la energía eléctrica producida a partir de fuentes de energía se calculara en relación con la cantidad total que podría suministrarse al público en general y no a la que se proporcionaría específicamente a la entidad adjudicadora⁹⁸. Aquí entra en juego el límite del vínculo con el objeto del contrato, pues probablemente no habría generado dudas de conformidad con la normativa europea el criterio mencionado si hubiera sido relacionado exclusivamente con el suministro de electricidad objeto de la contratación.

⁹⁷ En este sentido, ver DAVIES, A.C.L., cit. (n. 6), p. 282; COM(2001) 566 final, p. 1.

⁹⁸ Sentencia *EVN y Wienstrom*, cit. (n. 84), apdo. 67. Ver también apdo. 72.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ya anticipamos que la problemática principal se da por el posible conflicto entre la imposición, por parte de la autoridad administrativa, de exigencias ambientales y la libre competencia, uno de los principios rectores en materia de contratación pública⁹⁹, y que abarca todas las fases de los procedimientos de contratación. Con lo anterior se relacionan también los principios de igualdad de trato, de transparencia y de no discriminación, que, como se ha dicho, constituyen la “condición *sine qua non* para la aplicación correcta de las reglas de publicidad y de competencia”¹⁰⁰.

Estos principios adquieren aún mayor importancia en un sistema de integración económica, como el contexto europeo, por los impactos que la contratación pública podría tener en el buen funcionamiento del mercado interior de la Unión¹⁰¹. En este sentido, el fin de las medidas europeas, dictadas para armonizar la normativa en materia de contratos públicos, consiste exactamente en garantizar que dentro de cada Estado miembro los operadores económicos extranjeros operen en las mismas condiciones que los nacionales, sin sufrir restricciones en su libertad de ofrecer bienes y prestar servicios.

En el ámbito de la contratación pública todo lo anterior encuentra su manifestación concreta en las distintas disposiciones de la normativa que obligan a las autoridades administrativas a definir los requerimientos, indicaciones, etc... de forma transparente y proporcionada¹⁰². En la misma línea, se entiende la exigencia de que la autoridad administrativa sea capaz de verificar el cumplimiento de las condiciones o criterios ecológicos establecidos. En efecto, si no fuera posible ejercer un control efectivo sobre el respeto de dichos parámetros, el actuar de la entidad podría considerarse

⁹⁹ KUNZLIK, Peter, cit. (n. 13), p. 187.

¹⁰⁰ En este sentido, ver MODERNE, Franck, *La contratación pública en el Derecho administrativo francés contemporáneo*, ahora, en CASSAGNE, Juan Carlos – RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I, pp. 253-274, p. 270.

¹⁰¹ En general, ver PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Origen y fundamentos del Derecho europeo de contratos públicos*, ahora, en CASSAGNE, Juan Carlos – RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I, pp. 275-319, pp. 275-278.

¹⁰² En línea general, ver el art. 18, apdo. 1, Directiva 2014/24/UE, en el cual se establece que “Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”. Más en detalle, ver por ejemplo en materia de especificaciones técnicas (art. 42, apdo. 1), criterios de selección “cualitativa” de los licitadores (art. 58), motivos de exclusión facultativos (art. 57).

arbitrario y contrario al principio de proporcionalidad¹⁰³, porque derivaría en una mera imposición de exigencias cuya idoneidad para conseguir el objetivo de tutela ambiental no podría ser evaluada.

De lo anterior deriva también la conclusión, reiterada en varias disposiciones de la normativa europea y en la misma jurisprudencia, de que los requisitos y condiciones impuestas por la autoridad adjudicadora tengan relación con el objeto del contrato¹⁰⁴.

Asimismo, el principio de imparcialidad de la actuación administrativa, en relación con el principio de igualdad de trato y de transparencia, que, como ha declarado reiteradamente el Tribunal, son el fundamento de las directivas sobre los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica que los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones, no sólo momento de preparar y presentar sus ofertas, sino también cuando son evaluados por la autoridad contratante¹⁰⁵. De ello se desprende, en particular, que los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa no se pueden establecer de forma tal que puedan ser satisfechos sólo, o preferentemente, por los operadores económicos del Estado en que se encuentra la entidad adjudicadora¹⁰⁶. En este sentido, es evidente que el primer control al cual una autoridad debiera sujetarse consiste en verificar si las exigencias impuestas son suficientemente objetivas y neutrales; en segundo lugar, debe también cerciorarse si los requisitos aparentemente “imparciales” pueden ser cumplidos, en las mismas condiciones, tanto por los operadores nacionales como por los extranjeros (lo que excluiría la presencia de una discriminación indirecta). Esto ha sido confirmado, como se mencionó, en el asunto *Concordia Bus*. En este caso

¹⁰³ Sobre este punto, cabe mencionar que parte de la doctrina sostiene la no aplicabilidad del principio de proporcionalidad de los requerimientos, condiciones, estándares impuestos por el poder adjudicador siempre que aquellos no sean discriminatorios, lo que representaría una atenuación de la regla general consagrada en el caso *Dassonville*, cit. (n. 13); ver KUNZLIK, Peter, cit. (n. 13), p. 192.

¹⁰⁴ Ver disposiciones citadas en la nota anterior. En la jurisprudencia, ver sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdo. 59.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH., C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, en particular, apdos. 91, 93 y 98.

¹⁰⁶ Al respecto, en otro ámbito se ha señalado que podría resultar discriminatoria, en un contrato de obra, la cláusula que impone la contratación de un número o porcentaje de trabajadores con una situación de desempleo prolongado, si, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, se pudiera acreditar que este requisito puede ser cumplido solo por los licitadores nacionales o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los operadores extranjeros. Ver sentencia *Beentjes*, cit. (n. 82), apdo. 37.

se toma en especial consideración el hecho que los criterios de adjudicación eran “objetivos e indistintamente aplicables a todas las ofertas”. Además, dichos criterios estaban directamente relacionados con los vehículos ofrecidos e integrados en un sistema de asignación de puntos. Por último, en el marco de dicho sistema, se podían conceder puntos adicionales sobre la base de otros criterios relacionados con los vehículos, como la utilización de autobuses de plataforma baja, el número de asientos ordinarios y supletorios así como la antigüedad de los autobuses¹⁰⁷. En este caso, los criterios utilizados se aplicaron de forma objetiva y uniforme en el caso concreto, y, según el Tribunal, el principio de igualdad de trato no se vio afectado, aunque uno de los criterios adoptados para identificar la oferta económicamente más ventajosa podría ser cumplido sólo por un pequeño número de empresas (entre las cuales la empresa de transportes de la misma entidad adjudicadora)¹⁰⁸. Es en cualquier caso importante señalar que la conformidad con el principio de la igualdad de trato es un aspecto que puede evaluarse teniendo cuenta de las circunstancias específicas de cada procedimiento de contratación: el mismo Tribunal de Justicia en muchos de sus juicios que versan sobre este tema realiza una acuciosa verificación de los hechos y, cuando esta operación no le resulta posible, define la regla de aplicación general y remite este control al juez nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BOVIS, Christopher, *EC Public Procurement Case Law and Regulation* (London - New York, Longman, 1997).
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación “Una visión estratégica de las normas europeas: Avanzar para mejorar y acelerar el crecimiento sostenible de la economía europea de aquí a 2020”, COM(2011) 311 final, 1.06.2011.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza Juntos por un nuevo crecimiento”, COM(2011) 206 final, 13.04. 2011.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación “EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM(2010) 2020, 3.03.2010.
- COMISIÓN EUROPEA, “Contratación pública para un medio ambiente mejor”, COM(2008) 400 final, 16.07.2008.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación “Integración de los aspectos medioambientales en la normalización europea”, COM (2004) 130 final, 25.02.2004.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM/2001/0274 final, 28.11.2001.

¹⁰⁷ Ver sentencia *Concordia Bus*, cit. (n. 73), apdo. 83.

¹⁰⁸ Ibid. apdo. 86.

- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, “El reconocimiento mutuo en el marco del seguimiento del Plan de acción para el Mercado Interior”, COM/99/0299 final, 16.06.1999.
- COMISIÓN EUROPEA, Libro verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, COM (1996) 583 final, 27.11.1996.
- COMISIÓN EUROPEA, White Paper to the European Council, “Completing the Internal Market”, COM (85) 310 final, 14.06.1985.
- DALLARI, Filippo, *Gli appalti verdi*, ahora, en MASTRAGOSTINO, Franco (coordinador), *Gli strumenti economici e consensuali del Diritto dell’ambiente* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2011), pp. 89-133.
- DAVIES, A.C.L., *The Public Law of Government Contracts* (Oxford, Oxford University Press, 2008).
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública*, en Revista española de derecho europeo 56, 2015, pp. 13-42.
- JANS, Jan H. - VEDDER, Hans H.B., *European Environmental Law. After Lisbon* (Groningen, Europa Law Publishing, 2012).
- KRÄMER, Ludwig, *EC Environmental Law* (London, Sweet & Maxwell, 2007).
- KUNZLIK, Peter, *Green Public Procurement – European Law, Environmental Standards and “What top buy” Decisions*, en Journal of Environmental Law 25 (2), 2013, pp. 173-202.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho administrativo ambiental* (Madrid, La Ley, 2010).
- MODERNE, Franck, *La contratación pública en el Derecho administrativo francés contemporáneo*, ahora, en CASSAGNE, Juan Carlos – RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I, pp. 253-274.
- PALMUJOKI, Antti - PARIKKA-ALHOLA, Katriina - EKROOS, Ari, *Green Public Procurement: Analysis on the Use of the Environmental Criteria in Contracts*, en Review of European Community & International Environmental Law 19 (2), 2010, pp. 250-262.
- PIÑAR MANAS, José Luis, *Origen y fundamentos del Derecho europeo de contratos públicos*, ahora, en CASSAGNE, Juan Carlos – RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I, pp. 275-319.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, SIGNIFICANT AND ECOFYS, “Collection of Statistical Information on Green Public Procurement in the EU”, 2009, disponible en http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/statistical_information.pdf.
- TREPTE, Peter, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement* (Oxford - New York, Oxford University Press, 2005).

Jurisprudencia citada:

- Tribunal de Justicia Comisión/Países Bajos, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284
- Tribunal de Justicia Comisión/Austria, C-28/09, ECLI:EU:C:2011:854
- Tribunal General Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra Agencia Europea de Medio Ambiente (AEE), T-331/06, ECLI:EU:T:2010:292
- Tribunal de Justicia Serrantoni Srl y Consorzio stabile edili Scrl contra Comune di Milano, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808
- Tribunal de Justicia Comisión/Austria, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684
- Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004. Comisión/CAS Succhi di Frutta SpA, C496/99 P, EU:C:2004:236

- Tribunal de Justicia EVN AG y Wienstrom GmbH contra Republik Österreich, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651
- Tribunal de Justicia Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) contra Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360
- Tribunal de Justicia Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH., C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746
- Tribunal de Justicia Concordia Bus Finland Oy Ab, antes Stagecoach Finland Oy Ab contra Helsingin kaupunki y HKL-Bussiliikenne, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495
- Tribunal de Justicia Comisión/Francia, C-16/98, ECLI:EU:C:2000:541
- Tribunal de Justicia Aher-Waggon GmbH contra Bundesrepublik Deutschland, C-389/96, ECLI:EU:C:1998:357
- Tribunal de Justicia The Queen contra Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd y Macfarlan Smith Ltd., C-324/93, ECLI:EU:C:1995:84
- Tribunal de Justicia Comisión/Países Bajos, C-359/93C-359/93, ECLI:EU:C:1995:14
- Tribunal de Justicia Comisión/Dinamarca, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257
- Tribunal de Justicia Comisión/Italia, C-3/88, ECLI:EU:C:1989:606
- Tribunal de Justicia procedimiento penal entablado contra H. F. M. Nijman, 125/88, ECLI:EU:C:1989:401
- Tribunal de Justicia Comisión/Irlanda, 45/87, ECLI:EU:C:1988:435
- Tribunal de Justicia Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos 31/87, ECLI:EU:C:1988:422
- Tribunal de Justicia Comisión/Dinamarca, 302/86, ECLI:EU:C:1988:421
- Tribunal de Justicia Comisión/Italia, 103/84, ECLI:EU:C:1986:229
- Tribunal de Justicia Comisión/Francia, 21/84, ECLI:EU:C:1985:184
- Tribunal de Justicia Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120/78, caso “Cassis de Dijon” ECLI:EU:C:1979:42
- Tribunal de Justicia Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA y otros/Comisión, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, ECLI:EU:C:1975:174
- Tribunal de Justicia Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

Consiglio di Stato, de 30 de abril de 2014, N° 2273.

Consiglio di Stato, de 30 de mayo de 2013, N° 2976.

