



INFORME 25/2019, DE 19 DE DICIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

**OBJETO: DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA PARCIALMENTE LA LEY
4/2019, DE 21 DE FEBRERO, DE SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA.**

I.- ANTECEDENTES.

Con fecha 29 de noviembre de 2019 se realiza a esta Junta solicitud de informe formulada por la Dirección de Energía, Minas y Administración Industrial del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras sobre el proyecto de Decreto por el que se desarrolla parcialmente la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca (en adelante, LSE).

Ha de señalarse en primer lugar que dicha Ley fue aprobada sin el informe preceptivo de esta Junta, por lo que algunas de las reflexiones que aquí se verterán deberán aplicarse ex tempore al texto de la misma, ya que el Decreto tiene por objeto desarrollarla parcialmente. Y que en la medida de lo posible debería hablarse de Comunidad Autónoma del País Vasco o bien Comunidad Autónoma de Euskadi, ya que "Comunidad Autónoma Vasca" no es un término oficial.

Por otro lado, el proyecto incluye la derogación del Decreto 178/2015, de 22 de setiembre, sobre la sostenibilidad energética del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que sí fue objeto de informe de esta Junta (Informe 8/2015) que conviene recordar en cuanto a sus conclusiones, ya que son plenamente aplicables al momento actual: dificultad de distinguir el origen renovable o no de la energía, lo relativo a los criterios en contratación de renovación de instalaciones, equipos y flotas de vehículos y en referencia a la capacidad y solvencia de las empresas de servicios energéticos. Los mandatos recogidos en la LSE sobre compra pública, que incluyen entre otras cláusulas preceptivas la obligatoriedad para las



administraciones públicas de compra de energía eléctrica 100% renovable y de adquisición del 100% de los vehículos que usen combustibles alternativos, tienen que ver con aquellas precisiones, y ha de señalarse que dichos mandatos son a la fecha de elaboración de este informe de imposible cumplimiento de acuerdo con el informe señalado y el que habría procedido antes de la aprobación de la LSE.

El expediente se ha tramitado a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia DNCG_DEC_2504/19_03.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, con base en lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.- Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.- Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.

...”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III. – CONTENIDO.

El texto consta de una breve parte expositiva, tres Títulos, dos Disposiciones Adicionales, una Derogatoria, una Transitoria y dos Finales.

El contenido de los Títulos es el que sigue:

- Título I. Disposiciones Generales
- Título II. Administración Pública Vasca
 - Capítulo I. Impulso de la Administración Pública Vasca
 - Capítulo II. Comisión para la Sostenibilidad Energética de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco
 - Capítulo III. Objetivos, acciones y obligaciones
 - Sección 1ª. Objetivos y acciones generales
 - Sección 2ª. Eficiencia energética de los edificios
 - Sección 3ª. Transporte y movilidad
- Título III. Sector Privado
 - Capítulo I. Sectores industrial, servicios privados y comercio, y transporte privado
 - Capítulo II. Sector residencial y nuevos desarrollos urbanísticos

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Lo primero que debemos señalar es que el proyecto se remite a la LSE en cuanto a su ámbito subjetivo, por lo que abarca tanto a las administraciones públicas vascas (en las que incluye Administración de la Comunidad Autónoma, de los Territorios Históricos, instituciones locales, entidades locales menores y Universidad del País Vasco), las entidades vinculadas o dependientes de los dos primeros y la última, y el sector privado.

El preceptivo informe del Servicio Jurídico del Departamento redactor del proyecto de Decreto que nos ocupa (apartado 3 del artículo 7 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general) defiende la aplicabilidad del texto a todas las administraciones públicas vascas, si bien la mención al Dictamen 105/2015 de la Comisión Jurídica Asesora debería ser clarificada por ésta ya que incluye “aspectos organizativos y de funcionamiento”. Al informe de esta Comisión habrá de remitirse la reflexión en profundidad sobre el hecho que sigue: el Título II, que reza como decíamos “Administración Pública Vasca”, regula en un principio Administración General pero acaba extendiéndose a todas las administraciones públicas vascas, con lo cual no quedan claros los sujetos de cada obligación (ejemplo: auditorías de los alumbrados públicos del artículo 19) sino que plantea si a través de una norma de rango reglamentario se puede imponer a las entidades locales, entre otras, obligaciones que limitan la autonomía local en temas tan variados que van desde consumo energético hasta auditorías o planes de formación.

Por otro lado, el Capítulo II del mismo Título II da carta de naturaleza a la Comisión para la Sostenibilidad Energética de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, estableciendo sus funciones sin tener en cuenta que el artículo 9.4 de la LSE limitaba las funciones que se podía dar a este tipo de comisiones, y el proyecto no sólo las ha ampliado sino que ha modificado algunas, como la primera (que de “proponer la aprobación del inventario...” ha pasado a convertirse en “aprobar el inventario de edificios, instalaciones y parque móvil”. El informe del Servicio de Patrimonio de la Dirección de Patrimonio y Contratación del Departamento de Economía y Hacienda se pronunciará respecto a ello, el artículo 16, el 25, y por tanto respecto al proyecto de Decreto en su totalidad.

Y es que la cuestión de las funciones de la Comisión para la Sostenibilidad Energética de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco no es baladí desde el punto de vista de la contratación pública que ocupa a esta Junta, ya que a la Comisión corresponderá, según el proyecto de Decreto, "Dar el visto bueno al Plan de Actuación Energética de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y supervisar el desarrollo del mismo" (letra d) del apartado 1 del artículo 11). Pues bien, habiendo tenido conocimiento esta Junta de la existencia de un documento llamado "Sostenibilidad Energética del Gobierno Vasco. Plan General de Actuación al 2030 (actualizado a la LEY 4/2019, de 21 de febrero, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca y al Decreto por el que se desarrolla parcialmente la LEY 4/2019, ...)" en el que hay un apartado que reza "COMPRA PÚBLICA VERDE PARA PRODUCTOS Y SERVICIOS CONSUMIDORES DE ENERGÍA", se recomienda la reflexión sobre las observaciones que se vierten en este informe sobre las administraciones implicadas, los rangos normativos, y asimismo sobre la imposibilidad de establecer en un plan obligaciones para los contratos sujetos a regulación armonizada que no se contemplan 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 (LCSP, en adelante). Ha de tenerse en cuenta que la LCSP es ley especial en la materia, y que no puede ser rebasada por una ley especial en materia ajena, y mucho menos en términos imperativos ni para la generalidad de contratos de determinados importes, sin distinción de suministros, servicios, obras, etc. Tampoco por un Decreto ni por un documento de inferior valor jurídico.

Continuando con el texto del proyecto de Decreto, el artículo 19, que como veíamos arriba resulta confuso en cuanto a sujetos activos y pasivos, dice en su apartado 5:

"5.- Las auditorías energéticas se realizarán por auditores o auditoras energéticos debidamente cualificados, conforme a lo establecido por el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores

de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía y disposiciones de desarrollo del mismo.

No obstante, las auditorías energéticas podrán ser realizadas por personal técnico cualificado propio, siempre y cuando no tenga relación directa con las instalaciones auditadas y pertenezca dentro del conjunto de la administración de que se trate a un órgano que desarrolle funciones de carácter transversal.”

Las Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios aprobadas por el Consejo de Gobierno el 29 de abril de 2014 dicen, respecto de su ámbito subjetivo de aplicación (“el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi”) que entre los principios de actuación en materia de externalización de servicios – y una auditoría energética lo sería- se encuentra “el uso preferente de los medios propios: recursos humanos y elementos técnicos..., la no externalización de las necesidades habituales y permanentes, que deberán atenderse con personal propio, excepto en los supuestos contemplados en la Instrucción Sexta, ...”. Se recomienda su completa lectura y la observación de que lo que pueda realizarse con medios humanos y materiales propios no debe externalizarse salvo que aquellos resulten insuficientes.

Sin embargo, la imprecisión del segundo párrafo del mencionado apartado 5 del proyecto no deja claro a qué órganos con funciones transversales se refiere concretamente.

El artículo 21 es otra muestra de solapamiento de obligaciones para “la Administración General de la Comunidad Autónoma” y para “cada administración pública”. En cuanto a la Administración General, el apartado 2 dice que su Plan de Actuación Energética y sus sucesivas actualizaciones “debe ser aprobado en Consejo de Gobierno, previo visto bueno de la Comisión para la sostenibilidad energética.” Se recomienda, para todo el sector público de la Comunidad Autónoma, tal y como se define en el artículo 2 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (que a su vez se remite al texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco), la solicitud de informe a esta Junta Asesora antes de la emisión del Plan y sus actualizaciones si inciden en el ámbito de la contratación pública o compra pública, como sucede en



el documento del Plan arriba mencionado y se prevé que puede suceder en futuras versiones del mismo o posteriores. Del mismo modo, con los Planes Específicos de Actuación Energética que mencionan los apartados 4 al 6 del artículo 21.

El artículo 22 trata de la formación y sensibilización en materia de sostenibilidad energética que debe organizar cada administración pública y el IVAP, y que incluye "...la formación de gestores y técnicos relacionados con la compra, mantenimiento y utilización de instalaciones consumidoras de energía..." (apartado 3). Los gestores y técnicos (se advierte sobre la revisión del lenguaje no sexista) de compra son tanto los y las de determinados servicios promotores de contratos como el personal de las áreas de contratación o compra, y a estos efectos se debe señalar que tanto el IVAP como esta Junta colaboramos en el desarrollo de un Plan integral de formación en materia de Contratación, y que todo lo que tenga que ver con la documentación y formación en compra pública del sector público de la Comunidad Autónoma debe ser supervisado por ambos organismos para garantizar la legalidad, adecuación y proporcionalidad de los mismos.

El artículo 27 del proyecto de Decreto versa sobre vehículos con combustibles alternativos. Lo transcribimos en su totalidad por su íntegra relación con la contratación pública:

"Artículo 27.-Vehículos con combustibles alternativos.

1.- La obligación de utilizar combustibles alternativos será de aplicación tanto a los vehículos adquiridos en propiedad por las administraciones públicas, como aquellos adquiridos por las mismas en régimen de alquiler o cualquier tipo de arrendamiento financiero o contrato de uso.

2.- En los procesos de licitación destinados a la adquisición de vehículos, los servicios de contratación deberán garantizar la neutralidad tecnológica, y a la hora de valorar económicamente la adquisición de un vehículo con combustible alternativo, frente a un vehículo con combustibles tradicionales, no solo deberán considerar el coste de adquisición del mismo, sino el conjunto global de costes y ahorros a lo largo de la vida útil del vehículo, incluyendo, entre otros, el ahorro en coste del combustible, los ahorros de mantenimiento, así como las posibles

bonificaciones de las que podría beneficiarse por reducción de emisiones contaminantes.

3.- Para aquellos departamentos que puedan ser dispensados conforme a lo establecido en el artículo 21.3, de la Ley 4/2019, de 21 de febrero, estos deberán justificar, para cada licitación de vehículos de manera individualizada, la no existencia en el mercado de vehículos con combustibles alternativos que puedan dar respuesta a sus necesidades, por razón de especificaciones técnicas concretas o características de uso particulares, ante la dirección competente en materia de energía del Gobierno Vasco, para una vez analizada y evaluada proceder a la emisión de la correspondiente resolución de exención.

Contra la resolución tanto expresa como presunta, los interesados podrán interponer recurso de alzada, de conformidad con lo establecido en los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

4.- Los vehículos adquiridos en cualquier régimen por las administraciones públicas además del distintivo ambiental emitido por la Dirección General de Tráfico, del Ministerio del Interior, deberán llevar de manera visible etiqueta identificativa del combustible alternativo que consuman.”

La obligación contenida en el primer apartado debe ser informada en relación con la situación actual del mercado de vehículos que funcionan exclusivamente con combustibles alternativos y del de sus correspondientes suministros de combustible, siendo claro que no se encuentran generalizados en nuestro entorno y ello puede dificultar el ejercicio de las potestades públicas. Y por otro lado debería precisarse qué combustibles alternativos son los recomendados (ya que el etanol, el biodiesel, el gas natural o el propano -si bien en menor medida que los combustibles fósiles-, producen determinadas emisiones de contaminantes y gases de efecto invernadero, la electricidad no lo hace pero su producción puede que sí, el hidrógeno ninguna, ... Convendría calendarizar y priorizar para los próximos años, más que propiciar la exención -parcial en cuanto a los sujetos, además, como veremos- que recoge en el tercer apartado.

El segundo apartado también convendría precisarse en cuanto a la neutralidad tecnológica, su interacción con los combustibles alternativos y debe modificarse

en atención a lo siguiente: si deben adquirirse vehículos que funcionen con combustibles alternativos, no pueden compararse en licitación con vehículos tradicionales, ya que estos no podrían ofertarse salvo que se retoque el primer apartado, y el coste de ciclo de vida es un posible criterio de adjudicación sustitutivo del precio pero para cuyo cálculo, en materia de vehículos, no existen aún herramientas, por lo que no podrá utilizarse de manera inmediata. Por otro lado, los criterios de adjudicación son de libre elección por el órgano de contratación por Ley, con lo que un Decreto no puede establecerlos con carácter obligatorio para ningún expediente.

El apartado tercero parece operar únicamente para la Administración General, pues habla de "departamentos", y permite una exención que no se ve cómo no habría de aplicarse al resto de poderes adjudicadores implicados en el Decreto.

Respecto al recurso de alzada que defiende, no queda claro quién exactamente estará legitimado activa ni pasivamente, ni cómo puede encajarse el recurso en el curso de la preparación o desarrollo de una licitación. Insistimos en que este tercer apartado en su totalidad no resulta recomendable.

El apartado 4 supone una exigencia que si bien no se discute, no queda claro si debería formar parte de las exigencias de los pliegos de contratación de adquisición del vehículo, en cuanto a la obtención del distintivo, o podría obtenerse posteriormente. Convendría precisarlo, igualmente.

Posteriormente, los mandatos al sector privado no deben ser objeto de este informe, pero surge la duda de si el artículo 32, de auditorías energéticas, afectaría a las empresas públicas, ya que en tal caso la acreditación de empresas proveedoras y auditoras energéticas debe someterse a la normativa de contratación pública si se externaliza. Esta reflexión debe extenderse a cualquier externalización que en cumplimiento de este Decreto deban realizar las empresas o entidades que formen parte del sector público o sean poderes adjudicadores en general.

V.- CONCLUSIONES.

El contenido del proyecto de Decreto, en aquellos aspectos analizados relativos a la contratación del sector público, observa en líneas generales la legislación y resto de normativa de contratación del sector público y la relativa al régimen jurídico del sector público.

Dicho lo cual, y dado que se han hecho varias recomendaciones sobre el texto del proyecto, esperando se atiendan las precisiones y observaciones aquí vertidas, se informa favorablemente el proyecto de Decreto por el que se desarrolla parcialmente la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca.