



INFORME 10/2018, DE 26 DE JULIO, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: ANTEPROYECTO DE LEY DE ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL

I.- ANTECEDENTES.

La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, regulaba tanto dicha protección en lo que se refería a los recursos, así como la ordenación de actividades y los instrumentos de política ambiental.

Sin embargo, esta regulación ha sido ampliamente superada por la normativa europea tanto en los sectores del agua, el aire, la biodiversidad, como en lo relativo a la intervención administrativa en las actividades económicas del sector. También el Tribunal de Justicia de la Unión se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre principios de aplicación, procedimientos de autorización, etc.

Por otro lado, normativa estatal y autonómica posteriores también inciden en los temas ambientales y han de tenerse en cuenta, como la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados o las estatales y autonómicas de suelo y urbanismo.

También la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas, se ha visto necesitada de modificaciones que se ha estimado oportuno realizar a través de una Ley de marco ambiental.

Así las cosas, se ha hecho necesario un anteproyecto de nueva Ley de Administración Ambiental de Euskadi, que venga a sustituir a la Ley 3/1998 anteriormente mencionada y sirva para dar igualmente protección a la actividad económica relacionada con el medio ambiente y los derechos privados preexistentes sin por ello menoscabar la calidad ambiental ni incidir negativamente en el cambio climático.

La nueva Ley busca impulsar la corresponsabilidad público-privada y fomentar la innovación, la ecoeficiencia y la compra pública verde. Es ahí donde diversos preceptos hacen referencia a la contratación pública, por lo que se ha solicitado la emisión del informe correspondiente a esta Junta Asesora.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre de elaboración de 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, en base a 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 anteproyecto de Ley consta de 9 títulos, con un total de 116 artículos; y una parte final formada por 1 disposición adicional, 2 disposiciones transitorias, 1 derogatoria y 6 disposiciones finales.

Se acompaña de unos anexos sobre instalaciones y actividades sometidas a autorización, licencia o comunicación, y planes, programas y proyecto sometidos a evaluación ambiental simplificada u ordinaria.

En breves líneas, el contenido de los títulos es el siguiente:

- I. Disposiciones generales
- II. Competencias en medio ambiente de las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y de las Administraciones forales y locales

- III. Información, participación pública y acceso a la justicia ambiental
- IV. Ordenación de las actividades con incidencia en el medio ambiente
- V. Evaluación ambiental
- VI. Instrumentos de impulso de la mejora ambiental
- VII. Control ambiental
- VIII. Restauración de la legalidad ambiental y responsabilidad por daños ambientales
- IX. Disciplina ambiental

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Destacan del texto del anteproyecto, y por lo que a lo que este informe debe examinar se refiere, las referencias a la contratación pública recogidas en los siguientes puntos:

Ya la Exposición de Motivos adelanta la trascendencia de los incumplimientos graves o muy graves en materia ambiental en los contratos públicos, al hablar de que el Título IX "...establece la prohibición de contratar con la administración pública... en aquellos casos en los que se hayan cometido infracciones muy graves o graves hasta en tanto...". Veremos más adelante cómo deben hacerse algunas precisiones a tal Título IX, y por tanto también deberán recogerse en la propia Exposición de Motivos del mismo modo.

Así que entremos en el articulado propiamente dicho, que recoge las siguientes precisiones que debemos examinar:

PRIMERA. El artículo 78, de "Fomento de la participación en el sistema comunitario de gestión y auditorías medioambientales (EMAS)", situado en el Título VI, al igual que los 79 a 82 en los que nos detendremos a continuación, dice:

"1. Las Administraciones públicas promoverán la adhesión voluntaria de las organizaciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco al sistema comunitario de gestión y auditorías medioambientales (EMAS) regulado por el Reglamento (CE) 1221/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

2. A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado anterior, se adoptarán medidas dirigidas a:

[...]

e) Incorporar en los procedimientos de contratación pública la adhesión al sistema de acuerdo con lo que en esta materia establece la normativa sobre contratos del sector público."

En este sentido, hemos de referirnos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dice:

“Artículo 94. Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental.

1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados.
2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, y, en particular, una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que el licitador demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable.”

Por tanto, habrá de tenerse cuidado con la obligatoriedad manifestada en el artículo 78 del anteproyecto de la Ley de Administración Ambiental mencionado, pues como se desprende de la LCSP, la referencia al EMAS es opcional, y podrán exigirse los requisitos de solvencia técnica de acuerdo con otras normas de gestión medioambiental, y reconocerse certificados y otras pruebas de medidas equivalentes bajo las condiciones de la propia LCSP.

Esta apertura a otros sistemas de gestión ambiental se fundamenta en el principio de la libre competencia, es decir, en que la posibilidad de participación en los procedimientos de contratación no se vea limitada por exigencias que no resulten del todo punto imprescindibles y exclusivas de acuerdo con esta u otra Ley. Siendo este principio uno de los más básicos del Derecho de la Unión Europea en materia de contratación, entiende esta Junta que no puede menoscabarse en favor de la exigencia de un sistema único de acreditación de la solvencia, por lo que se sugiere que el texto de la letra e) del apartado 1. del artículo 78 del anteproyecto se module, con una propuesta del siguiente tenor:

“e) Atender la posibilidad que la normativa de contratación pública ofrece de permitir la acreditación de la solvencia técnica o profesional con la presentación de certificados que hagan referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, u otros medios de prueba equivalentes.”

SEGUNDA. El artículo 79 del anteproyecto, sobre “Fomento de la utilización de la etiqueta ecológica de la Unión Europea”, recoge en su apartado 2. entre las medidas para promover la utilización de dicha etiqueta, la siguiente:

“c) Incorporar en los procedimientos de contratación pública la utilización de la etiqueta ecológica de acuerdo con lo que en esta materia establece la normativa sobre contratos del sector público”.

La LCSP alude a las etiquetas, en todas sus modalidades, en su artículo 127:

“Artículo 127. Etiquetas.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por «etiqueta»: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos.
2. Cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:
 - a) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto.
 - b) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios.
 - c) Que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales.
 - d) Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas.
 - e) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva.
 - f) Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.

Cuando una etiqueta cumpla las condiciones previstas en el apartado 2, letras b), c), d) y e), pero establezca requisitos no vinculados al objeto del contrato, los órganos de contratación no exigirán la etiqueta como tal, pero, en sustitución de esta, podrán definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de esta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características de dicho objeto.

3. Los órganos de contratación que exijan una etiqueta específica deberán aceptar todas las etiquetas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención de aquella.

El órgano de contratación aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida.

4. Cuando los órganos de contratación no requieran en los pliegos que las obras, suministros o servicios cumplan todos los requisitos exigidos para la obtención de una etiqueta, indicarán a cuáles de dichos requisitos se está haciendo referencia.
5. La indicación de una etiqueta específica en las prescripciones técnicas en ningún caso exime al órgano de contratación de su obligación de detallar con claridad en los pliegos las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar.
6. La carga de la prueba de la equivalencia recaerá, en todo caso, en el candidato o licitador.”

Así pues, la LCSP permite la posibilidad –una vez más, no obligación- de exigir etiquetas –entre ellas, expresamente las relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas- en los procedimientos de contratación, de acuerdo con los específicos requisitos que la propia LCSP determina. Es decir, etiquetas ecológicas pueden exigirse de acuerdo con ello, pero será opción del órgano de contratación decidir si quiere hacerlo o no. Por ello se propone la redacción de la letra c) del apartado 2. del artículo 79 del anteproyecto de este modo:

“c) Hacer uso cuando proceda de la posibilidad que la normativa de contratación del sector público otorga de exigir etiquetas ecológicas de acuerdo con los específicos requisitos de dicha normativa.”

El artículo 80 del anteproyecto se ocupa de la “Huella ambiental” y su relación con el ciclo de vida, elemento éste novedoso en la normativa de contratos del sector público, y que será objeto de una consideración cada vez más generalizada, y al que no se opone ninguna objeción.

El artículo 81 versa sobre la "Compra pública verde". Y dicta, en lo que a contratación pública se refiere:

- "2. Los órganos de contratación de las Administraciones públicas y de los demás entes del sector público incluirán en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares de sus contratos de obras, servicios y suministros criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución y cláusulas o condiciones que contribuyan a alcanzar los objetivos que se establecen en esta Ley. Se promoverá especialmente la utilización de subproductos, materias primas secundarias, materiales reciclados o provenientes de procesos de preparación para la reutilización. A tal efecto, las administraciones públicas en el marco de sus competencias adaptarán sus instrucciones técnicas y documentos análogos para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo.
3. En los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares para la ejecución de contratos de obras y suministros se indicarán los porcentajes de subproductos, materias primas secundarias, materiales reciclados o provenientes de procesos de preparación para la reutilización que se tengan que utilizar para cada uno de ellos. El porcentaje mínimo de utilización de dichos materiales será del 40%, salvo que por motivos técnicos justificados este porcentaje deba ser reducido.
4. Asimismo, deberán establecerse los mecanismos de control adecuados y, en su caso, las cláusulas de penalización oportunas para garantizar el debido cumplimiento de las cláusulas ambientales establecidas en los pliegos y de las condiciones de ejecución previstas en el contrato. A tal efecto, a la finalización de los contratos ejecutados deberán adjuntar justificación documental relativa a la utilización de los citados materiales.
5. Lo previsto en este artículo se llevará a cabo de conformidad con lo que establece la legislación sobre contratos del sector público."

En relación con esto, ha de recordarse que las cláusulas ambientales, ampliamente recogidas en la LCSP y que han sido objeto de la reciente Recomendación 2/2018 de esta Junta, no sólo se han permitido sino que se han visto impulsadas en la reciente normativa y dicha Recomendación, pero la Ley reconoce la posibilidad de su inclusión del mismo modo que lo hace con las cláusulas sociales, las de igualdad, e incluso nuestros pliegos van más allá recogiendo también las lingüísticas. Y siempre bajo ciertas premisas entre las cuales se halla la vinculación con el objeto del contrato, en el sentido del artículo 145 LCSP, entre otras. Es por ello que se ha de actuar con cautela en su exigencia, entendiendo que deben compartir espacio y posibilidad con el resto de aspectos mencionados.

El artículo 202 de la LCSP, además, dice en su primer apartado que los pliegos de cláusulas administrativas particulares han de recoger al menos una condición especial de ejecución de tipo social, ético, medioambiental o de otro orden, y cita ejemplos de todas ellas que podrían entrar en dichos pliegos con dicha obligatoriedad de que haya al menos una.

El problema puede venir tanto de la imposibilidad de dar respuesta desde la contratación a todas las políticas mencionadas, que –sin lugar a dudas sobre su importancia estratégica y la necesidad de su impulso–, en la práctica a veces son difíciles de cumplir por muchas licitadoras, lo que impide su contratación o incluso su concurrencia a los procesos de licitación, entrando en conflicto con el principio de libre concurrencia antes mencionado. Pero más allá de eso, cuando alguna de estas cláusulas se impone en los pliegos, debe tenerse previamente claro y bien estructurado el sistema de control que permitirá verificar si lo exigido y ofertado llega luego a cumplirse en toda su extensión o no, y qué repercusión concreta tendría en su caso su incumplimiento o cumplimiento defectuoso como parte de las obligaciones contractuales que son.

Así las cosas, la exigencia del apartado 2. del artículo 81 debe moderarse del mismo modo que hemos propuesto en apartados anteriores, recordando su posibilidad más que su exigencia, y en cuanto al imperativo del apartado 3. para los pliegos de obras y suministros, definitivamente suprimir la expresión “se indicarán” por “se podrán indicar”, y siempre que en el propio anteproyecto se ofrezca a continuación el método y personas encargadas de verificar que tales porcentajes exigidos son efectivamente comprobados en la ejecución de todos y cada uno de los contratos que los exijan. De otro modo, se convertirían en exigencias que quedarían meramente sobre el papel, cuyo cumplimiento no podría controlarse y cuyo incumplimiento no podría demostrarse en ejecución. Así, se habría limitado la concurrencia de forma muy drástica y luego la contratista podría incumplir sin consecuencias y con un serio problema de falta de herramientas de control para la persona responsable del contrato. Esto no debe permitirse en ningún caso.

A continuación, el anteproyecto de Ley trata el tema de la ecoinnovación, en su artículo 82. Tras dictar su impulso, el apartado 2. dice:

“A tales efectos, el departamento competente en materia de medio ambiente de la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco promoverá la introducción de tecnologías ambientalmente más eficaces en las actividades económicas. Para ello aprobará y actualizará periódicamente un listado de tecnologías cuyo uso podrá ser incluido en los contratos del sector público y también podrá ser considerado como criterio preferente tanto en el establecimiento de beneficios fiscales, como en la concesión de subvenciones a empresas para la realización de inversiones destinadas a la mejora ambiental.”

Dado el carácter posibilista y no obligatorio del uso en los contratos del sector público de las tecnologías que menciona, no se le encuentra objeción.

Posteriormente, ya en el Título VII del anteproyecto, el artículo 112 habla de las prohibiciones de contratar, en los siguientes términos:

“Las empresas que hayan sido sancionadas por infracciones graves y muy graves previstas en esta Ley no podrán contratar, ni obtener subvenciones del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco hasta no haber ejecutado las medidas correctoras pertinentes y haber satisfecho la sanción.”

Las prohibiciones de contratar están profusamente reguladas en los artículos 71 y siguientes de la LCSP, y es cierto que tanto la sentencia firme de condena por delitos relativos al medio ambiente, así como la sanción firme por infracción muy grave en materia ambiental, o incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato – incluyendo las condiciones especiales de ejecución- bajo ciertas premisas que marca la letra c) del apartado 2 del artículo 71, se consideran prohibiciones de contratar o impedimentos para hacerlo de acuerdo con las condiciones y efectos del artículo 73 y la competencia y procedimiento que marca el 72.

Teniendo todo este articulado carácter básico, y por tanto no susceptible de normativa autonómica de sustitución, se entiende que deben respetarse escrupulosamente los incumplimientos o infracciones que pueden ser causa de prohibición de contratar, así como las consecuencias y excepciones a las mismas que aparece la LCSP.

Así, se propone la nueva redacción del artículo 112 del anteproyecto:

“Las empresas que hayan sido objeto de sentencia o sanción firmes por incumplimiento o que hayan incumplido las cláusulas esenciales de un contrato, todo ello en materia ambiental y de acuerdo con los requisitos de la normativa de contratos públicos, no podrán contratar con el sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco definido en dicha normativa salvo con las excepciones que en ella se determinan.

En términos similares, habrá de estarse a la normativa reguladora de las subvenciones públicas.”

Para finalizar, el texto del anteproyecto recoge una Disposición Final Segunda en la que modifica la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas. Y entre los aspectos de tal modificación, el Decimosegundo establece la redacción del nuevo 34 bis de dicha Ley de Aguas, y le da el siguiente texto:

“Artículo 34 bis. Ordenanzas locales reguladoras del ciclo integral de agua de uso urbano

El régimen jurídico del servicio del ciclo integral de agua de uso urbano se regulará mediante la correspondiente ordenanza local. Las ordenanzas deberán, de acuerdo con

el reglamento marco regulador del servicio que a estos efectos dicte el Gobierno Vasco a propuesta de la Agencia Vasca del Agua, regular las siguientes cuestiones:

[...]

“d) Características del régimen de contratación.

[...]”

Se quiere entender por esta Junta que se trata del régimen de contratación del servicio de abastecimiento de agua, pero sería deseable aclararlo así, pues por “régimen de contratación” se suele entender habitualmente el de contratación pública, que nunca podría ser establecido por una ordenanza local. Si se tratase del régimen de contratación pública en el sector del agua, es el que se establece por la legislación sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

V.- CONCLUSIONES.

Dicho todo ello, y esperando se atiendan las sugerencias de redacción aquí vertidas, se informa favorablemente el anteproyecto de Ley.