



TÍTULO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PREOCUPACIÓN AMBIENTAL

PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y BRASIL

AUTOR

Jairdilson da Paz Silva

Directora
Curso

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012

María del Carmen Núñez Lozano

Máster Oficial en Estudios Jurídicos Avanzados y Protección del
Medio Ambiente

©

Jairdilson da Paz Silva

©

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA
UNIVERSIDAD DE HUELVA
MÁSTER OFICIAL EN ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS Y
PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PREOCUPACIÓN AMBIENTAL:
PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA
Y BRASIL**

JAIRDILSON DA PAZ SILVA

Tutora:
Prof^a. Dra. María del Carmen Nuñez Lozano

Palos de la Frontera (La Rábida) - España

2010

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA

(Sede Santa María de la Rábida)

UNIVERSIDAD DE HUELVA

**MÁSTER OFICIAL EN ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS Y
PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

***CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PREOCUPACIÓN AMBIENTAL:
PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA
Y BRASIL***

JAIRDILSON DA PAZ SILVA

Palos de la Frontera (La Rábida) - España

2010

JAIRDILSON DA PAZ SILVA

Contratación Pública y preocupación ambiental: perspectiva de derecho comparado entre la Unión Europea y Brasil

Trabajo de Fin de Máster. Tutora: Prof^a Dra. MARÍA DEL CARMEN NUÑEZ LOSANO.

Palos de la Frontera (La Rábida) - España

2010

Contratación Pública y preocupación ambiental: perspectiva de derecho comparado entre la Unión Europea y Brasil

Trabajo de Fin de Máster presentado a la Coordinación del Máster Oficial en Estudios Jurídicos Avanzados y Protección del Medio Ambiente para la obtención del Grado de *Magister*, y que fue impartido por la Universidad Internacional de Andalucía y la Universidad de Huelva. Tutora: Prof^a Dra. María del Carmen Nuñez Lozano – Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva.

Evaluated by the members of the Examining Tribunal in the Seat of Santa María de La Rábida, on 15/02/2011, with 9 (SOBRESALIENTE).

TRIBUNAL EXAMINADOR

1- Prof. Dr. Carlos Petit Calvo (Catedrático)

Universidad de Huelva

2- Prof. Dr. Manuel Terol Becerra (Catedrático)

Universidad Pablo de Olavide

3- Prof. Dr. Sebastián Martíns Martíns

Universidad de Sevilla

Palos de la Frontera (La Rábida) – España – 2010

AGRADECIMIENTOS

Un especial agradecimiento a la Universidad Internacional de Andalucía por la concesión de la beca que fue posible hacer este Máster Oficial, además de todo el personal que trabaja en la Sede de La Rábida con quien conviví por varios meses; gracias por la atención y el cuidado que siempre tuvieron con los residentes. También me gustaría manifestar mis agradecimientos a todos queridos profesores del Máster, en particular a los coordinadores: Prof. Dr. Carlos Petit y mi tutora, Prof^a. Dra. Carmen Nuñez, por el apoyo y el cuidado. Ad Deum qui laetificat iuventutem mea.

(FRASES)

“Caminho por uma rua que passa em muitos países; se não me veem, eu vejo, e saúdo os velhos amigos.”

(Carlos Drummond de Andrade)

LA RÁBIDA

Desde la cima mirábamos

Tres siluetas sublimes y vetustas,

Apareadas avanzaban,

Nadando juntas forzosas hacia el mar.

En el río todo era yendo, partiendo:

Las madres llorosas, las mujeres lastimosas,

Cada gota la tragaba el mar.

Las velas infladas de sueños,

Llevaban las libertades perdidas,

Prisioneros de engaños, para nunca más volver.

Era una locura surreal, y Palos la capital;

De todo cuando se llevaba: las manos vacías y

Las cabezas llenas de fantasías.

Eran corazones partidos de angustias,

Con un hombre al comando, una paloma de esperanza;

Y junto a sí guardaba, los sueños robados, los cotidiano hurtados,

La determinación de hacerse con el nascer en el ocaso.

(Jairdilson da Paz Silva)

RESUMEN

Las preocupaciones con la cuestión ambiental cada vez más, y de forma transversal, están presentes en las legislaciones que regulan los más distintos sectores. La contratación pública con criterios de sostenibilidad ya es una realidad tanto en el Derecho Comunitario como en los Estados Miembros - caso de España. Esta solida legislación que trata el sector de los contratos públicos en aquellos ordenamientos jurídicos nos impulsa a hacer un estudio de Derecho Comparado con los ordenamientos jurídicos de terceros países, como es el caso de Brasil, para verificar la existencia y aplicación de criterios de sostenibilidad en la adjudicación de los contratos públicos. La integración de estos criterios en el cotidiano de los certámenes de las Administraciones públicas, como grandes consumidoras que son, tiene una función y un peso en el mercado muy especial, tanto de promoción de buenas prácticas ambientales, como un efecto pedagógico para la población en general, en lo que concierne al cuidado con el medioambiente.

PALABRAS CLAVES: Contratos Públicos – Criterios de Sostenibilidad – Medio Ambiente – Derecho Comparado.

RESUMO

As preocupações com a questão ambiental cada vez mais, e de forma transversal, estão presentes nas legislações que regulam os mais distintos setores. A contratação pública com critérios de sustentabilidade já é uma realidade tanto no Direito comunitário como no Ordenamento dos Estados Membros – como é o caso da Espanha. Esta sólida legislação que trata o setor dos contratos públicos naqueles ordenamentos jurídicos nos impulsiona a fazer um estudo desde a ótica do Direito Comparado com os ordenamentos jurídicos de terceiros países, fora da União Européia, como é o caso do Brasil, para verificar a existência y aplicação de critérios de sustentabilidade na adjudicação dos contratos públicos. A integração destes critérios no cotidiano dos certames da Administração pública, como grandes consumidoras que são, tem uma função e um peso no mercado muito especial, tanto de promoção de boas práticas ambientais, como um efeito pedagógico para a população em geral, no que concerne ao cuidado como o meio ambiente.

PALAVRAS CHAVES: Contratos Públicos – Critérios de Sustentabilidade – Meio Ambiente – Direito Comparado.

ABSTRACT

The concerns with environmental issues becoming more and transversely, are present in the laws governing the most diverse sectors. The public procurement and sustainability is a reality both in Community law and in the States - for Spain. This solid legislation that addresses the public sector contracts in those jurisdictions compels us to make a study of comparative law with the laws of third countries such as Brazil, to verify the existence and implementation of sustainability criteria the award of public contracts. The integration of these criteria in the daily events of public administrations, as major consumers are, has a weight function and a very special market, thus promoting good environmental practices, as an educational impact for the population general, regarding the care to the environment.

KEYWORDS: Public Procurement - Sustainability Criteria - Environment - Comparative Law.

SIGLAS UTILIZADAS

CE – Comunidad Europea

LCSP – Ley de Contratos del Sector Público

CEE – Comunidad Económica Europea

OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

TCE – Tratado de la Comunidad Europea

OMC – Organización Mundial del Comercio

TCEE – Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

TCECA – Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

TCEEA – Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

PIB – Producto Interno Bruto

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

EMAS – Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambiental

UE – Unión Europea

ONG – Organización no Gubernamental

FSC – Forest Stewardship Council

PEFC – Pan European Forest Certification Council

IFOAM – International Federation of Organic Agriculture Movements

VM – Vuestra Majestad

TRLCAP – Texto Refundido de Contratos de la Administración Pública

TCU – Tribunal de Contas da União

SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente

CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

CLA – Centro de Lançamento de Alcântara

CEA – Centro Espacial de Alcântara

IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial

ACV – Avaliação do Ciclo de Vida

ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária

MMA – Ministério do Meio Ambiente

A3P – Agenda Ambiental na Administração Pública

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

PLS – Projeto de Lei do Senado

CMA – Comissão do Meio Ambiente

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

SUMARIO

Págs.

I – INTRODUCCIÓN -----	12
II- DEFINICIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
2.1. <i>Concepto y finalidades de las licitaciones</i> -----	16
2.2. <i>Principios que rigen la Contratación Pública</i> -----	20
2.3. <i>Contratación Pública con criterios de sostenibilidad</i> -----	22
III- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DENTRO DEL MARCO COMUNITARIO	
3.1. <i>Panorámica de la Contratación Pública en el ámbito comunitario</i> -----	27
3.1.1. <i>Política ambiental comunitaria: perspectivas y conexiones con los contratos públicos</i> -----	31
3.2. <i>El marco actual de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE: las preocupaciones ambientales</i> -----	36
3.2.1. <i>Conexión entre la contratación pública y el etiquetado ambiental</i> -----	41
IV- LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA.	
4.1. <i>La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y sus precedentes normativos</i> --	46
4.1.1. <i>Innovaciones de la Ley de Contratos del Sector Público: una breve discusión</i> -----	52
4.1.2. <i>La adición de cláusulas ambientales como requisito para integrar la Contratación pública</i> -----	54
4.2. <i>Planes y actuaciones del Estado para un Contratación Pública verde</i> -----	57
V- CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN BRASIL Y CRITERIOS AMBIENTALES	
5.1. <i>Aspectos de la Contratación Pública brasileña: una panorámica</i> -----	62
5.2. <i>Respaldo constitucional y de la Legislación Ambiental para una Contratación Pública sostenible</i> -----	65
5.3. <i>Criterios para la Contratación Pública presentes en la Ley 8.666/1993</i> -----	70
5.3.1. <i>Conceptos de Obras, Servicios y Compras Públicas</i> -----	72
5.3.2. <i>Licencias Ambientales: Licencia Previa, Licencia de Instalación y Licencia de Funcionamiento</i> -----	74
5.3.3. <i>Modalidades de Licitación</i> -----	76
5.3.4. <i>Tipos de Licitación: Mejor Precio, Mejor Técnica, y Técnica y Precio</i> -----	77

5.3.5. Ausencia de criterios de sostenibilidad en la Ley 8.666/93: La Administración Pública y su responsabilidad para con el tema-----	77
5.4. Instrumentos administrativos y legislación ya existentes que podrían garantizar una Contratación Pública ambientalmente sostenible-----	79
5.4.1. Contratación Sostenible-----	79
5.4.2. Tipos de Evaluación de Conformidad-----	80
5.4.3. Certificación: de productos y servicios, de sistemas de gestión, de personal, de inspección y de declaración del suministrador-----	81
5.4.4. Etiquetas ecológicas-----	82
5.4.5. Instrumentos diversos-----	84
5.4.6. Iniciativas de algunos Entes Federados, Poderes de la República, ministerios y órganos de la Administración para una Contratación Pública sostenible-----	86
5.5. Nuevos retos para la Contratación Pública con la introducción de criterios ambientales a la hora de licitar – Proyecto de ley para la reforma de la Ley 8.666/1993 en trámite en el Parlamento brasileño-----	88
 VI- CONCLUSIONES-----	 91
VII- REFERENCIAS -----	96

I – INTRODUCCIÓN

Cuando mencionamos la palabra medio ambiente, puede que nos remita a muchos conceptos e ideas diversas. Dentro de nuestro censo común sabemos que se refiere a algo que tiene que ver con la naturaleza y su entorno. Pero, hoy en día, con las informaciones vehiculadas por diversos medios, también nos hace pensar en otras palabras como degradación, insostenibilidad, fuentes no renovables y catástrofes naturales. No estamos indemnes a estas palabras y sus consecuencias; es algo cotidiano.

Con todo eso, pensar también en acciones de cuidado con el medio ambiente y una política de protección, estableciendo criterios de gestión sostenible de los recursos naturales es algo muy reciente. Estas preocupaciones¹ surgen efectivamente en la sociedad y alcanza ser de interés para el mundo jurídico² solamente en la segunda mitad del siglo XX. Es evidente que a lo largo de la historia, desde el periodo del Imperio Romano, se observan en las leyes de entonces, medidas, desde el ámbito del derecho civil, que influyen en una protección al medio ambiente, pero de forma muy tangencial, y no era el objeto en sí mismo de tales leyes, pero, consecuencia de otras relaciones humanas, económicas o de otros tipos.

Las medidas direccionadas a acciones ambientalmente sostenibles que se ve el sector privado obligado a cumplir, empiezan también a alcanzar a las Administraciones Públicas. Puesto que, es inconcebible que los poderes públicos propongan normas impositivas en materia ambiental y a la vez se hurte en cumplir dichas normas. Las adquisiciones de las administraciones públicas y sus acciones deben estar, tanto por ser una medida pedagógica como por ser medio de incentivo a determinadas prácticas ambientalmente sostenibles, acordes con la legislación impuesta a toda la sociedad que tiene como objeto un medioambiente más sano y razonable.

Así siendo, este trabajo se fijará en dos sectores de estudio: el medio ambiente y la contratación pública. La inserción de criterios ambientales en la adjudicación de contratos celebrados por los Poderes Públicos es fruto de la transversalidad que ocupa hoy en día la materia ambiental.

Esta transversalidad de la materia ambiental en el ordenamiento jurídico, donde el medio ambiente deja de ser un escollo al desarrollo y pasa a ser un objeto considerado en sí mismo³, es necesaria para el mantenimiento del progreso, puesto que, modelos insostenibles de desarrollo

¹ LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 200910, p. 31; MORENO MOLINA, J.A., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*. La Ley, Madrid, 2007, p. 517.

² FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. "El régimen de incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, 2008, p. 42.

³ PLEITE GUADAMILLA, F., "Criterios ambientales en la contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, núm.57, 2006, p. 6.

conducen a pérdidas de diversos tipos en el futuro, y muy inclusivamente lo que toca al sector económico.

Aunque este trabajo no tenga la finalidad de agotar la discusión, intentaremos hacer una comparación de dos modelos de contratación pública y verificar la aplicación de los criterios ambientales en dicho sector. Por un lado tenemos un modelo jurídico impulsado por una producción normativa de la Unión Europea, que hace que surjan, desde el ámbito del derecho administrativo europeo, normas modernísimas que contemplan la contratación pública, en una concepción amplia, incorporando criterios ambientales en la adjudicación de los contratos públicos por los Estados miembros de la UE. Discusiones anteriores sobre el tema se concretarán en el Libro Verde de las contrataciones, que a la vez, impuso la necesidad de reunir y armonizar las directivas existentes, fundando un nuevo marco comunitario para el sector. De ahí, la aprobación de las Directivas 2004/17/CEE y 2004/18/CEE que condicionan a los Estados miembros a seguir los parámetros europeizantes en este sentido, y, especialmente en España, donde nos fijamos, desde un punto de partida, en las leyes que transpusieron aquellas Directivas: las leyes 30/2007 y 31/2007 del sector de la contratación pública, en especial la primera.

En este sentido, el Considerando 5 (de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento y del Consejo Europeo) fundamenta el parámetro, según el cual, al recoger lo que dispone el artículo 6 del Tratado de la UE, que contempla las exigencias de protección del medio ambiente, que a su vez deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, como dispone el artículo 3 del mismo Tratado, que como enfoque particular tiene como objeto fomentar un desarrollo sostenible. Por lo que, la Directiva (2004/18/CEE) clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible, al tiempo que se garantiza que aquellos poderes adjudicadores puedan obtener en los contratos adjudicados una relación racional y eficiente de calidad/precio, estando ahí insertos los criterios ambientales que orientan la contratación pública⁴.

El otro modelo a ser llevado en consideración para verificar la existencia de medidas de sostenibilidad en la contratación pública es el modelo brasileño. Se analizará el proceso licitatorio desde el marco de la Ley Federal 8.666/93⁵ para verificar la existencia de criterios ambientales en la adjudicación de los contratos públicos, especialmente los de obras, suministros y servicios.

El modelo comunitario de contratación pública no será explorado en minucias, ya que es conocido como un referencial para muchos ordenamientos jurídicos en el mundo actual y los criterios

⁴ UNIÓN EUROPEA. DOUE L 134/114 - Considerando 5 de la Directiva 2004/18/CEE, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 31 de marzo de 2004.

⁵ BRASIL. Ley Nº 8.666, de 21 de junio de 1993, que reglamenta el artículo 37, inciso XXI, de la Constitución Federal de 1988, y que instituyó normas para Licitación y contratos de la Administración Pública.

ambientales aplicados al sector de contratos públicos son ampliamente contemplados por aquellas directivas citadas anteriormente. Pero, en el modelo brasileño intentaremos buscar la existencia de aquellos criterios de sostenibilidad en la ley federal, y a falta de éstos buscaremos cómo sería posible adjudicar los contratos públicos con una preocupación con el medio ambiente en el marco del ordenamiento jurídico en vigor, especialmente en la Constitución Federal y en las leyes ambientales del país.

Dada las limitaciones de este trabajo, solamente nos ceñiremos a hacer referencias a los mecanismos heterodoxos utilizados por las administraciones públicas en Brasil a la hora de insertar criterios ambientales en los pliegos de contratación, bajando, aunque superficialmente, a las actuaciones de los entes federados y de los órganos de la administración pública federal. Lo mismo, infelizmente, no haremos en el caso de España, puesto que, como ya decimos, el trabajo alcanzaría una dimensión no deseada y la Ley 30/2007 del Sector de Contratos Públicos claramente prevé el uso, de forma tajante, de criterios ambientales. Otro punto a ser verificado es si, en el caso de ausencia de dichos criterios en la citada ley brasileña, existe algún movimiento parlamentario o proyecto de ley en el sentido de aplicar un modelo de sostenibilidad a las contrataciones públicas en Brasil.

Dentro de los mecanismos utilizados para obtener y simplificar el proceso licitatorio que conlleve a una adjudicación de contratos ambientalmente sostenibles, haremos referencia al sistema de etiquetado ecológico europeo, partiendo del Reglamento (CE) n. 66/2010, del Parlamento y del Consejo⁶. Mientras tanto, intentaremos verificar si dicho mecanismo existe y si es adoptado en la adjudicación de contratos públicos en el modelo brasileño.

⁶ UNIÓN EUROPEA. DOUE L 27/1 - Reglamento (CE) N. 66/2010, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

II- DEFINICIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Conceptos y finalidades de las licitaciones.

No pretendemos en este Capítulo hacer un estudio detenido sobre Contratos Públicos, y mucho menos de todo el proceso licitatorio, sino ofrecer una panorámica de la doctrina española y brasileña sobre su concepto y la finalidad de las licitaciones, teniendo presentes los conceptos legales, tanto en el Derecho Comunitario como en los ordenamientos jurídicos de aquellos países. Abordaremos, pues, los conceptos de algunos contratos públicos y de los procesos licitatorios que estudiaremos a lo largo de los capítulos siguientes.

En materia de Derecho Administrativo, la Unión Europea siempre se ha enfrentado a un abanico de problemas para concretar un modelo, un sólido Derecho Administrativo Comunitario que tenga un fuerte impacto en los sistemas jurídicos de cada Estado miembro. CANALES GIL & HUERTA BARAJAS⁷ afirman que, pese a las peculiaridades de los sistemas jurídicos de los distintos Estados miembros (como es el caso del Derecho Común - *rule of law* - o del sistema de Régimen de Derecho Administrativo), y después de una constante evolución, hay un Derecho Administrativo Comunitario. Este Derecho, según los autores, puede ser entendido de dos maneras distintas: en sentido amplio, fue un proceso de desarrollo de un Derecho Administrativo Común a todos los Estados miembros. Y, en sentido estricto, se constituyó en un Derecho que abarca las normas y principios que someten la acción administrativa de las instituciones comunitarias y también las nacionales, en tanto que ejecutan las decisiones adoptadas en el seno de la Comunidad Europea. En este sentido, CASSESE argumenta que este tipo de Derecho Comunitario⁸ posee caracteres aproximados a de los Estados miembros, “en cuanto a funciones, actividades, organización y régimen jurídico de las instituciones y órganos comunitarios, y en relación al control jurisdiccional de los actos administrativos comunitarios”⁹. Al fin y al cabo, el Derecho Administrativo Comunitario termina por manifestarse en muchos sectores y áreas de las actividades administrativa de los Estados miembros. Un ejemplo es la

⁷ Esta discusión se puede ver en: CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector público, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2008, pp. 29 y 30.

⁸ “Aunque surgido del Derecho internacional clásico, el Derecho de las Comunidades Europeas fue definido bien pronto como Derecho de integración y al mismo se le atribuyeron unas características muy peculiares. Así lo han caracterizado, entre otros PESCATORE, Pierre: *The Law of integration*, Sijthoff-Leiden. Ginebra, 1974, que se subtitula Emergencia de un nuevo fenómeno en las relaciones internacionales basado en la experiencia de las Comunidades Europeas.” ORDÓÑEZ SOLÍS, David, La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 25 y 26.

⁹ CASSESE, S., “*Il Diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*”, *Diritto Amministrativo Comunitario (a cura de Vandelli, Bottari e Donati)*, Rimini, 1994. In CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Op. cit., p. 30.

Contratación Pública Comunitaria¹⁰, que influye mucho en los derechos nacionales, tanto en el sentido de buscar mantener una transparencia global en estos procesos, como, y en relación a este último, conseguir un mayor grado de transposición en los ordenamientos jurídico-administrativos en el universo de ordenamientos jurídicos nacionales que componen la Unión Europea. Es, por ejemplo, el caso de España¹¹.

Así, la meta principal del Tratado CE, de apertura de la contratación pública en el mercado interior europeo, para garantizar el funcionamiento del mercado único europeo¹², se asienta en las normas comunitarias de la contratación pública. Sin embargo, las Directivas disponen un régimen que restringe su ámbito de actuación, objetiva y subjetivamente, sometiendo este tipo de contratación a una regulación específica relativa a la publicidad europea, a los procedimientos de adjudicación y a los criterios de selección. Pero, en esta línea de pensamiento, ORDÓÑEZ SOLÍS sostiene que: “no debe olvidar que en la Unión Europea no se ha procurado la unificación de ordenamiento en materia de contratación pública, para lo cual hubiese sido más apropiado utilizar como norma comunitaria el Reglamento. Sin embargo, la aplicación conjunta de los límites que el Tratado CE impone al establecer el mercado único europeo y la armonización de las legislaciones nacionales han tenido como efecto construir un régimen comunitario que tiene una importante incidencia de los distintos ordenamientos nacionales, produciendo en grado creciente una europeización de los Derechos nacionales”¹³.

Pensando desde un ángulo inverso, pasamos a mirar el contrato administrativo desde la perspectiva de España. Y para empezar, CAYUELA SEBASTIÁN, partiendo de su concepto legal, nos dice que “contratos administrativos, en todo caso, (son) aquellos cuyo objeto directo sea, conjunta o separadamente, la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, la realización de suministros, los de consultoría y asistencia, de servicios y los que se celebren excepcionalmente para la realización

¹⁰ “Es precisamente en el marco de la integración europea donde se ha producido un fenómeno especialmente significativo como es el de la interacción de las instituciones comunitarias con las autoridades nacionales. Para que este análisis resulte útil se procura examinar un ámbito muy peculiar del Derecho, el de la contratación pública, en el que sobresalen algunas de las notas más distintivas de la propia integración europea en relación precisamente con la función que tienen encomendada en nuestra sociedad las Administraciones y por cuanto se refiere al alcance del control que ejercen los Jueces. En este sentido, puede comprobarse que la contratación pública es un ámbito donde se aprecia la convergencia entre el Derecho público y el Derecho privado, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales”. ORDÓÑEZ SOLÍS, David, Op. cit., p. 27.

¹¹ CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Op. cit., p. 30.

¹² “La regulación comunitaria de la contratación pública tiene su origen en la propia configuración de las Comunidades Europeas, particularmente el diseño del ‘mercado común’ y del ‘mercado interior’. De hecho, como ha puesto de manifiesto reiteradamente el Tribunal de Justicia, el Derecho derivado, es decir, las Directivas específicas sobre contratación pública pretenden ‘facilitar’ la realización del mercado común, pero en ningún caso puede ser contrario a los principios ‘constitucionales’ establecidos por los Tratados Comunitarios. Además de la relación jerárquica de los principios constitucionales sobre las Directivas, su aplicación no está limitada objetivamente ni subjetivamente, se aplica a todo tipo de contratos, independientemente de que en ese ámbito resulten o no aplicables las Directivas”. ORDÓÑEZ SOLÍS, David, Op. cit., p. 36.

¹³ ORDÓÑEZ SOLÍS, David, Op. cit., pp. 35 y 36.

de trabajos específicos y concretos no habituales”¹⁴. Además, nos enseña aquel autor que para ser un contrato administrativo éste debe contener determinados elementos, dos en realidad: uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. En el contrato hay dos partes contratantes, pero se caracteriza por tener en uno de los polos un sujeto o Entidad pública que goza de determinados privilegios, de manera que un polo tiene más peso que el otro. También hay que buscar como elemento objetivo una finalidad pública, siendo de fundamental importancia este elemento a la hora de formación de los contratos. Así, este tipo de contrato es esencialmente un instrumento para alcanzar los fines institucionales de carácter público¹⁵.

Dentro del Derecho brasileño, la doctrina conceptúa el contrato administrativo como un tipo de acuerdo, llevado a cabo entre la Administración y un tercero, en el cual, por fuerza de ley, de cláusulas pactadas o del tipo de objeto, la permanencia del vínculo y las condiciones preestablecidas se someten a cambiantes imposiciones de intereses públicos, salvados los intereses patrimoniales del contratante privado¹⁶. Matiza TÁCITO¹⁷ que, “la tónica del contrato se desplaza de la simple armonía de intereses para la consecución de un fin de interés público”.

Los principales contratos administrativos¹⁸ serían los de concesión de servicios públicos, o de obra pública, o de concesión de uso del dominio público, nos esclarece BANDEIRA DE MELLO. Y a éstos, LOPES MEIRELLES¹⁹ añade los contratos de suministros en general.

Vale la pena insistir un poco más sobre como el contrato administrativo se configura en el ordenamiento jurídico brasileño para tener una idea de éste en relación con el contrato tipificado en el Derecho Comunitario y español. En Brasil, también el contrato administrativo tiene raíces en el Derecho Administrativo francés, teniendo poderes para adjudicar los contratos públicos las Administraciones Públicas de “la Unión (Federal), los Estados (federados), los Municipios, el Distrito Federal, los Territorios, y todas las personas jurídicas que operan en su ámbito descentralizado como

¹⁴ CAYUELA SEBASTIÁN, Luis. Los contratos de las administraciones públicas – Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y normas de desarrollo, Ediciones Estudios Financieros, 3ª Edición, Madrid, 1997, p. 85.

¹⁵ “El Derecho Administrativo y de la Administración pública tienen encomendado un complejo y problemático reto: hacer compatible, armonizar, equilibrar el interés público con los derechos e intereses de los ciudadanos, que también, en numerosísimas ocasiones, y ahora con mayor intensidad, colaboran en la consecución de los intereses colectivos. No solo una normativa adecuada para conjugar ambos fines, dando cabida, de forma cada vez más intensa, a los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones administrativas”. RIVERO YSERN, Enrique, El procedimiento de la formación de la voluntad en los contratos administrativos in RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime & (Direcs), La contratación administrativa en España y Iberoamérica, Editorial Cameron May y Junta de Castilla y León, Londres, 2008, p. 415.

¹⁶ Se puede leer sobre conceptos de contrato administrativo en el ordenamiento jurídico brasileño en: BANDEIRA DE MELLO, Celso A., *Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 18ª Edição, São Paulo, 2004, p. 580 y 581.*

¹⁷ TÁCITO, Caio, *Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1975, p. 292.*

¹⁸ BRASIL. En la Ley 8666/1993 define obras, servicios y suministro en el art. 6º, incisos I, II y III. ESPAÑA. En la Ley 30/2007, los mismos contratos se definen en los arts. 5, 6, 9 y 10. UNIÓN EUROPEA. En la Directiva 2004/18/CEE, art. 1, apartados 2.b, 2.c y 2.d.

¹⁹ LOPES MEIRELLES, Hely, *Licitação e Contrato Administrativo, 13ª ed., Malheiros Editores, 2002, pp. 260 y ss.*

prestadoras de servicios públicos. El particular puede ser una persona física o jurídica que se dedique a cualquier ramo de actividad que sea de interés o necesidad pública contratar, y que tenga capacidad según las normas del Derecho Civil²⁰. Así, no hay como no percibir las diferencias con los contratos particulares y los contratos públicos, sea porque una de las partes o ambas es un ente de la Administración Pública, sea porque el objeto y finalidad debe ser siempre dirigido al funcionamiento de un interés público, y amparado en el régimen del Derecho Público exorbitante al Derecho Civil²¹.

Como se expuso al inicio, no tenemos pretensión aquí de agotar el estudio de los contratos administrativos en toda su dimensión, puesto que no es el objeto central de esta investigación ni materialmente es hacedero habida cuenta su naturaleza y extensión.

Sí conviene, sin embargo, detenernos en el proceso licitatorio, en su concepto y finalidad, siquiera sea como prelude a los contratos que venimos describiendo en los distintos ordenamientos jurídicos.

Cuando la Administración desea contratar obras, suministros o servicios, por ejemplo, no lo hace como un particular, que con libertad adquiere, vende, hace contratos de suministro de bienes, contrata la ejecución de obras o servicios, etc. Al contrario de esta libertad que goza el particular, el Poder Público, para contratar, debe adoptar un procedimiento rigurosamente determinado y preestablecido en ley. A este procedimiento se denomina licitación.

Por lo tanto, licitación, para BANDEIRA DE MELO, en síntesis, “es un certamen que las entidades gubernamentales deben promover y en el cual abren disputa entre los interesados en trabar determinadas relaciones de contenido patrimonial con ella, para escoger la propuesta más ventajosa a las conveniencias públicas. Estriba en la idea de competición, que debe ser trabada igualmente entre los que cumplan los atributos y aptitudes necesarios para el buen cumplimiento de las obligaciones que se proponen asumir. Donde se presupone, como regla, dos fases fundamentales (sin perjuicio de otras subdivisiones): una, la que se demuestra tales atributos, llamada *habilitación*, y otra concerniente a la determinación de la mejor propuesta, que es el *juzgamiento*”²². Este proceso concurrencial y la necesidad de adoptarlo en tales casos (salvadas las excepciones y dispensa de tales procedimientos previstos en ley, ya que la Administración puede, bajo determinados umbrales, contratar directamente) es muy parecido al régimen español y al que determina el Derecho

²⁰ GESTA LEAL, Rogério, Consideraciones críticas al contrato administrativo en Brasil en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime & (Direcs), Op. cit., p. 152.

²¹ “En el Derecho brasileño, de una manera general, el Contrato Administrativo ha seguido el modelo Francés, de esta manera se determina y se entiende que dicho contrato firmado por la Administración Pública debe cumplir mínimo con uno de estos 3 requisitos: (a) ser calificado así por ley; (b) afirmar en su objetivo la ejecución de un servicio público; (c) contener cláusulas exorbitantes”. Ídem, p. 153. Se puede consultar también CRETELLA JR., *Os cânones do direito administrativo en Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 97, janeiro/março de 1988*, p. 5 a 52.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso A., Op. cit., p. 490.

Comunitario, salvadas, no obstante, las peculiaridades y algunos requisitos que lo distinguen del procedimiento en la ley brasileña, como es el caso del requisito que perseguimos, el de cuño ambiental.

2.2. Principios que rigen la Contratación Pública.

Los principios que rigen la contratación pública en España están enunciados en el art. 1 de la Ley 30/2007 (LCSP). RIVERO YSERN nos informa que tal precepto refleja con claridad cómo se pretende conciliar los intereses públicos y los intereses privados. E insiste el mismo autor en que “los principios allí enunciados, referidos a la Administración, que ha de respetarlos, son: la publicidad y transparencia de los procedimientos, asegurar en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Respeto de los candidatos o licitadores, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y la salvaguarda de la libre competencia”²³. Además, la LCSP, referente a la justificación de los contratos, señala que el Poder Adjudicante debe definir las necesidades que han de ser satisfechas, con el requisito de que la celebración será atinente a la necesidad de cumplimiento y fines de las Administraciones públicas. Hay, además, que determinar la naturaleza y la extensión de las necesidades que se pretende cubrir con tal certamen, así como asegurar la idoneidad de su objeto y contenido. Todo esto debe estar determinado previamente y con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria para iniciar el procedimiento que llevará a la adjudicación de dicho contrato, como bien define aquel autor.

Estos principios son acordes con el Derecho Comunitario, precisamente con la Directiva 2004/18/CEE, que coordina la contratación del sector público, y que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 30/2007²⁴, de Contratos del Sector Público. En el Considerando 2 de esta Directiva, se indica lo siguiente, referente a los principios: “La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de

²³ Véase en: RIVERO YSERN, Enrique, Op. cit., p. 416.

²⁴ ESPAÑA. BOE núm. 261/44336, miércoles, 31 de octubre de 2007 - Ley 30/2007, de 30 de octubre, Contratos del Sector Público, art. 1.

contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado”²⁵. Es de resaltar también, que la Directiva 2004/18/CEE, además de las definiciones que hace en el art. 1 de los contratos adjudicables por los Poderes Públicos y reglados por dicha Directiva, incorpora unas definiciones pormenorizadas en el apartado 8 del citado artículo, de “contratista”, “proveedor” y “prestador de servicios”, y la utilización de una expresión simplificada y genérica de los términos anteriores, que es el designado “operador económico”. Éste, el “operador económico” que haya presentado una oferta, pasa a ser designado con el término de licitador. El que haya solicitado una invitación para participar en un procedimiento restringido o negociado o en un diálogo competitivo se designa con el de candidato. También, en el apartado 9, se encuentran las definiciones dadas a los Poderes Adjudicadores, evitando que muchos escaparan a la incidencia de los parámetros establecidos por la Directiva de Contratos. Así, enumera los siguientes Poderes Adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones, que a su vez estén constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho Público. Además, este mismo apartado nos da las definiciones pormenorizadas de qué integra el término organismo público. Todo esa pormenorización tiene como fin evitar, una vez más lo resaltamos, que se escapen de las reglas de esta Directiva determinados organismos a la hora de adjudicar los contratos tratados en el texto comunitario. Como también, de moralizar y dotar a las Administraciones de instrumentos, criterios y de una gama de principios preestablecidos al sector de la contratación pública.

En la legislación brasileña, en la Ley 8666/1993²⁶, el art. 3º establece que las licitaciones serán procesadas y juzgadas de conformidad con los siguientes principios: de legalidad, impersonalidad, moralidad, igualdad, publicidad, probidad administrativa, vinculación al instrumento convocatorio, del juzgamiento objetivo y de los que son correlatos.

Siguiendo las definiciones dadas por BANDEIRA DE MELLO²⁷, interpretamos que el principio de impersonalidad aleja cualquier favoritismo o discriminación impertinentes, siendo todos los licitantes tratados con absoluta neutralidad. Se entiende así que todos son iguales ante la Administración. El principio de igualdad, a su vez, implica el deber, no tanto de un trato igual a los licitantes, sino de igualdad de oportunidades a los interesados para participar en el proceso

²⁵ UNIÓN EUROPEA. DOUE L 134/114, Directiva 2004/18/CE, 31 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, Considerando 2.

²⁶ BRASIL. Ley 8666/1992, de 21 de junio, art. 3º.

²⁷ Una descripción más detallada de estos principios se puede encontrar en: BANDEIRA DE MELLO, Celso A., Op. cit., p. 498 a 500.

concurrential. El principio de publicidad busca que los actos y términos del proceso licitatorio sean expuestos al conocimiento de todos los interesados. Bajo el principio de moralidad se entiende que el procedimiento licitatorio debe transcurrir en conformidad con los patrones éticos, los impuestos a la Administración y a los licitantes, que actúen de forma correcta, con lisura y honestidad. Ya el principio de vinculación al instrumento convocatorio obliga a la Administración a respetar estrictamente las reglas que tenga previamente establecidas en el pliego de contratación que disciplina el certamen. El principio del juzgamiento objetivo intenta impedir que el certamen sea decidido bajo el influjo del subjetivismo, de sentimientos, impresiones o propósitos personales de los miembros de la comisión juzgadora.

2.3. Contratación Pública con criterios de sostenibilidad.

Es evidente que cuando hablamos de Contratación Pública sostenible, ello no conlleva solamente la inclusión de criterios ambientales en dichos certámenes, sino también, la inclusión de criterios sociales. El término sostenibilidad tiene esta faceta universalizadora de los procesos de producción y consumo, incidiendo directamente en el mercado. Justo este mercado interno europeo, o como aborda el Tratado CE, del funcionamiento del Mercado Único Europeo, debe, según el mismo tratado, estar basado en el principio de la sostenibilidad. Entretanto, en este trabajo abordaremos sólo los criterios ambientales presentes en las distintas legislaciones estudiadas y que incidan en la Contratación Pública.

De esta forma, verificaremos a lo largo de los capítulos siguientes la posibilidad de establecer criterios para que las Administraciones públicas, a la hora de aprobar políticas de compras de suministros, servicios u obras públicas, entre otros contratos previstos en las Directivas del sector de contratos públicos, observen el impacto que tienen dichos certámenes sobre el medio ambiente. Así, la adopción de criterios novedosos que impliquen una mejor calidad ambiental incidirá en sus adquisiciones, así como en las de los demás consumidores, puesto que provocará en el mercado una demanda de productos y servicios que oferten un valor ambiental añadido en su proceso de fabricación, comercialización y descarte, así como en la prestación de servicios, que deben seguir los mismo ritos y procedimientos que engloban los criterios ambientales presentes en el Derecho Comunitario para el sector de contratos públicos.

Para evaluar el poder de compra de los Estados nos atendremos a un estudio hecho por la OCDE, en el que se informa que las adquisiciones de las Administraciones Públicas en Europa representan una media de un 12% del PIB global de la zona. También puede alcanzar el 15% y el 20% a nivel mundial, como media. Es evidente que estas cifras van a variar conforme a la metodología

adoptada. Pero aun siguiendo la adoptada por la OCDE (2003), aquellas cifras pueden alcanzar más del 33% en Suecia, el 23% en Francia y el 20% en España²⁸. Para Brasil, la Ley Presupuestaria de 2010²⁹ prevé que la Administración Pública Federal dispondrá de un presupuesto para obras, servicios y compras de suministros en el orden de R\$: 1.860.428.516.577,00, o sea, de casi dos trillones de reales, lo que equivale a casi un trillón de euros. Esto refleja el volumen de los negocios de las Administraciones públicas y el impacto que tiene como consumidora en el mercado.

La preocupación por el medio ambiente es algo relativamente reciente en la historia del mundo occidental. Los efectos de la contaminación en la sociedad llevaron a que varios grupos se movilaran para frenar el deterioro de la salud derivado de la contaminación del medio ambiente. Esta movilización de la sociedad hace que se produzca un efecto político y jurídico, y consecuentemente en las políticas económicas modernas. Hoy en día se sabe que un medio natural contaminado no solamente afecta a la salud o la vida en sociedad, sino también, afecta al propio desarrollo económico de las más distintas formas. Sin embargo, todas las actividades contaminantes y la atención a la conflictividad que generaban estuvieron durante mucho tiempo al margen de la intervención administrativa. Las contaminaciones localizadas al inicio de la Era Industrial generaron conflictos locales y no alcanzaron a la esfera de la intervención de la Administración. Pero con el desarrollo industrial en los últimos tres siglos, y la acumulación de la contaminación y áreas contaminadas, se empezó a percibir el deterioro ambiental con efectos directos en la vida en sociedad, lo que pasó a constituirse en una preocupación no sólo de la sociedad, sino también, de los poderes públicos³⁰.

A lo largo de la de la segunda mitad del siglo XX y del siglo actual se ha venido desarrollando una política en materia ambiental en el ámbito comunitario muy fuerte, de tal monta que la transversalidad del tema pasó a incidir en las legislaciones nacionales acomodando esta nueva realidad

²⁸ Más información de la OCDE sobre gastos públicos en relación con el PIB en: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel. Contratación pública con criterios de sostenibilidad – Situación actual y perspectiva, Boletín Económico de ICE, nº 2830, de 10 a 16 de enero de 2005, p. 35. Como también, en: DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José M. & RUEDA LÓPEZ, Nuria. La dimensión y el papel del sector público en los países de la Unión Europea: tendencias recientes, Tribuna de Economía – ICE, nº. 827, diciembre de 2005, p. 225 y ss. http://www.revistasice.com/cmsrevistasice/pdfs/ICE_827_223-241_344E2904598EF2AF7A3A81D19AF80F40.pdf Consultado: 28.09.2010.

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.214/10, de 26 de janeiro de 2010. Estima a receita e fixa a receita. [S.l.], 2010. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12214.htm Consultado: 26. 09. 2010.

³⁰ “En el siglo XX se hacen visibles los efectos de la intensa industrialización que se desarrolla desde hace ya unas décadas, al tiempo que se dispara un proceso de crecimiento urbano que en muchas décadas de este siglo cuando se toma conciencia de la dimensión pública – más allá de los vecinos o directamente afectados – de las cuestiones ambientales. La intervención pública, administrativa, se consideraba ya necesaria y al poco aparecieron las normas que la amparaban y regulaban. Entre las primeras reacciones normativas destaca la registrada en Francia en los años veinte del pasado siglo, que optó por configurar un régimen especial para unas actividades que se denominan y caracterizan como clasificadas. Este modelo se adoptó pronto por diversos Estados, el español entre ellos. Su fórmula característica consiste en enumerar una serie de actividades o instalaciones en las que se advierte una significativa incidencia sobre el medio y que se clasifican por grupos – normalmente recogidos en anexos – atendiendo precisamente a la intensidad o características de esa incidencia: ya sean actividades consideradas peligrosas, o insalubres, o con incidencia directa sobre la salud, etc. Son estas actividades clasificadas las que sujetan a intervención administrativa. Una intervención de la que conviene destacar dos aspectos que la caracterizan decisivamente”. ESTEVE PARDO, José. Derecho del medio ambiente, Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 18-19.

jurídica. Los dos sectores aquí estudiados de forma conexa, el medio ambiente y la contratación pública, son una muestra de aquella transversalidad del tema medioambiental en el Derecho Comunitario. En este sentido, las legislaciones nacionales se han visto condicionadas y direccionadas en el sentido de una mayor preocupación ambiental en materia de contratación pública, a través de las Directivas de contratación del Parlamento y del Consejo europeo³¹.

La cuestión medioambiental en el ámbito europeo no fue abordada desde una perspectiva sistémica dentro del Derecho Comunitario hasta la aprobación de la Acta Única Europea, cuando se amplían las competencias comunitarias, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo del medioambiente y de la política exterior común, que recibirán un título específico en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre medio ambiente. La implantación de una política ambiental sigue en el Tratado Maastricht (1992). Pero solo posteriormente en el Tratado de Ámsterdam (1997) fue donde se elevó la protección del medio ambiente a la categoría de política en lugar de simple acción de la Comunidad. Así, el medio ambiente pasó de ser considerado como un obstáculo al mercado a un objetivo en sí mismo, juntamente con el principio de integración en las demás políticas. En este contexto, hay que destacar que las Constituciones, tanto la española en su art. 45, como la brasileña en el art. 225, prevén medidas oficiales para proteger al medioambiente y resaltan el papel de las Administraciones públicas como garantes del mantenimiento de un medioambiente sano³². Es justo a través de la contratación pública, adoptando criterios que valoren y garanticen un desarrollo sostenible, relativizando los aspectos puramente económicos, que las Administraciones públicas intervienen de forma incentivadora y pedagógica en el mercado y en la sociedad hacia la implantación de una política ambiental realmente establecida. Así, como gran consumidora de bienes y servicios, la Administración Pública puede introducir una gran diferencia en la contratación, licitando objetos que estén en conformidad con el mantenimiento y la preservación del medio ambiente. En la búsqueda de la preservación del medio ambiente, la Administración Pública debe programarse para las compras de suministros y para contratar servicios evitando los residuos de materiales, reflejando así un patrón de contratación volcado hacia la sostenibilidad.

El interés en el ámbito de los contratos no fue desde luego una preocupación en el Derecho Comunitario. La Comunidad Europea no se preocupó por la actividad de contratación de forma

³¹ LÓPEZ TOLEDO, P. "Contratación pública y Medio ambiente", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 33, 2004, p. 25.

³² Se puede leer más en: LÓPEZ TOLEDO, P. Op. cit., p. 25. SCHMIDT ASMANN, E., *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 41. El Derecho ambiental de la Comunidad Europea, sus orígenes y evolución, es ampliamente tratado por LOZANO CUTANDA, Op. cit., pp.151-222. PLEITE GUADAMILLA, F., Op. cit., p. 6. OLLER RUBERT, M., *Saneamiento de agua residuales y reforma del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 80. In OLLER RUBERT, Marta. La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. I, Número 1 (2010): 1 – 34, Estudi, Castellón, 2010, p. 3 y 4.

expresa en los Tratados³³. Pero, con el tiempo y con el volumen de la actividad contractual en el mercado interior, aquélla pasó a preocuparse con la materia, principalmente en lo que respecta a las libertades comunitarias. Así, todo el periplo realizado por las directivas del sector de contratación pública a lo largo de las décadas procedió en el sentido de dotar al Derecho Comunitario de una normalización que influyera en los ordenamientos jurídicos nacionales, con principios y reglas que llevan a cierta uniformidad dentro del mercado interior. Lo que inicialmente estaba volcado exclusivamente para satisfacer a los intereses económicos³⁴, pasa también a satisfacer al interés general, como la inserción de criterios ambientales en la contratación pública.

³³ PIÑAR MAÑAS, J.L., "El Derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos público", Gómez-Ferrer Morant, R. (dir), *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 32.

³⁴ GIMENO FELIU, J.M^a., "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y ambientales", *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004, p. 77.

III- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DENTRO DEL MARCO COMUNITARIO

3.1. Panorámica de la Contratación Pública en el ámbito comunitario.

La concepción de Contratación Pública en el ámbito comunitario es algo que va construyéndose con el tiempo y dentro de la consecución de un mercado interior, marcado de inicio por el carácter economicista del Tratado de Roma. Así, la preocupación por la Contratación Pública no es algo que se desprende frontal y objetivamente del TCE. El art. 100 A³⁵ del TCE es una evidencia de la parca preocupación en este sentido, puesto que prevé la adopción de medidas para una mayor aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, cuyo objetivo es establecer y poner en funcionamiento un mercado interior. La preocupación por la Contratación Pública no fue insertada en el tratado en este momento porque éste se limitaba a definir los objetivos fundamentales de la Comunidad y a establecer los principios generales y la estructura normativa básica para su consecución. Nos dirán CANALES GIL y HUERTA BARAJAS que solamente en los años setenta surgen los primeros avances en las políticas llevadas a cabo por la Comunidad en sentido de reglamentar la Contratación Pública.

Con todo eso, no quiere decirse que incipientes iniciativas no se hayan producido en el ámbito comunitario respecto al sector de la contratación. Reparemos, por ejemplo, en las Decisiones 1206 y 1207/1961, de 18 de diciembre³⁶, donde se crea un Programa General que pretende suprimir barreras a la libertad de establecimiento y el Programa General que por objetivo tiene la eliminación de trabas a la libre prestación de servicios³⁷. En estas decisiones se insinúa el tema de la Contratación Pública.

La evolución de la reglamentación, de la que será posteriormente conocida como Contratación Pública Comunitaria, se dará a partir de los años setenta y sigue por los ochenta, noventa y en la actual década del siglo XXI, cuando se aprueban las Directivas 2004/17 y 2004/18 CEE, actualmente en vigor.

Aquellas Decisiones mencionadas fueron la génesis, en los años setenta³⁸, de la Directiva 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969³⁹, que trataba de suministros de productos al Estado, entes territoriales y a las personas jurídicas de Derecho Público. También la Directiva 71/304/CEE, de 26 de

³⁵ Reza el artículo 100 A, que: “No obstante lo dispuesto en el artículo 100 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14. El Consejo con arreglo al procedimiento previsto (...) adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objetivo el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit., p. 33.

³⁶ UNIÓN EUROPEA. DOUE nº 2, de 15 de enero de 1962, pág. 47.

³⁷ Para mayores detalles se puede leer más en CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 34.

³⁸ Leer más en: ORDÓÑEZ SOLÍS, David. Op. cit., pp. 52 a 54.

³⁹ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-13, de 19 de enero de 1970, fundamentada en el artículo 33,7 del TCE.

julio⁴⁰, respecto a la eliminación de trabas a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras⁴¹. Con posterioridad a la aparición de las primeras directivas para el sector de contratación pública, otra directiva de la misma generación buscará una coordinación entre las normas comunitarias y las de los Estados miembros, buscando una cierta uniformización. Para eso, surgen la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio⁴² y la Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976⁴³.

Con la puesta en práctica de estas Directivas, se desarrollarán las otras futuras, además por el advenimiento del Acuerdo sobre Compras del Sector Público, al margen del ámbito comunitario y referente a los contratos de suministros. Este acuerdo nace en la Organización Mundial del Comercio (OMC) e influirá mucho en la elaboración futura de un Derecho Comunitario de la Contratación Pública. Otro precedente es el Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior, que también influyó en esta rama del Derecho Comunitario, puesto que, propugnaba una eliminación de las fronteras técnicas en la Contratación Pública⁴⁴.

En los años ochenta⁴⁵, surgen nuevas circunstancias que condicionan un nuevo cambio en las directivas aprobadas en los años setenta. La Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985⁴⁶ y el Protocolo de Modificación del Acuerdo sobre Compras del Sector Público, de 12 de abril de 1979, aprobado en 2 de febrero de 1987⁴⁷, traen elementos nuevos que condicionan el Derecho Comunitario en el sector de la Contratación Pública. La primera, busca una armonización y normalización de las directivas hasta entonces publicadas, estableciendo criterios fundamentales y la evaluación de conformidad. El segundo, introduce ciertas modificaciones y nuevos parámetros para la Contratación Pública⁴⁸. Así, tanto el Protocolo de Modificación como el Libro Blanco, incentivarán la aparición de

⁴⁰ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-185, de 16 de agosto de 1971, fundamentada en los artículos 63 y 64 del TCE.

⁴¹ "Ambas Directivas suponen innovación del sistema contractual propio de cada Estado miembro, porque introduce unas ideas liberalizadoras respecto de disposiciones generales y prácticas administrativas que restringen la concurrencia en los contratos de suministros o de obras. Después de que la Contratación Pública Comunitaria iniciara su regulación, en los años setenta, aparecen ya algunas Directivas que persiguen la coordinación de la comunitaria con la de cada uno de los Estados miembros. Para ello, resaltan los siguientes principios: Prohibición de especificaciones técnicas con efecto discriminatorio. Publicidad de los contratos a nivel comunitario. Establecimiento de criterios objetivos de participación y selección de contratistas. El establecimiento de un procedimiento que permita un control por parte de los Estados miembros." CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 35.

⁴² UNIÓN EUROPEA. DOUE L-185, de 16 de agosto de 1971.

⁴³ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-13, de 15 de enero de 1977.

⁴⁴ Para saber más sobre el Acuerdo sobre Compras del Sector Público y del Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior, véase en CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. pp. 36 a 39.

⁴⁵ Se puede leer más en: ORDÓÑEZ SOLÍS, David. Op. cit., pp. 54 a 56.

⁴⁶ UNIÓN EUROPEA. Doc. 136, de 4 de junio de 1984.

⁴⁷ Véase en CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 40.

⁴⁸ En relación al Acuerdo sobre Compras el Protocolo de Modificación innova aquél texto con arreglo a lo que sigue: "Se ampliaba los supuesto de suministros al introducir nuevas formas, tales como "leasing", alquiler o alquiler venta con o sin opción de compra. Se ampliaban los plazos de publicidad de los anuncios de licitación. Se incluía la obligación de publicar el resultado de las adjudicaciones. Se reforzaba la obligación de remisión de datos estadísticos". Ídem, p. 41.

la Directiva 88/295⁴⁹, que modifica la 77/62/CEE, referente a adjudicación de contratos públicos de suministros y deroga determinados preceptos de la Directiva 80/767/CEE, ya modificada por el Acuerdo de compras. Subsecuentemente, el Consejo aprueba otra Directiva, la 89/440/CEE, de 18 de julio⁵⁰, que pretende coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras⁵¹. Todo ello supuso un mero intento de reordenación de la materia, pero no solucionó los problemas planteados.

En los finales de los años ochenta y parte de los noventa⁵², surgen nuevas directivas, como la de recursos, Directiva 89/665/CEE⁵³, la Directiva 90/531/CEE⁵⁴, de los sectores excluidos y la de recurso de este mismo sector, Directiva 92/13/CEE. Para completar el panorama normativo comunitario referente a la Contratación Pública⁵⁵, el Consejo aprobó la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio⁵⁶, para la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Como se aprecia, a estas alturas convivían diversas directivas: las antiguas, que seguían en parte en vigor, y las que modificaron en parte aquéllas llamadas Directivas Clásicas. Por ello, se emprendió un proceso de refundición de dichas directivas con la finalidad de evitar la dispersión y de avanzar hacia una codificación. Como consecuencia de ello, el Consejo aprobó las Directivas 93/367/CEE (sobre contratos de suministros) y 93/37/CEE (sobre contratos de obras), de 14 de junio⁵⁷, así como la Directiva 93/38/CEE (sobre contratos del llamado sector excluido). Otras directivas modificativas impondrán en los años subsecuentes nuevos parámetros⁵⁸.

⁴⁹ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-127, de 20 de mayo de 1988.

⁵⁰ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-210, de 21 de julio de 1989.

⁵¹ "Ambas Directivas, 88/295/CEE y 89/440/CEE, no recogían una nueva y completa regulación de los contratos públicos de suministros y de obras, respectivamente. Por el contrario, se dedicaban a derogar, adicionar y modificar, según los casos, la redacción de algunos preceptos de las Directivas 77/62/CEE (suministros) y 71/305/CEE (obras). Por tal motivo, la Comisión tuvo conciencia desde un principio de que, a continuación, era imprescindible dictar una nueva Directiva que refundiera todas las modificaciones operadas sobre las Directivas de suministros y de obras que se acaban de mencionar." CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 41.

⁵² Se puede consultar en: ORDÓÑEZ SOLÍS, David. Op. cit., pp. 56 a 59.

⁵³ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-395, de 30 de diciembre de 1989.

⁵⁴ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-297, de 29 de octubre de 1990.

⁵⁵ "Sobre esta necesidad siempre gravitó la opinión vertida por la Comisión en el Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior, que señalaba que la liberalización a escala comunitaria de los contratos públicos en el campo de los servicios era esencial para el futuro de la economía de la Comunidad." CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 51.

⁵⁶ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-209, de 24 de julio de 1992.

⁵⁷ UNIÓN EUROPEA. DOUE L-199, de 9 de agosto de 1993.

⁵⁸ "Como consecuencia (...), puede deducirse que ambas Directivas, la 97/52/CEE y la 98/4/CEE, representan la iniciación del proceso de adaptación de todas las Directivas Comunitarias sobre Contratación Pública al Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. El movimiento de adaptación no había hecho más que comenzar. Por lo tanto, a raíz de la Decisión del Consejo 94/800/CEE, se observa claramente cómo la perspectiva tradicional, en virtud de la cual las normas comunitarias de Contratación Pública se nutrían de iniciativas surgidas del seno de la propia Comunidad, se transforma totalmente en el sentido de que el parámetro referencial se encuentra ya fuera del ámbito comunitario. Esta nueva referencia es el citado Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio." CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. pp. 70-71.

En 1996 se lanza el Libro Verde sobre “La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro”. También, en este mismo año, entra en vigor el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC. Todo eso en conjunto vino favorecer un ambiente de mejoras y de simplificación del marco jurídico entonces existente. Una nueva Comunicación de la Comisión sobre los “Contratos Públicos en la Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998⁵⁹, propugnaba una codificación de la normativa vigente; la instauración de procedimientos más flexibles; y la definición de un marco jurídico para la participación del capital privado en la financiación de infraestructuras y servicios públicos. Este último punto es el origen de las conocidas como fórmulas de colaboración público-privado⁶⁰.

Con el objetivo de optimizar el mercado interior, la Comisión elabora y el Consejo aprueba el Plan de Acción para el Mercado Único; en este marco, la propia Comisión publica el Cuadro de indicadores del Mercado Único. Aun así, la percepción de incoherencia e incompreensión de las Directivas, denominadas como Clásicas, persistía. Por lo tanto, propugnaba la Comisión, antes de 2002, una mejora en estos déficits. Por ello, la Comisión elabora y es aprobada la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre “la elaboración Comunitaria de Contratos Públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”, en 11 de marzo de 1998⁶¹. Esta última comunicación enlaza con la “Agenda de Política Social”, adoptada en el Consejo de Niza de 2000. Con todo eso, se veía la necesidad de impulsar las reformas pertinentes en las directivas entonces en vigor, lo que lleva a cabo con la Directiva 2004/17/CEE⁶² del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales. Además, se publica la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo⁶³, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, derogando las Directivas 98/3/CEE y 97/52/CEE. Con efecto modificativo para mejorar la eficacia de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos públicos se aprueba la Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre⁶⁴, que modifica las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE. Con estas tres últimas directivas, una cierta sensación de seguridad jurídica se impone, aunque la complejidad de sus textos no siempre es bien entendida por los Estados miembros a la hora de transponerlas en sus ordenamientos jurídicos internos, lo que hace que el Consejo se predisponga a aclararlos en la tentativa de incentivar a los Estados miembros en orden a la transposición.

3.1.1. Política ambiental comunitaria: perspectivas y conexiones con los contratos públicos.

⁵⁹ UNIÓN EUROPEA. COM (98) 143.

⁶⁰ CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 73.

⁶¹ UNIÓN EUROPEA. COM (2001) 566 final y 211/C, 333/08.

⁶² UNIÓN EUROPEA. DOU L-134, de 30 de abril de 2004.

⁶³ UNIÓN EUROPEA. DOU L-134, de 30 de abril de 2004.

⁶⁴ UNIÓN EUROPEA. DOUE de 20 de diciembre de 2007.

En los primeros tiempos de la Unión Europea, la previsión en materia ambiental era inexistente en los tratados fundacionales, desde una visión de competencia global de los órganos comunitarios. Tampoco acogían, por ejemplo, una política común volcada a la agricultura o transporte. SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA⁶⁵ afirma que los problemas en materia de medio ambiente no llegaban a ser tan graves como para impulsar una política comunitaria específica en los tratados fundacionales. Puede considerarse sin embargo que más bien la gravedad no estaba en las conciencias ni tampoco en la política de entonces, pero graves seguro que eran en el momento. Con todo, decir que el medio ambiente estaba completamente marginado en los Tratados sería una afirmación liviana: no ocupaba el centro, pero ello no quiere decir que periféricamente el asunto no fuera abordado en aspectos sectoriales⁶⁶.

De forma indirecta, las ayudas estatales, presentes en los artículos 92 y 93 del TCEE, pueden subvencionar técnicas y productos anticontaminación. Además, el art. 130 permite que de los fondos del Banco Europeo de Inversiones se destinen recursos para ser utilizados en materia ambiental. En esta misma línea van los artículos 117 y 118, sobre políticas sociales, como también los artículos 228 a 231, que tratan de las relaciones internacionales de la Comunidad y que podrían, de forma indirecta, servir de cauce para posibles soluciones de problemas ambientales a nivel global. Sin embargo, afirma aquél autor que todas estas previsiones (artículo 2 del Tratado CEE, así como los artículos 100 a 102, 189 y 235 y también el artículo 236, en menor medida) son fundamentos y principios básicos y rectores para una futura adopción de una auténtica política Comunitaria en materia de medio ambiente.

⁶⁵ SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, Dionisio. La política ambiental comunitaria: especial referencia a los programas de acción. Separata de la Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1985, p. 725.

⁶⁶ "El Tratado que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (artículo 54 y 55) permite la realización de investigaciones técnicas y económicas sobre la producción y el incremento del consumo de carbón y acero, así como sobre la seguridad en el trabajo de estas industrias. De hecho, desde 1956, se han llevado a cabo diversas investigaciones en este campo (contaminación atmosférica en el interior de las minas y las factorías, técnicas de medición de la contaminación, etc.).

Gracias a los poderes que le confiere el Tratado Euratom (arts. 1,2 y capítulo III), la Comisión ha puesto en marcha una política eficaz para la protección de los trabajadores y de los ciudadanos contra los riesgos derivados de la radioactividad (Directiva del Consejo 76/579/CEE, de 1 de junio de 1976).

En efecto, tanto el artículo 1-2º, TCEEA, que incluye entre las misiones de la Comunidad Europea de Energía Atómica la elevación del nivel de vida de los Estados miembros, como el artículo 2-TCEEA, al prescribir que, para desarrollar su misión, la Comunidad deberá establecer normas de seguridad uniformes para la protección de la población y de los trabajadores, y velar por su aplicación, sirven de base para algunas medidas ambientales.

Por su parte, el capítulo III, artículos 30 a 39, regula la protección sanitaria de la población y de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes. (...) Por lo que se refiere a la Comunidad Económica Europea, el problema es mayor, ya que su Tratado fundacional no prevé ninguna competencia en materia ambiental, ni siquiera limitada o sectorial como los anteriores. En tales circunstancias, la CEE sólo podía abordar la materia ambiental indirectamente, mediante disposiciones con otra finalidad directa, o, al menos, no refiriéndose directamente al medio ambiente. El Preámbulo del Tratado CEE (párrafo 3º) señala como fin esencial de la Comunidad la constante mejora de las condiciones de vida y de empleo de sus pueblos. El artículo 2-TCEE, que, como veremos, será expresamente invocado en materia ambiental, concretamente, en los sucesivos Programas de Acción, recoge como fines de la Comunidad, promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el seno de la Comunidad, una expansión constante y equilibrada, una, una estabilidad creciente, una mejora continua del nivel de vida... Establecidos estos fines, en relación indiscutible con el medio ambiente, el artículo 3-TCEE establece los medios con que cuenta la Comunidad para conseguirlos; de su lectura vemos que varios tienen relación, más o menos directa, con el medio ambiente (concurrancia, política agrícola, política de transportes, aproximación de legislaciones, etc.)". Ídem, pp. 726-727.

Dada la situación, había que buscar una justificación para la implantación de una política ambiental comunitaria que estuviese fundada en causas materiales y que hiciera conveniente su adopción⁶⁷.

Por entonces, el propio proceso de adopción de una Política Ambiental Comunitaria recorrió un largo periplo hasta llegar al conjunto normativo de que se dispone hoy en día. En este recorrido se lanzan los Programas de Acción Comunitarios sobre Medio Ambiente. Esta política de Programas de Acción será el marco para las futuras actividades legislativas, puesto que los principios y objetivos presentes en ellos serán los fundamentos rectores para el desarrollo de un conjunto de normas jurídicas comunitarias y nacionales. Los tres primeros Programas de Acción se suceden en el siguiente orden: 1973, 1977-1981, 1982-1986⁶⁸. La naturaleza jurídica de dichos Programas de Acción sobre el medio ambiente hubo de dilucidarse para su encaje en el Derecho Comunitario, puesto que no se relacionaban en las normas jurídicas comunitarias pura y sencillamente (art. 14-TCECA, 161-TCEEA Y 189-TCEE). Mucho menos se podía encontrar su acomodo en las Declaraciones o resoluciones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el Consejo, siendo pues difícil su clasificación jurídica en este momento. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA nos allana el camino diciéndonos que “en materia ambiental, dado su fundamento en el artículo 2-TCEE, estas declaraciones o resoluciones tienen valor normativo reflejo, incidiendo indirectamente, a través de actos normativos comunitarios típicos, en el Derecho de los Estados Miembros, no siendo, pues, meras declaraciones políticas. Constituyen lo que se ha llamado Derecho Comunitario complementario o fuentes subsidiarias de tal Derecho. Por lo que se refiere a su contenido material, es decir, al contenido del Programa, incluyendo como anexo de las declaraciones o resoluciones, su propio nombre indica su naturaleza: suponen la declaración de lo que se quiere realizar en materia ambiental a nivel comunitario, es decir, señalan el marco, los principios y las acciones en general que luego se llevan a la práctica mediante los actos normativos comunitarios típicos”⁶⁹.

⁶⁷ SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA sistematiza así las causas materiales que conllevan a la adopción de una política ambiental comunitaria: “ a) Las diferencias entre las legislaciones ambientales de los Estados Miembros afectan al buen funcionamiento del mercado común mediante la creación de distorsiones en la competencia y barreras técnicas al comercio intracomunitario. b) La segunda razón deriva directamente de la naturaleza de los problemas incluidos en el medio ambiente: si la contaminación no se detiene en las fronteras nacionales, es lógico que la Comunidad, al contar con poderes aplicables a todos los Estados Miembros, tenga una visión más amplia y completa de los problemas ambientales y de sus soluciones. Por ello, la Comunidad supone la dimensión más eficaz, a nivel político y geográfico, para abordar los problemas ambientales. c) Entre los objetivos de la comunidad (Preámbulo, párrafo 3 y art. 2-TCEE) se incluye la mejora continua del nivel de vida, en el cual se incluye, sin lugar a dudas, el medio ambiente. Este argumento, con mención expresa del artículo 2, será mantenido por los programas de acción ambientales, como veremos. d) La determinación de normas y la puesta a punto de dispositivos anticontaminación necesitan numerosas investigaciones. Investigaciones que, por su elevado coste, en algunas ocasiones, y para evitar duplicidades, es conveniente que se coordinen, al menos a nivel comunitario, tendiéndose, cada vez más, a que la propia Comunidad lleve a cabo tales investigaciones en aquellos casos que sean de interés común. Si la Comunidad realiza estas investigaciones y pone en marcha esas normas y dispositivos, su control ha de ser, también, a nivel comunitario. e) La Política Ambiental Comunitaria tiene relaciones muy estrechas con otras políticas comunitarias (industrial, energética, regional, social, protección de los consumidores). Ídem, pp. 732-733.

⁶⁸ Sobre dichos programas *vid.* SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, Ídem, pp. 725 a 749.

⁶⁹ Ídem, p. 740.

Dentro de esta política ambiental comunitaria en formación, en 27 de noviembre 1986, fue adoptada la Comunicación por la Comisión atinente al Libro Verde⁷⁰ de las contrataciones públicas: “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”. A través de este libro, el nuevo paradigma de la contratación pública haría que los objetivos atinentes a la política social y medio ambiental se cumplieren. Como bien sentencia OLLER RUBERT, “recuerda el Libro Verde cuál es el fin último del derecho derivado, fundamentado en el Tratado, y que se manifiesta en la contratación pública: garantizar las libertades comunitarias”⁷¹. De este modo, las preocupaciones ambientales deben someter a límites y condiciones a los contratos públicos, como forma de garantizar, en aquél pensamiento primero, el mercado interior comunitario.

El Libro Verde contiene parámetros que se convertirán en requisitos impuestos a los empresarios que deseen contratar con el sector público, exigiéndoles una mayor preocupación ambiental, puesto que, de lo contrario, estarían sometidos a determinadas incapacidades en caso de condena por agresión al medio ambiente. Requisitos estos que serán recogidos en las Directivas de contratación: la 2004/17/CEE y la 2004/18/CEE, emitidas por el Consejo y el Parlamento Europeo. Estas directivas incorporan criterios ambientales que direcciona la decisión del poder adjudicador, inclinándose por una propuesta ecológicamente más ventajosa.

Siguiendo el camino de la Política Ambiental Comunitaria, las conexiones entre preocupaciones ambientales y contratación pública solo se producirán en el momento que se lanza el Sexto Programa Comunitario de Acción Pública en Materia de Medio Ambiente⁷², en el año de 2001. Este programa

⁷⁰ UNIÓN EUROPEA. El Libro Verde de la Contratación Pública: “La política de protección del medio ambiente se ha convertido en una de las políticas comunitarias más importantes, en primer lugar tras las modificaciones del Tratado CE en virtud del Acta Única, y seguidamente las del Tratado de Maastricht. Se han adoptado más de 200 actos legislativos, sobre, entre otras cosas, la lucha contra la contaminación del aire, de las aguas y de la tierra, la gestión de residuos, las normas de seguridad de los productos, la evaluación del impacto ambiental y la protección de la naturaleza. Además, el artículo 130R del Tratado CE prevé que las exigencias de protección del medio ambiente deben ser integradas en la definición y aplicación de las demás políticas de la Comunidad. (...) La protección medioambiental puede integrarse en las prescripciones técnicas relativas a las características de las obras, suministros o servicios objeto de los contratos, es decir, las especificaciones técnicas que los órganos de contratación deben indicar en los documentos generales de los contratos y a las cuales deben conformarse los licitadores, en virtud de las directivas. (...) Las disposiciones de las directivas permiten, en determinadas condiciones, integrar el objetivo de protección del medio ambiente en los criterios de selección de los candidatos. Dado que tales criterios están encaminados a poner a prueba las capacidades económicas, financieras y técnicas de los licitantes, pueden incorporar aspectos medioambientales en la capacidad exigida para cada uno de los contratos. (...) En la fase de la adjudicación de los contratos, podría darse importancia a elementos medioambientales al determinar cuál es la oferta más ventajosa económicamente, pero sólo en el caso de que la referencia a estos elementos permita medir una ventaja económica, propia de la prestación objeto del contrato, en beneficio directo del poder o entidad adjudicadores. (...) Los órganos de contratación pueden garantizar la protección del medio ambiente por medio de condiciones de ejecución impuestas a los adjudicatarios de los contratos sobre una base contractual. En otras palabras, un poder adjudicador puede pedir al adjudicatario que la prestación objeto del contrato se lleve a cabo respetando determinadas condiciones de protección del medio ambiente”. Libro Verde, pp. 44 a 46.

⁷¹ OLLER RUBERT, Marta. La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública. Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. I, Número 1 (2010): 1 – 34, Estudi, Castellón, 2010, p. 5.

⁷² UNIÓN EUROPEA. Decisión n° 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente.

pone de relieve la necesidad de promoción de una política de contratación pública respetuosa con el medio ambiente, estableciendo instrumentos para la consecución de las metas y objetivos trazados, esto es, para la implementación de criterios ecológicos en la adjudicación de contratos públicos, de manera que las características ambientales alcanzan total relevancia, así como el ciclo de vida ambiental presente en las fases de producción, con el enfoque “desde la cuna hasta la sepultura”. En todo caso, no se deben mitigar las normas del mercado interior, mucho menos los principios que rigen a la contratación pública. Con este tipo de sólida política ambiental, la Comisión intensifica aún más aquéllos criterios ecológicos de la Contratación Pública, asumiendo esa idea de manera expresa en la Comunicación interpretativa⁷³ de 4 de julio de 2001. Es evidente que estos criterios deben estar ligados directamente al objeto de licitación, no pudiendo, de manera soslayada al objeto, exigirlos. Hay que tener en cuenta siempre que al determinar el objetivo de respeto hacia el medio ambiente, no puede el órgano adjudicador restringir la participación de los licitadores en detrimento a los principios pertinentes a la Contratación Pública de no discriminación y de libre circulación⁷⁴.

Al integrar los criterios ambientales como factores de valoración, dos son las opciones según la normativa: se puede optar por la oferta que presente el precio más bajo o por la oferta económicamente más ventajosa. En los contratos contemplados en las Directivas se consiente la exigencia de criterio ambiental, pero siempre y cuando se obedezca a los principios generales de la Contratación Pública. Ya para aquellos contratos no previstos en las Directivas, prevalece el principio de libertad de los Estados Miembros, determinando ellos las reglas que se hayan de seguir, pero cumpliendo las normas y principios dimanados del Tratado.

La intención de promover un mercado de productos resultantes de un proceso que tenga en cuenta el medio ambiente, a través de una política ambiental que refuerce y reoriente aquel mercado en este sentido, es una meta acogida en el Libro Verde, dentro de una política integrada de productos⁷⁵.

Las administraciones públicas en toda la Unión Europea tienen un papel relevante en el sentido rector a la hora de contratar, tanto fomentando e incrementando un mercado de productos que tenga

⁷³ UNIÓN EUROPEA. COM (2001)274.

⁷⁴ “La segunda y la tercera parte del documento establecen reglas diferentes según se trate de contratos contemplados o no por la Directiva, con ello y para una mejor comprensión de la aplicación de las mismas, debe aclararse que varía el nivel de exigencia según se trate de contratos que superen una determinada cuantía o umbral o no. Para los contratos contemplados en las Directivas de contratación pública se reconoce libertad a los poderes adjudicadores para establecer, en las especificaciones técnicas del producto o servicio, determinados condicionantes de tipo ambiental e incluso imponer el cumplimiento de un nivel mínimo de rendimiento ambiental, así como la posibilidad de admitir variantes. Seguidamente en la fase de selección de los candidatos también se observa, bien en las causas de exclusión de participación en el contrato, bien en los requisitos sobre capacidad técnica de los candidatos, la consideración de los aspectos ambientales. Tras la selección de los candidatos y en la fase de evaluación de las ofertas, que dará lugar a la adjudicación del contrato, en base a las Directivas vigentes en aquel momento, es donde de manera clara se integran los criterios ambientales como factores de valoración.” OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 7.

⁷⁵ UNIÓN EUROPEA. COM (2001) 68.

criterios añadidos de preocupación ambiental, como a la vez fomentando en los demás, en los particulares, esa misma preocupación con que gestiona a las compras públicas⁷⁶. Así es porque el volumen de los contratos públicos en el conjunto de la Unión Europea, en relación al PIB⁷⁷ global, es de gran magnitud. Esta gran consumidora, por el volumen de negocios, puede marcar el paso del mercado e inducir mayores preocupaciones medioambientales, siendo un catalizador en el sentido de fomentar la innovación en tecnologías, productos y servicios, cumpliendo así el principio de sostenibilidad presente en el Tratado de la Unión Europea⁷⁸.

Sin detenerse en los avances, tanto en el impulso de un mercado interior uniformizado y reglamentado, como en el sentido de promover una Contratación Pública con reglas claras, además de seguir en el sentido de fomentar una cultura, a partir de su iniciativa, de adquisiciones de productos o servicios comprometidos con el principios de la sostenibilidad, la Comisión elaboró una Comunicación sobre Contratación Pública para un medio ambiente mejor, de 16 de julio de 2008⁷⁹, más amplia, abarcando obras, suministros y servicios, y con la finalidad de contemplar a todo contrato público, dentro o fuera de los umbrales marcados en las Directivas que regulan el sector. Es un avance en relación a la Comunicación anterior que marcaba este tipo de preocupación apenas dentro de los umbrales para licitar.

3.2. El marco actual de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE: las preocupaciones ambientales.

La institución de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE aporta bases sólidas con criterios más claros, en términos de contratación pública; es el final de un largo proceso, como hemos ido viendo, hasta llegar también a la defensa de una contratación ambientalmente sostenible. El Derecho

⁷⁶ Se puede leer más en: OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 8.

⁷⁷ UNIÓN EUROPEA. Libro Verde de las contrataciones, p. 1. “Una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado interior en todos sus aspectos. En la Unión Europea, las administraciones dedican unos 720 000 millones de euros anuales a adquirir bienes y servicios, lo que representa el 11% del producto interior bruto de la Unión. Con la implantación del marco jurídico comunitario de contratación pública, es importante iniciar un proceso de reflexión sobre la mejor forma de aprovechar todas sus posibilidades, para seguidamente someter la materia a debate entre los Estados miembros, el Parlamento Europeo, las entidades y poderes adjudicadores — cuya contribución es esencial— , y las propias empresas.”

⁷⁸ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Funcionamiento de la UE, art. 11: “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

⁷⁹ UNIÓN EUROPEA. COM (2008) 400. El objetivo último es obtener una contratación pública ecológica (CPE): “...un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de readquirir 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”.

Comunitario⁸⁰ busca suplantar y supeditar los procesos de contratación pública existentes en los Estados Miembros⁸¹. Una serie de principios vinculantes, procedentes del TCE, que conducirán el proceso de contratación pública en la Unión Europea, tales como: principio de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de transparencia. Estos proceden de las ideas de libertades de circulación de medios, de establecimiento, de libre prestación de servicios, todo atinente a una apertura de una autentica competencia en la Contratación Pública, valorando una absoluta transparencia en los procesos licitatorios.

Divisando también una autentica uniformización de la Contratación Pública en Europa, y consciente el legislador europeo de que ni todo Estado Miembro poseía un régimen administrativo especial⁸² referente a esa materia, las referidas Directivas 2004/18⁸³ y 2004/17, en los arts.1.8 y 1.7, respectivamente, bajan a un punto de hacer conceptualizaciones y define lo que es: “Contratista”, “Proveedor” y “Prestador de Servicios”. Además, define lo que es el “Operador Económico”, “Licitador”, “Candidato” y “Poderes Adjudicadores”. Todo, en el intento de conferir mayor lisura en el proceso de licitación, marcando las fronteras para evitar frustrar el procedimiento, preservando la libre concurrencia, la igualdad de trato y la máxima transparencia. Fue necesario, además, una definición del Poder Adjudicador de forma amplia, evitando que se quedara fuera algún ente u organismo público. En la Categoría comunitaria de Organismos de Derecho Público, a muchas entidades privadas les resulta extensivo el carácter de Poder Adjudicador⁸⁴. Resultando así extensiva la conceptualización de Poder Adjudicador, evitando dejar fuera del ámbito de la legislación de Contratos Públicos determinados sectores.

⁸⁰ “Ello quiere decir que la Directiva 2004/18/CEE, como cualquiera otra, busca las finalidades prioritarias que cree y lo hace con independencia del modelo nacional que regule las relaciones de las Administraciones Públicas en el ámbito contractual”. CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 76.

⁸¹ UNIÓN EUROPEA. Considerando de la Directiva 2004/18/CEE.

⁸² Se puede leer más en: CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. pp. 77 a 79.

⁸³ UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/18/CEE, de Contratos Públicos, artículo 1.8: “Los términos «contratista», «proveedor» y «prestador de servicios» designan a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado. El término «operador económico» designa tanto al «contratista» como al «proveedor» o al «prestador de servicios». Se utiliza únicamente para simplificar el texto. El operador económico que haya presentado una oferta se designa con el término de «licitador». El que haya solicitado una invitación a participar en un procedimiento restringido o negociado o en un diálogo competitivo se designa con el nombre de «candidato». Son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”.

⁸⁴ “La consecuencia es operativa y funcional porque, sin importar cuál sea su personificación jurídica, le resultará de aplicación la Directiva 2004/18/CEE – Por este motivo el TJUE condenó a España en Sentencia de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, y de 13 de 2005 -. España dejó la concreción de la lista de dichos organismos públicos a la decisión del derecho interno. Así en el Anexo III de la Directiva 2004/18/CEE, relativo a la *lista de organismos y de las categorías de organismos de derecho público contempladas en el artículo 1.9*, se señalaba, en el Punto V, para España que salvo que formen parte de la Administración territorial (Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades autónomas o la Administración de las Corporaciones Locales), o de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, se aplicará a *los organismos o entidades de derecho público sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”. CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo. Op. cit. p. 78.

La implementación de la Directiva 2004/18/CEE trajo algunas innovaciones más, entre ellas está la incorporación de la Contratación Pública a la nueva Era Electrónica. En esta línea, también como forma de flexibilización de los procedimientos de adjudicación y con gran perspicacia por parte del Legislador Comunitario, se introducen las definiciones de Acuerdo Marco, Sistema Dinámico de Adjudicación y de Diálogo Competitivo⁸⁵, además, se verifica que estas figuras son compatibles con el sistema ordinario de adjudicación. También, el Legislador Comunitario incorpora las definiciones precisas, en la citada Directiva, de lo que es un Contrato Público en el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CEE. Especifica aún más en el art. 1.2.b lo que es un Contrato Público de Obras; en el 1.2.c, un Contrato Público de Suministro; en el 1.2.d, un Contrato Público de Servicios. Esta Directiva, que naturalmente tiene carácter general, fija los conceptos y abarca ampliamente las necesidades conceptuales a la hora de transponer a los ordenamientos internos de los Estados Miembros los principios y directrices.

De las innovaciones que trajeron las Directivas actuales de contratación pública, la que realmente nos interesa en este trabajo es, sin sombra de duda, la inserción de criterios ambientales a la hora de que el Poder Adjudicador desee contratar. Toda la formación de la Política Ambiental Comunitaria que hemos estudiado hasta ahora se plasmará en dichas Directivas.

Para coordinar los procedimientos de adjudicación de contratos de los llamados sectores excluidos (agua, energía, transporte y servicios postales), entra en vigor la Directiva 2004/17/CEE, de 31 de marzo de 2004, paralela a la Directiva 2004/18/CEE, de misma fecha, (de la que nos ocuparemos con más detenimiento, por tratar de los contratos que nos interesan, como son los de obras, suministros y servicios; ésta se encuentra ya transpuesta al Ordenamiento Jurídico Español, a través de la Ley 30/2007, de contratos públicos, la primera Directiva, que nos interesa menos, también está transpuesta a través de la Ley 31/2007) que incorporó los mismos criterios ambientales de la jurisprudencia del TJUE, de los que nos ocuparemos en seguida. Aquellos criterios ambientales de la Directiva en cuestión están recogidos en los artículos 34, 36, 52 y 55 que se refieren a las especificaciones técnicas de los contratos, admisión de variantes, reconocimiento mutuo de condiciones administrativas, técnicas o financieras y a los criterios de adjudicación del contrato.

Entretanto, antes de que las citadas Directivas entrasen en vigor, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE –, analizando dos conocidos casos que involucraban cuestiones ambientales, y con base en toda la legislación ambiental y de contratación europea, decide que la inclusión de criterios ambientales en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no violaría aquéllos principios rectores, arriba dichos: de tratamiento igualitario, no discriminación y transparencia. Las demandas discutieron si la inclusión de nuevos criterios en la adjudicación de los contratos públicos,

⁸⁵ UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/18/CEE, arts. 32, 33 y 29, respectivamente.

debía presentar carácter económico y si los criterios dispuestos en la Directiva eran o no exhaustivos (primer caso). En el segundo se discutía la posibilidad de inclusión de cláusulas ambientales como factor de adjudicación. Estos casos fueron dilucidados por las Sentencias del TJUE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/1999 Concordia Bus Finland OY AB y Helsingin Kaupunki) y de 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01 EVN y Wienstrom)⁸⁶.

⁸⁶ “La primera de las Sentencias, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) en relación con la interpretación de diversos artículos de la Directiva 93/38/CEE y de la Directiva 92/50/CE, valida la introducción de criterios ambientales en la identificación de la oferta económicamente más ventajosa, entonces no reconocidos expresamente en la normativa vigente objeto de estudio. La discusión versaba entre otras cosas, sobre la interpretación del artículo 36.1 de la Directiva 92/50 relativo a “criterios de adjudicación del contrato” y la determinación de si la enumeración allí relacionada tenía o no carácter exhaustivo y si la inclusión de nuevos criterios debían presentar un carácter económico. En el anuncio de licitación para la gestión de la red de autobuses urbanos de la ciudad de Helsinki se establecía como criterio de adjudicación el de “la oferta más favorable para el ayuntamiento teniendo en cuenta tres criterios: el precio global solicitado para la explotación, la calidad de los autobuses y la gestión por el empresario de la oferta más interesante en materia de calidad y medio ambiente”. Al concurso se presentó la empresa Concordia que interpuso recurso ante el Consejo de la Competencia de Finlandia alegando que la adjudicación del contrato, mediante la asignación de puntos adicionales, teniendo en cuenta “las emisiones de óxido de nitrógeno y ruido fueran inferiores a determinados límites” era discriminatoria. Tal cuestión fue planteada con carácter prejudicial al TJUE quien en su resolución admitió, en primer lugar, la introducción de criterios no enumerados en el artículo 36 de la Directiva, eso sí con limitaciones, pues la introducción de criterios ambientales se restringía a que éstos tuvieran relación con el objeto del contrato, y no fuesen contrarios al principio de no discriminación y respetaran todas las normas de procedimiento y publicidad que se contengan en las Directivas. No obstante, otra de las cuestiones a dilucidar y resuelta también por el Tribunal era la de valorar si la inclusión de criterios ambientales debía tener una traducción económica que se reflejara directamente en beneficios para el poder adjudicador, o simplemente debía medirse en términos económicos que supusieran indirectamente una ventaja económica para la entidad adjudicadora del contrato, pero directamente relacionada con los intereses generales, ésta última parece ser la posición mantenida por el TJUE²³.

En la Sentencia EVN y Wienstrom GMBH contra la República de Austria (Asunto C- 448/01), de 4 de diciembre de 2003 se plantearon diversas cuestiones prejudiciales, de las cuales una se refería a la interpretación del artículo 26 de la Directiva 93/36 sobre criterios de adjudicación de contratos al hilo de la convocatoria de una licitación para la concesión de un contrato de suministro de electricidad, donde se determinaba que la adjudicación se realizaría a “la oferta económicamente más ventajosa según los criterios siguientes: incidencia de las prestaciones en el medio ambiente conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Cuatro fueron las cuestiones prejudiciales planteadas, siendo la primera de ellas la que nos interesa por tratar la posibilidad de inclusión de cláusulas ambientales como factor de adjudicación y la existencia de condicionantes a su uso. En relación con la primera cuestión el TJUE se remite a la Sentencia Concordia Bus y, por consiguiente, admite que los criterios ecológicos sean tenidos en cuenta en la adjudicación, siempre y cuando aquellos estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección y se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación. Sin embargo, a este inicial reconocimiento debe de sumársele otras garantías. En efecto el TJUE entiende que es necesario que los criterios de adjudicación vayan acompañados de medidas que permitan su correcta verificación y control, pues de manera contraria se atenta contra el principio de igualdad de trato. De la misma forma y basándose en la necesaria transparencia de los procedimientos de contratación se considera contrario a la normativa comunitaria la falta de publicidad de determinados requisitos – en este caso el periodo de suministro respecto al cual los licitadores debían indicar en sus ofertas la cantidad de electricidad de fuentes renovables que podían suministrar - . Finalmente, se determina la falta de relación del criterio ambiental con el objeto del contrato, por lo cual - y dado que es un requisito a cumplir como se ha destacado anteriormente - se declara la ilegalidad del criterio de adjudicación ambiental establecido²⁴. Pues a la vista de la jurisprudencia anterior y de la Comunicación de la Comisión de 2001 quedó claro que aunque no se haga mención expresa, es posible introducir entre los criterios de adjudicación de los contratos, otros criterios no mencionados en la normativa, lo cual permitió aceptar los mismos en tiempos pasados, pero que debido a su importancia han sido incluidos, como examinaremos a continuación, en las nuevas Directivas de contratos”. OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., pp. 9 a 11.

Así, mucho de lo que se prescribe en materia ambiental en las actuales Directivas de Contratación viene de la jurisprudencia del TJUE⁸⁷, que tuvo gran influencia en esta materia. Más allá de las contribuciones de los fallos de aquellas dos sentencias citadas anteriormente, muchas de las aportaciones de cuño ambiental que ostenta la Directiva 2004/18/CEE se encuentran en algunos Considerandos de la misma, como es el caso del 29⁸⁸, del 33⁸⁹ y del 44⁹⁰.

Buscando establecer un punto de equilibrio dentro del sistema de contratación pública y plasmando todos los conceptos que vimos, el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CEE recoge los principios rectores a los que nos hemos venido refiriendo, prescribiendo un trato igualitario, no discriminatorio y obrando con transparencia. Estos principios influirán en las condiciones de ejecución de los contratos, puesto que el art. 26 prescribe condiciones especiales que pueden ser exigidas, y entre ellas están las cláusulas de protección del medioambiente, que deben tener la máxima publicidad, haciéndola en los anuncios de licitación en los pliegos de condiciones, evitando buscar desigualdades de trato entre los licitantes, puesto que las cláusulas ambientales no pueden servir para ello. Estas exigencias deben respetar el Derecho Comunitario, nunca contrariarlo, para que se muestre eficaz, además, hay que contener la pertinencia del principio de la legalidad. Ya en lo que se refiere a las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones de protección y a las condiciones de trabajo, el art. 27 de la norma busca una reciprocidad de obligaciones en relación a la información referente a estos temas prescritos en el artículo. El Poder Adjudicador tendrá la opción de señalar o la obligación de señalar, en el pliego de condiciones, el sitio donde el operador económico debe buscar las informaciones, precisando el organismo u organismos, referente a la protección del medio ambiente, por ejemplo. Además de otras informaciones pertinentes para la ejecución del contrato. Este compartir la obligación, referente al cumplimiento de los principios de la Directiva de Contratos, pone a los operadores económicos - ya en condición de licitador o candidato -

⁸⁷ UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/18/CEE, Considerando 1, parte final: "La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2".

⁸⁸ "Así, en el Considerando 29, partiendo de la premisa de la apertura de los contratos públicos a la competencia, que va a enmarcar en cualquier caso la inclusión de los criterios ambientales como factores de la contratación del sector público, se incluye la posibilidad de introducir en las especificaciones técnicas de un contrato necesidades medioambientales, que se refieran a los métodos de producción o a los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Para ello, un recurso que facilitaría este reconocimiento es el uso de las etiquetas ecológicas, bien de carácter europeo o plurinacional". OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 12.

⁸⁹ "El Considerando 33, relativo a las condiciones de ejecución de los contratos que, bajo el marco de compatibilidad con la Directiva, cita aquellas condiciones cuyo fin sea favorecer la protección del medio ambiente, siempre y cuando estas condiciones no sea discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones". Ídem, p. 12.

⁹⁰ Por otra parte, con carácter concreto para el contrato de obras y de servicios, el Considerando 44, permite la exigibilidad de que se apliquen en los mismos sistemas o medidas de gestión medioambiental. Sistemas a través de los cuales se demuestra la capacidad técnica del operador económico para la ejecución del contrato". Ídem, p. 12.

en una posición activa⁹¹ en todo el proceso, abandonando la postura pasiva de obtener las informaciones que el Poder Adjudicador ofrezca y en la forma que éste la disponga.

El artículo 48 prescribe las capacidades técnicas y profesionales de los operadores económicos. Estos pueden acreditar dichas capacidades siguiendo lo que prescriben los apartados 2 y 3 del citado artículo, además de lo que prescribe el artículo 50 de la Directiva 2004/18/CEE en las normas de gestión ambiental, que el operador económico puede aplicar al ejecutar el control. El sistema de referencia a ser utilizado por los operadores económicos será el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS⁹²)⁹³. Sin embargo, evitando mitigar los principios comunitarios de la contratación pública, principalmente los de no discriminación, libertad, favorecimiento de la libre concurrencia y un mercado interior sin trabas, se debe aceptar como medio de prueba alternativo - “se admite otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europea o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación”⁹⁴ - una descripción de las medidas aplicadas por el licitador o candidato con la finalidad de garantizar el mismo nivel de protección ambiental.

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación del contrato, el art. 53.1 de la Directiva 2004/18/CEE reza que, sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos seguirán dos opciones: a) “bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución; y b) o bien solamente el precio más bajo”. En la enumeración de los criterios, en la primera opción están los referentes al medioambiente.

⁹¹ Sobre derecho a la información activa, véase más en: LOZANO CUTANDA, B., Op. cit., p. 237ss.

⁹² UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, art. 1.1: “Se establece un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, denominado en lo sucesivo «EMAS», que permite la participación con carácter voluntario de organizaciones, para la evaluación y mejora del comportamiento medioambiental de dichas organizaciones y la difusión de la información pertinente al público y otras partes interesadas”. Ya el art. 1.2. trae los objetivos del EMAS.

⁹³ UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/18/CEE, Considerando 44: “En los casos oportunos en que la naturaleza de las obras y/o de los servicios justifique la aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental en el momento de la ejecución del contrato público, podrá exigirse la aplicación de este tipo de medidas o sistemas. Los sistemas de gestión medioambiental, independientemente de su registro con arreglo a los instrumentos comunitarios, como el Reglamento (CE) nº 761/2001 (EMAS), podrán demostrar la capacidad técnica del operador económico para ejecutar el contrato. Por otra parte, debe aceptarse como medio de prueba alternativo a los sistemas de gestión medioambientales registrados una descripción de las medidas aplicadas por el operador económico para garantizar el mismo nivel de protección del medio ambiente”.

⁹⁴ OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 13.

Sin embargo, los criterios de adjudicación deben estar vinculados con el objeto del contrato. Es fundamental que así sea, eso va a garantizar que los criterios de adjudicación reflejen las necesidades de la autoridad adjudicadora, tal y como está en el objeto del contrato. La existencia de un vínculo con el objeto fue marcada en la jurisprudencia del TJUE en el asunto Concordia Bus⁹⁵. Así, los criterios de adjudicación deben ser específicos y cuantificables desde el punto de vista objetivo.

3.2.1. Conexión entre la contratación pública y el etiquetado ambiental.

Como forma de integración de los conceptos de sostenibilidad en los procedimientos de contratación pública se adopta la ecoetiqueta europea, que se torna en un medio idóneo para alcanzar una contratación pública preocupada con el medioambiente, exigencia esta de muchas de las legislaciones que venimos estudiando a lo largo del capítulo. Pero, específicamente, en el Reglamento (CE) N° 66/2010, de 25 de noviembre de 2009⁹⁶, del Parlamento Europeo y del Consejo, es el que trata de la etiqueta ecológica de la Unión Europea. El Considerando 1 del citado Reglamento recuerda en qué consistía el sistema de concesión de etiqueta ecológica en el marco del anterior Reglamento (CE) n° 1980/2000, de 17 de julio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta consistía, según el Considerando, en establecer un sistema comunitario voluntario de concesión de etiqueta ecológica para promover productos con impacto medioambiental reducido, examinando así todo su ciclo de vida y proporcionando a los consumidores informaciones exactas, no engañosas y con base científica sobre su impacto medioambiental.

El Considerando 5 del Reglamento define “el sistema de etiqueta ecológica de la UE como formando parte de la política de producción y consumo sostenible de la Comunidad, cuyo objetivo es reducir el impacto negativo de la producción y el consumo sobre el medio ambiente, la salud, el clima y los recursos naturales. El sistema pretende promover productos que tengan un nivel elevado de comportamiento ambiental mediante la utilización de la etiqueta ecológica de la UE. A tal fin, procede exigir que los criterios que deben cumplir los productos para llevar la etiqueta ecológica de la UE se basen en el mejor comportamiento ambiental alcanzado por los productos en el mercado comunitario. Esos criterios deben ser fáciles de entender y utilizar y deben basarse en pruebas científicas tomando en consideración los últimos avances tecnológicos. Esos criterios deben orientarse al mercado y

⁹⁵ UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C-513/99: “En el asunto Concordia Bus, el Tribunal consideró que los criterios de adjudicación relativos a los niveles de emisiones de óxido de nitrógeno y el nivel de ruido de los autobuses, que utilizarían para suministrar un servicio de transporte, sí que cumplían los requisitos de está vinculados al objeto de contrato.” CONTRATACIÓN CON CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES: Un manual sobre contratos públicos con criterios medioambientales, Luxemburgo: Oficinas de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2004, p. 35.

⁹⁶ UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) N° 66/2010, de 25 de noviembre de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo.

limitarse a los impactos más importantes de los productos sobre el medio ambiente durante la totalidad de su ciclo de vida”.

Los objetivos buscados por el etiquetado ecológico, sea el europeo u otras etiquetas equiparadas, dado que las Directivas de contratos permiten otros sistemas de etiquetado ecológico, en obediencia al principio de la no discriminación, cumplen una doble naturaleza para LOZANO CUTANDA⁹⁷: por un lado, deben estimular actividades productivas respetuosas con el medio ambiente, y de otro lado, ofrecer a los consumidores informaciones exactas y verdaderas sobre las consecuencias ecológicas de determinado producto, lo que seguramente orientará las compras de dicho consumidor.

Hay que destacar que el uso o adhesión al etiquetado ecológico tiene carácter voluntario por parte del operador que desee que sus productos ostenten dicha etiqueta, como reza el art.1 del Reglamento (CE) N° 66/2010. Aún para llevarla, hay que cumplir una serie de requisitos determinados científicamente, teniendo en cuenta el impacto ambiental del producto, las sustituciones de sustancias peligrosas por otras con nivel mayor de seguridad (Considerando 7), o la previsión de reutilización del producto. El uso de la ecoetiqueta por parte del operador está indexado al producto para el cual ésta le fue concedida, prohibiendo el uso inadecuado o contrario de la misma. Está previsto un mecanismo de vigilancia y control de su utilización (Considerando 11), estando el operador sometido a los organismos competentes que las hayan concedido en esta cuestión, como también conceder el acceso a las instalaciones del producto etiquetado.

Una infinidad de etiquetas ecológicas han sido creadas para acreditar productos y servicios de manera normalizada, cuyo objetivo es esclarecer a cualquier clase de consumidor que quiera adquirir productos o servicios que lleven criterios ambientales incluidos en su proceso, y a la vez incentivar la adquisición de los mismos con estos parámetros. Evitando infligir el principio de la no discriminación⁹⁸, previsto en las Directivas de contratos, los criterios de las etiquetas ecológicas no se basan en un único parámetro, sino en estudios científicos que analizan y determinan los impactos ambientales de un determinado producto o servicios en todo su ciclo de vida⁹⁹.

Se puede hacer una relación de determinadas categorías de etiquetas ecológicas. Hay etiquetas ecológicas públicas con criterios múltiples¹⁰⁰ (Tipo I, ISO 14024). Estos son los tipos más usuales de

⁹⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca. Op. cit., p. 473.

⁹⁸ UNIÓN EUROPEA. Véase los art. 23 de la Directiva 2004/18/CEE y 35 de la Directiva 2004/17/CEE, sobre especificaciones detalladas de las etiquetas ecológicas a la hora de definir requisitos medioambientales, sea basado en rendimientos o funcionales.

⁹⁹ UNIÓN EUROPEA. Se puede ver más en: CONTRATACIÓN CON CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES: Un manual sobre contratos públicos con criterios medioambientales, Luxemburgo: Oficinas de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2004, p. 20.

¹⁰⁰ Etiquetas europeas y nacionales: “Las Etiquetas con criterios múltiples más conocidas son la etiqueta europea (la flor), la etiqueta escandinava (el Cisne Nórdico) y las etiquetas nacionales (como el ángel azul alemán). Se trata en todos los casos de etiquetas voluntarias y basadas en el ciclo de vida; todas ellas exigen la certificación del producto por un tercero

etiquetas, como también, es de uso más frecuente en la contratación pública que toma en consideración criterios medioambientales. La serie de criterios a que se somete un producto o servicio es del tipo aprueba/suspende. Así, fijando los mínimos para una determinada etiqueta, siendo distintos criterios aplicados a una serie de productos o servicios. Estos criterios van a definir las respuestas que deben presentar el producto en materia medioambiental, o pueden, estos mismos criterios, establecer mínimos que aseguren la adecuación del producto en su uso.

Las etiquetas ecológicas que se refieren a la práctica general de gestión de la empresa que fabrica el producto o que ofrece el servicio, o que se refieren a aspectos éticos y otras cuestiones similares, no conforman los criterios que integran las especificaciones técnicas que exigen las directivas de contratos, puesto que, en el proceso licitatorio, los criterios exigidos deben estar relacionados con el objeto del contrato¹⁰¹.

Hay etiquetas públicas relativas a un solo tema. Éstas se centran en una cuestión medioambiental concreta, como el uso de energía o los niveles de emisiones. Esta clase de etiqueta se divide en dos tipos: la primera, se basa en uno o más criterios del tipo aprueba/suspende, atinentes a un tema concreto, como puede ser la eficiencia energética. Un ejemplo de este tipo de etiqueta es la americana ENERGY STAR. La segunda, consiste en puntuar los productos o servicios de acuerdo a sus resultados medioambientales¹⁰². Ejemplo de ésta, es la Etiqueta de Energía de la UE, que clasifica los aparatos domésticos de acuerdo a su eficacia energética. Este tipo de etiqueta, dentro del paramento definido en el sector de los contratos públicos, es útil para gradualmente alcanzar una generalización de criterios medioambientales.

Además de estas etiquetas públicas, hay una gama de etiquetas privadas¹⁰³, que pueden o no adecuarse a las directivas de contratos públicos. Estas etiquetas las pueden gestionar una ONG, un grupo industrial o un combinado de sectores industriales. Unos ejemplos de éstas son: Etiqueta para

(es decir, no por los propios productores). Cumplen normas estrictas de transparencia y de rigor científico en el establecimiento de los criterios y son no discriminatorias. Por ejemplo, en el caso de la etiqueta ecológica europea, es posible copiar los criterios de todos los grupos de productos y servicios directamente, si se considera pertinente, de la página web de la etiqueta ecológica de la UE". CONTRATACIÓN CON CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES: Un manual sobre contratos públicos con criterios medioambientales, Luxemburgo: Oficinas de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2004, p. 22.

¹⁰¹ Ver en: MANTECA VALDELANTE, V., "Etiqueta ecológica europea", Unión Europea Aranzadi, vol. 33, núm.1, 2006. LOZANO CUTANDA, B., "La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea", Revista interdisciplinar de gestión ambiental, núm.30, 2001, pp. 25-34; FERNÁNDEZ RAMOS, S. "La ecoetiqueta comunitaria", Noticias de la Unión Europea, núm. 153, 1997, pp. 57-72; DELGADO PIQUERAS, F., "Ambiente y Comercio: la ecoetiqueta europea", Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, núm. 1, 1998. CONTRATACIÓN CON CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES: Un manual sobre contratos públicos con criterios medioambientales, Luxemburgo: Oficinas de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2004, p. 22.

¹⁰² UNIÓN EUROPEA. CONTRATACIÓN CON CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES: Un manual sobre contratos públicos con criterios medioambientales, Luxemburgo: Oficinas de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2004, p. 23.

¹⁰³ UNIÓN EUROPEA. CONTRATACIÓN CON CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES: Un manual sobre contratos públicos con criterios medioambientales, Luxemburgo: Oficinas de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2004, p. 23.

programas de certificación forestal, como el FSC (Forest Stewardship Council), o el PEFC (Pan European Forest Certification Council). También etiquetas ecológicas como el programa IFOAM o etiquetas de criterios múltiples como la etiqueta sueca BRAN MILJOVAL.

Con todo eso, hay siempre que mantener la idea de que las etiquetas son una referencia, por así decir, más sencilla a la hora de probar determinadas características ambientales del producto ofertado, no pudiendo ser indexada al pliego de contratación una etiqueta “X”, ni se puede impedir que otros medios de pruebas sean admitidos, siempre que obedezcan a parámetros científicos. Lo que se puede, eso sí, es que en el pliego se hagan referencias a determinadas especificaciones técnicas que traiga determinada etiqueta, pero siempre y cuando se pueda aceptar otro medio de prueba, evitando así mitigar el principio de la no discriminación presente en las Directivas de contratación pública.

IV– LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN ESPAÑA

4.1. La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y sus precedentes normativos.

La preocupación por regular la contratación pública viene desde la segunda mitad del siglo XIX en España. Esta preocupación era algo que se evidenciaba en la Exposición de Motivos que precedía al Real Decreto de 27 de febrero de 1852. Decía Bravo Murillo: “Autorizado competentemente por V.M., previo Acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850, un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia (...)”¹⁰⁴. Es evidente que esta Exposición de Motivos no convence del todo que la moralización de la Administración Pública a través de un procedimiento de licitación indemne de fraude y a prueba de intereses fuera realmente una prioridad de la política administrativa de la época. Pero, nos demuestra cuanto era importante. Y para corroborar en este pensamiento, MATTERA nos cuenta que: “Los poderes públicos usan los contratos públicos no sólo como medio para comprar o realizar sus tareas más económicamente, sino también, como un instrumento para intervenir en la vida económica, social y política de su país, sin dejar de olvidar los obstáculos psicológicos que todavía pueden existir”¹⁰⁵. CANALES GIL & HUERTA BARAJAS reflexionan sobre estas dos afirmaciones. Aunque hubiese entre las dos más de un siglo de diferencia, coincidían que era necesario que este procedimiento, tan importante para la Administración Pública, estuviese sometido al principio de la legalidad. Eso fue una búsqueda constante en el proceso evolutivo del Estado de Derecho.

Las relaciones contractuales de la Administración Pública en España pasaron por varias etapas históricas, hasta llegar a la categoría del contrato administrativo que conocemos hoy en día. Luis CAYUELA SEBASTIÁN¹⁰⁶ destaca algunos puntos de esta evolución:

Se puede empezar desde el punto donde los contratos celebrados por la Administración no se caracterizan por ningún rasgo diferenciador respecto de los demás; la única diferencia era que en un polo del contrato figuraba la Administración. Estos contratos eran regidos por el Derecho privado. Ello

¹⁰⁴ Proyecto de Ley de 29 de diciembre de 1850- A pesar de que la Comisión Legislativa acabó sus trabajos el 6 de diciembre de 1851, nunca llegó a aprobarse (in CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Op. cit., p. 31).

¹⁰⁵ *Le Marche Unique Europeas. Ses regles, son fonctionnement*, Ed. Jupiter, 1988. Traducción de Zapico Landrove, 1991. In CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Op. cit., p. 31.

¹⁰⁶ Este proceso de evolución histórica se puede ver en: CAYUELA SEBASTIÁN, Luis. Op. cit., pp. 32 a 36.

era así porque la concepción judicialista imperante, en la época de las Cortes de Cádiz, se materializaba en el Decreto de 13 de septiembre de 1813.

La ley de 2 de abril de 1845 y sus normas complementarias introdujeron novedades de naturaleza procesal. Esta legislación visaba dirimir y fiscalizar los conflictos producidos en los contratos de obras públicas y de servicios públicos en las actuaciones del Consejo Real y los Consejos Provinciales. Todavía, estas providencias servían a un propósito de cierto pragmatismo procesal, buscaban la agilización de los trámites, pero no más allá de eso.

Nos aclara aún más CAYUELA SEBASTIÁN que aquellas preocupaciones producidas en la mitad del siglo XIX, que aludimos al inicio, sobre la Contratación Pública, se fueron consubstanciando en aspectos de índole material, sustantiva o de naturaleza de los contratos celebrados con la Administración, formando con el tiempo el Derecho administrativo contractual. De este proceso, aquel autor destaca la jurisprudencia del Consejo Real. El Real Decreto que aludimos al inicio, de 28 de octubre de 1859, incorporó cláusulas exorbitantes en los contratos, exigidas por su finalidad pública; también, el Pliego General de Condiciones Generales, de 13 de marzo de 1903, de Obras Públicas, y sucesivos para otros ramos. Así, se va fraguando poco a poco la supremacía de la Administración sobre el particular. Ya en el siglo XX, se destaca el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1911, que regulaba los procedimientos de selección de los contratistas y establecía el carácter supletorio del Derecho común, que es desplazado por normas del Derecho Administrativo. La revisión de precios, a partir de 1917, pasa a ser regulada de forma administrativa. El Derecho Administrativo francés influirá en este proceso.

De ahí en adelante, surgen sucesivas legislaciones tratando la materia. Un ejemplo primero fue la Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950, dotada de buena técnica jurídica y una regulación de fondo. En seguida, la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, dictada en virtud de la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, vendría a consolidar los contratos públicos como un instituto del Derecho Público. En este sentido, también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, de 27 de diciembre de 1956, en el art. 3º fija la competencia para conocer de los litigios en relación a los contratos administrativos. La Ley de Contratos del Estado instituía también los procedimientos de selección del contratista, regulaba la preparación, la ejecución y la extinción del contrato. El Derecho común se veía relegado a un carácter supletorio. La Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975, ya con las reformas experimentadas por la Ley en 1973, regulaban los contratos administrativos típicos: obras, gestión de servicios públicos y suministros. Con ellos convivía la regulación propia de los llamados contratos especiales, de revisión de precios, de órganos *ad hoc*, normativas singulares para adquisición de equipos y sistemas informáticos, a través del Servicio Central de Suministros,

puntuales adaptaciones de la normativa comunitaria, modificaciones anuales vía Ley de Presupuestos Generales, etc.

Con la promulgación de la Constitución de 1978, se pasaba a contemplar una legislación básica de competencia exclusiva del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas. Su primera plasmación tuvo lugar a través del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo y del Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, pero luego, se incorporaron las modificaciones precisas – en el Real Decreto Legislativo - como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril, que sentó criterios claros para la determinación de la legislación básica respecto de las Comunidades Autónomas.

En este nuevo orden constitucional se hacía necesaria una nueva ley de contratos del sector público. Entre otras razones, por las necesidades del mercado y también por la obligación de acatar lo que determinaba la Comunidad Europea en la materia, por haberse tornado España en Estado miembro de esta Comunidad, y de acuerdo a lo que prescribía en el art. 395 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. Así, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, consecuencia también de la ola democrática, entra en vigor en España con sus sucesivas modificaciones. Esta ley general tiene fundamento en la Constitución Española de 1978, en el artículo 149.1.18, donde establece la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

Más adelante, la obligación de transponer a la Directiva 2004/18/CEE – inaplazable dado que el plazo máximo para la transposición se agotó el 31 de diciembre de 2006 y una Ley de Contratos del Sector Público en los moldes de esta Directiva se hacía necesaria¹⁰⁷ - determinó que el Legislador español aprovechara la ocasión para ampliar el contenido de la Ley de Contratos¹⁰⁸.

Así surge la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), de 30 de octubre, cuya finalidad esencial es la trasposición de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento y del Consejo, de 31

¹⁰⁷ “A juicio de todos los que han conocido su Proyecto de Ley, se trata de una norma necesaria y novedosa (Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 – Expediente 514/2006). Necesaria porque responde a la obligación de transponer la Directiva 2004/18/CEE al ordenamiento jurídico interno, y novedosa porque la citada Directiva no actúa como límite de su alcance, por lo que, en consecuencia, efectúa un planeamiento de reforma global (Exposición de Motivos, apartado I). Además, se optó por elaborar una reforma *in extenso* el TRLCAP, por la necesidad técnica de plantear la regulación de los contratos públicos desde una nueva perspectiva (Informe de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de 14 de enero de 2006, anexo a la Memoria del Proyecto).” CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Op. cit., p. 86.

¹⁰⁸ BAÑO LEÓN, J. M., La influencia del derecho comunitario...: “El legislador español no sólo ha efectuado con la LCSP una transposición de la Directiva 2004/18/CEE, que refunde una serie de Directivas anteriores, e introduce numerosas y trascendentales cambios en esta regulación, sino que, aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la citada Directiva 2004/18/CEE el motivo de la nueva Ley, ésta no se constriñe a transponer las nuevas directivas comunitarias, sino que adopta un planteamiento de reforma global”, *in* ROMERO ALCÁNTARA, F. El ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la LCSP. Las normas específicas de contratación en las entidades locales, *in* ROMERO HERNÁNDEZ, Salvador (coord.). Contratos del sector público, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 20.

de marzo de 2004, que trata de la coordinación de los procesos de adjudicación de los contratos de obras, servicios y suministros. Esta Directiva tuvo la virtualidad de introducir en el ordenamiento jurídico español dos elementos de suma importancia que darán una vuelta entera en la contratación pública: la delimitación de los sujetos destinatarios de la ley y la positivación de los principios¹⁰⁹ que orientan la contratación pública¹¹⁰.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante) se enumeran las novedades introducidas por la Directiva en estos términos: “Sintéticamente expuesta, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 (INI), y que permita ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales, a la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación (...)”¹¹¹.

Pues bien, comparando la normativa anterior con la LCSP, la Ley 13/1995 y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a través del cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), no se encuentra ninguna mención a los criterios ambientales enumerados y perseguidos por la actual Ley de Contratos. La antigua ley estaba, en algunas aspiraciones, basada en Directivas anteriores a la actual comentada. Se sabe que estas Directivas derogadas de contratos, juntamente con muchas normas de la Comunidad Europea, traen consigo rasgos económicos y las preocupaciones con el medioambiente todavía no estaban consolidadas. También la norma española tenía otras preocupaciones en aquel momento, como la “simplificación de los procedimientos de contratación que demandaban tanto los empresarios como la propia Administración y, en fin, en el contexto social, económico y político en que nos encontrábamos como medidas de lucha contra la corrupción que con frecuencia ha emergido a la superficie

¹⁰⁹ ESPAÑA. Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, 30 de octubre. Art. 1 – “(...) Los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...)”.

¹¹⁰ “(...) Introduce en nuestro ordenamiento jurídico dos elementos esenciales, que van a transformar la contratación pública, y más aún, desde el escenario, de una entidad local. Por un lado, la delimitación de los sujetos destinatarios de la ley, con la pretensión de no dejar entidades del sector público exentas de regulación, y por otro, positivándose los principios de libertad de acceso a las discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, a fin de que dejen de ser meras referencias axiológicas; sin olvidar su concordancia con los principios de índole económica, como los de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, en correspondencia con los de la ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria, y por ende, con los de economía, eficiencia y racionalidad establecidos en nuestra legislación básica de régimen local”. ROMERO ALCÁNTARA, F., Op. cit., p. 19.

¹¹¹ Exposición de Motivos de la LCSP en: ídem, p. 20.

relacionada con la contratación administrativa (la ley se presentó como una medida del llamado impulso democrático y como cumplimiento a los compromisos que derivaron del último debate del Estado de la Nación)”¹¹². La Ley 13/1995 en el art. 87¹¹³ (86 del TRLCAP) hacía una reproducción *ipses verbis* de los mandamientos de las anteriores Directivas de contratos. En dicho artículo había una enunciación de criterios para la contratación pública, que no preveía obviamente los criterios ambientales; no obstante, con toda la orientación ambiental que venía tejiendo la Comunidad Europea en las Directivas referentes a la protección ambiental, se podría deducir que los criterios ahí impresos no eran *numerus clausus*¹¹⁴, y por lo tanto, ofrecía un campo de posibilidades para que los poderes adjudicadores pudiesen evaluar caso a caso cuál proposición comportaría mayores ventajas económicas, hasta en sentido ambiental¹¹⁵.

Aquella ley general sobre contratos no fue la única en recibir influencias del Derecho Comunitario. Las Directivas 93/38/CEE y la 92/13/CEE fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que reguló los procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, los llamados sectores excluidos por las Directivas. Mostrando la preocupación ambiental del ordenamiento jurídico español, el art. 24.3¹¹⁶ de aquella ley regulaba las formas de adjudicación desde una perspectiva ambiental, cuando establecía que correspondería la adjudicación del contrato al licitante que hiciese la propuesta más ventajosa a la Administración.

¹¹² Se puede leer más sobre la Ley 13/1995, en: CAYUELA SEBASTIÁN, Luis. Op. cit., p. 35.

¹¹³ ESPAÑA. LEY 13/1995, Art. 87º. – “Criterios para la adjudicación del concurso. 1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquélla. 2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya”.

¹¹⁴ MESTRE DELGADO, J.F., “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REAL, Núm. 291, 2003, p. 707. In OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 16.

¹¹⁵ ESPAÑA. Expediente 4464/1998, del Consejo de Estado, que en su Dictamen de 22 de diciembre de 1998, admitía planteamientos de carácter ambiental, en el anteproyecto de modificación de la Ley 13/1995, referente a los criterios de adjudicación recogidos en el art. 87, en las siguiente manifestación del Consejo: “Entiende el Consejo Económico y Social que en el artículo 87, relativo a los criterios para la adjudicación del concurso, sería preciso incluir una “cláusula social” que permita valorar factores tales como el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo o de protección del medio ambiente o la acreditación de estabilidad en el empleo. En opinión de este Consejo, no parece que exista inconveniente alguno en establecer nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, el carácter indefinido de los contratos laborales, o la protección del medio ambiente”. In Ídem, p. 16.

¹¹⁶ ESPAÑA. Ley 48/1998, de 30 de diciembre, Artículo 24. “Formas de adjudicación. 3. En el concurso, la adjudicación recaerá sobre el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa. Este extremo se determinará de acuerdo con diversos criterios objetivos variables según el contrato en cuestión, tales como plazo de entrega o de ejecución, coste de utilización, rentabilidad, calidad, características estéticas y funcionales, calidad técnica, calidad ambiental, servicio postventa y asistencia técnica, compromiso en materia de piezas de recambio, seguridad en el suministro y precio, así como la fórmula de revisión de éste, en su caso. En este supuesto, la entidad contratante hará constar, en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tiene previsto aplicar. Estos criterios se indicarán, cuando sea posible, por orden decreciente de importancia. Corresponderá, en todo caso, a la entidad el derecho a declarar desierto el concurso”.

No sólo aquella norma estaba atenta a la cuestión de la sostenibilidad; la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, preocupada con el volumen considerable de residuos generados y buscando cumplir con el compromiso adquirido en el Quinto Programa comunitario en acción en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible¹¹⁷, refiere que la Unión Europea ha adoptado la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre¹¹⁸, relativa a los envases y residuos de envases. Continúa aquella norma en la Exposición de Motivos haciendo la siguiente referencia: “Dicha Directiva tiene por objeto armonizar las normas sobre gestión de envases y residuos de envases de los diferentes países miembros, con la finalidad de prevenir o reducir su impacto sobre el medio ambiente y evitar obstáculos comerciales entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Incluye dentro de su ámbito de aplicación a todos los envases puestos en el mercado comunitario y jerarquiza las diferentes opciones de gestión de residuos, considerando como prioritarias, hasta que los avances técnicos y científicos sobre procesos de aprovechamiento de residuos no aconsejen otra cosa, las medidas que tiendan a evitar su generación, seguidas de aquéllas que tengan por finalidad fomentar su reutilización, reciclado o valorización, para evitar o reducir la eliminación de estos residuos”¹¹⁹.

En la Disposición Adicional tercera, de la misma ley, hay una referencia a la promoción de una contratación pública sostenible diciendo: “Fomento de los objetivos prioritarios en la contratación pública – Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para favorecer el orden de prioridades indicado en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 1 y promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros”¹²⁰.

Otras dos leyes hacen referencias a la contratación pública con criterios de sostenibilidad. La primera es la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, consonante a la Directiva Comunitaria 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991¹²¹, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975¹²², que ha significado la asunción por la Unión Europea de la moderna concepción de la política de residuos. En su art. 26.2¹²³ insta a las Administraciones Públicas, en el marco de la contratación pública de obras y suministros, a que lleven a cabo la implementación

¹¹⁷ UNIÓN EUROPEA. Quinto Programa comunitario en acción en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Está disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/other/l28062_es.htm Consultado: 28/09/2010.

¹¹⁸ UNIÓN EUROPEA. Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre.

¹¹⁹ ESPAÑA. Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases. Exposición de Motivos

¹²⁰ ESPAÑA. Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases. Disposición Adicional tercera.

¹²¹ UNIÓN EUROPEA. Directiva Comunitaria 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991.

¹²² UNIÓN EUROPEA. Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975.

¹²³ ESPAÑA. Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, art. 26.2 - “Las Administraciones públicas promoverán el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas, en el marco de la contratación pública de obras y suministros”.

de criterios ambientales. La segunda es la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes¹²⁴. Esta ley obliga a las Administraciones Públicas a evitar adjudicar contratos cuyo objeto sea madera proveniente de talas ilegales de terceros países, favoreciendo la adquisición de madera de bosques certificados. Hasta ahora vimos una serie de medidas normativas en el sentido de construir un puente hacia una contratación sostenible. Tanto por lo que se refiere a orientaciones de rango comunitario como a iniciativas del propio Legislador español, dotando a la Administración Pública de mecanismos con los cuales pueda hacer frente a una contratación cuyo único objetivo no sea apenas el precio más bajo sino la propuesta económicamente más ventajosa desde una perspectiva más amplia, que contemple al medio ambiente y los costes generados por productos y prácticas insostenibles ambientalmente. Otras medidas, desprovistas de carácter normativo, dotaron a la Administración con instrumentos al efecto. Así por ejemplo el Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015¹²⁵, destinado no sólo a las Administraciones Públicas, sino también al sector privado. Así también, la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (Horizonte 2007-2012-2020¹²⁶), que hace frente al cambio climático y toma medidas pertinentes en este sentido, estableciendo, por ejemplo, una estrategia de contratación pública, incorporando criterios obligatorios de sostenibilidad¹²⁷.

4.1.1. Innovaciones de la Ley de Contratos del Sector Público: una breve discusión.

Las innovaciones implantadas en el ordenamiento español por la Ley de Contratos del Sector Público, como ya decimos anteriormente, son enumeradas en su Exposición de motivos. La Ley trae o prevé mecanismos – en lo que aquí nos interesa – que permiten introducir en la Contratación Pública consideraciones de cuño social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas. Es una Ley que, según ROMERO ALCÁNTARA, no sólo transpone la Directiva de contratos, sino que, de forma diferente, da a la Contratación Pública un enfoque completamente distinto. Así, nos hace percibir el inmenso impacto de las connotaciones ambientales que impuso la LCSP en la contratación pública en España, por una parte por las exigencias de la Unión Europea en este sentido, pero también con innovaciones del Legislador

¹²⁴ ESPAÑA. Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Exposición de motivos: “- La ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques son fundamentales para el desarrollo económico y social, la protección del medio ambiente y los sistemas sustentadores de la vida en el planeta. Los bosques son parte del desarrollo sostenible -. Esta declaración de la Asamblea de Naciones Unidas, en su sesión especial de junio de 1997, es una clara expresión del valor y el papel que los montes desempeñan en nuestra sociedad”.

¹²⁵ ESPAÑA. Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015. Disponible en: http://www.itl.cat/construccion-sostenible/Bases%20dades%20construccion%20sostenible/temes/fitxers/documents/constr_sost/temes/residus/isa_pnir_26_11_2007.pdf Consultado: 28/09/2010.

¹²⁶ ESPAÑA. Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia – Horizonte 2007-2012-2020. Disponible en: http://www.mma.es/secciones/cambio_climatico/documentacion_cc/estrategia_cc/pdf/est_cc_energ_limp.pdf Consultado: 28/09/2010.

¹²⁷ Se puede leer más en: OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 18.

español, que ha dotado a esta norma de una dimensión sin precedentes, dotándola de una considerable complejidad “a la hora de determinar tanto el ámbito subjetivo como el objetivo de la Ley, cuestiones que encierran gran dificultad posiblemente por la necesidad de pautar la contratación a fin de no dejar espacios exentos en cuanto a su aplicación (...), así pues, la Ley transforma el ámbito subjetivo de su aplicación, ya que pasa de ser Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a Ley de Contratos del Sector Público, con lo cual aproxima su ámbito de aplicación al de las normas comunitaria, incluyendo a todos los agentes del sector público como destinatarios de las citadas normas”¹²⁸.

Sobre aquellos aspectos de delimitación del ámbito subjetivo previstos¹²⁹ en el art. 3 de la LCSP, llama la atención OLLER RUBERT¹³⁰ sobre dos consideraciones. La primera, acerca de que el Legislador español ha sido condenado por el TJUE, en distintas ocasiones, por una trasposición inadecuada de las Directivas¹³¹, ya que determinados entes escapaban de la aplicación de las normas comunitarias sobre contratos. De ahí la propia enumeración que hace el citado artículo de la LCSP, que considera el universo del sector público y, por lo tanto, adopta los criterios funcionales exigidos por la UE respecto de determinados “organismos de Derecho Público”, sometiéndolos a las Directivas comunitarias; para ello se adoptó también la expresión “contratos sujetos a regulación armonizada”. La segunda consideración se refiere al impacto de la dimensión ambiental de la contratación pública, que no afecta sólo a aquellos contratos sujetos a regulación armonizada definidos por los tipos de entes – con referencia a la cuantía y al objeto de los contratos –, dado que éstos ya han de observar lo previsto ambientalmente en la Directiva. Se trata, más allá de este extremo, de que los contratos no previstos en la normativa comunitaria que celebren los poderes adjudicadores han de obedecer a los principios del Tratado, como son la atención al desarrollo sostenible, a la no discriminación, a la libre concurrencia y a la igualdad de trato¹³². Así, hay que pensar que el horizonte de aplicación de aquellos principios posee una *vis* expansiva, abarcando no sólo a los contratos públicos previstos por la Directiva, sino también a los excluidos de ella¹³³. Con todo ello, se concluye que a los contratos

¹²⁸ Se encuentra en ROMERO ALCÁNTARA, F., Op. cit., p. 21.

¹²⁹ Es posible encontrar estudios sobre el ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la LCSP en: ROMERO ALCÁNTARA, F., Op. cit., pp. 19 a 73.

¹³⁰ Se puede acompañar esta discusión en OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., pp. 19 a 21.

¹³¹ UNIÓN EUROPEA. STJUE de 15 de mayo de 2003 y STJUE 13 de enero de 2005. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. (Sentencia Comisión c. España de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)”, *REDA*, núm. 119, 2003, pp. 471-487; y “Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas”, *REDA*, núm. 120, 2003, pp. 667-677;

¹³² UNIÓN EUROPEA. Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen. Disponible en: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-las-comunidades-europeas-de-4-febrero-2010> Consultado: 26/09/2010.

¹³³ UNIÓN EUROPEA. DOE C 179/2 de 1 de agosto de 2006 - Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006). Véase también sobre tales principios y su *vis* expansiva en: 41Asimismo, MORENO MOLINA,

públicos no sujetos a regulación armonizada, los que están por debajo de los umbrales establecidos por la UE, se pueden aplicar los criterios ambientales, y que es ahí donde tienen los Estados miembros libertad para ampliar la aplicación de dichos criterios.

4.1.2. La adición de cláusulas ambientales como requisito para integrar la Contratación pública.

Las preocupaciones por el medioambiente han incidido directamente sobre los contratos públicos, en la llamada “ambientalización” de la contratación pública. Estas preocupaciones se reflejan en la Directiva 2004/18/CEE y, al ser transpuesta ésta al ordenamiento jurídico español¹³⁴, se plasman en la Ley 30/2007, cuyo Preámbulo, como ya se ha citado antes, anuncia cuál será el propósito de dicha norma en materia ambiental¹³⁵. Los artículos de la nueva Ley (LCSP) reproducen fielmente lo dispuesto con carácter voluntario en las Directivas comunitarias, incluyendo, como ya se avanzó *supra*, criterios novedosos en cuanto a consideraciones de tipo medioambiental en la contratación pública¹³⁶, que se reflejan en la dotación instrumental a la Administración Pública para licitar según dichos criterios novedosos, demostrando así que el Legislador español estuvo muy implicado en la introducción de tales criterios.

En esta línea de insertar criterios de sostenibilidad en la contratación pública, el art. 49 de Ley 30/2007 establece la prohibición de contratar con el Poder Público a los operadores económicos que estén en situación irregular, declarada por sentencia firme, entre otras materias, con el medioambiente. En el apartado 1 se indica lo siguiente: “No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurren algunas de las circunstancias siguientes (...). En la letra “a” de dicho apartado, dice que: “Haber sido condenadas mediante sentencia firme por (...) delitos relativos a la protección del medioambiente (...)”. En la letra “c” trae más prohibiciones con base en lo siguiente: “Haber sido sancionadas con carácter firme con infracción grave en materia ambiental de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los

J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, *passim*. In OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 20.

¹³⁴ Es posible verificar los aspectos esenciales de la reforma que el Legislador español introdujo en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en: CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A., Op. cit., pp. 87 y ss.

¹³⁵ En materia de preocupación ambiental España ocupa una situación intermedia en relación a otros países europeos, según se desprende del estudio desarrollado por la Comisión entre los años 2005 y 2006 “Green Public Procurement in Europe 2005 Status Overview”. http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/report_facts.pdf

¹³⁶ La transposición de la Directiva tuvo problemas como vimos en el art. 3 con relación al ámbito de aplicación subjetiva, pero en materia ambiental fue valorada muy positivamente en los informes de los órganos consultivos tanto del Comité Económico y Social en su Dictamen 4/2006, como del Consejo de Estado en el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, que está disponible en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202006.pdf> Consultado: 23/09/2010.

Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación”¹³⁷. De esta forma, la norma pone barreras e impone sanciones a los operadores económicos cuya actuación no sea conforme con las políticas medioambientales implantadas¹³⁸.

Otro punto de convergencia de la norma con la Directiva comunitaria es la adopción como referencia del Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambiental (EMAS), para los contratos sujetos a la regulación armonizadas dentro de los umbrales determinados en la Directiva¹³⁹.

El Etiquetado Ecológico, por otra parte, se considera como una forma de identificar las características ambientales de un producto o servicio, siempre y cuando el objeto de la adjudicación afecte o pueda afectar al medio ambiente. Así, las reglas de prescripciones técnicas¹⁴⁰ podrán incluir criterios de sostenibilidad y de protección ambiental que se imponen a los licitadores¹⁴¹. El art. 101 de la LCSP, en su apartado 6, dice que las formas idóneas de identificar las aludidas características ambientales del producto o servicios son las “etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que éstas sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas.” Sin embargo, haciendo alusión una vez más al principio de la no discriminación, en el final del mismo apartado sexto se aclara que “los órganos de contratación podrán indicar que los

¹³⁷ ESPAÑA. Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

¹³⁸ “Al regular las condiciones de solvencia técnica en los contratos (art.65 y art.67) se considera medio suficiente de acreditación, por ejemplo en el contrato de obras y servicios, la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato”. OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 21 y 22.

¹³⁹ ESPAÑA. Ley 30/2007. Evitando infringir el principio de la no discriminación, transpuesto de la Directiva, la LCSP, en su art. 70 también admite otros sistemas de gestión, como “las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación o sistemas de certificación equivalentes”

¹⁴⁰ ESPAÑA. La Ley 30/2007, art. 101, establece las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas. El apartado 1 de este mismo artículo reza que: “Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios (...), siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medioambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios reglados en los art. 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación”.

¹⁴¹ ESPAÑA. Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación, en el art. 1 trae el objeto de esta ley: “Esta Ley tiene por objeto evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto”. En el Anejo 1 trae las Categorías de actividades e instalaciones contempladas en el artículo 2. Ya en el Anejo 3 de la misma ley, viene la Lista de las principales sustancias contaminantes que se tomarán obligatoriamente en consideración si son pertinentes para fijar valores límite de emisiones, por ejemplo.

productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborados por un organismo técnico oficialmente reconocido”. Ya en el art. 102, donde se prevé el establecimiento de condiciones especiales de ejecución del contrato por los órganos de contratación, el apartado 1 dirá que el establecimiento de estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental, pero, siempre y cuando sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. El estudio de viabilidad, art. 112 de la LCSP, en los contratos de concesión de obras públicas ha de incorporar el estudio de impacto ambiental. En los demás casos, se admite un análisis ambiental de las alternativas y las medidas correctoras que sean pertinentes, así como las medidas protectoras que sean necesarias. También, en el art. 113 de la LCSP se prevé que se haga un anteproyecto de construcción y explotación de la obra (el anteproyecto en función de la complejidad de la misma y del grado de definición de sus características) a los que habrá de adjuntarse una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone (Apartado 2).

El art. 134 de la ley estudiada dispone que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se atiende a los criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales, entre otras. Estos criterios, obedeciendo al principio de la publicidad de los actos licitatorios, y de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, deben figurar, con el correspondiente detalle, en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, como sentencia el apartado 2 del artículo citado.

Por otra parte, el art. 229 de Ley 39/2007 prevé, entre las obligaciones generales del concesionario, en la letra “f”, que “debe proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo”. Y en el art. 230, que trata de uso y conservación de obras públicas, en el apartado 4, prevé que “el concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”,

La Ley 31/2007, de 30 de octubre, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de

los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, así como la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores, como se establece en la Exposición de Motivos. Nuestro examen acerca de la normativa vigente debe contener unas breves referencias a dicha ley, puesto que, “en este caso, el punto de partida es diverso, pues la regulación en norma distinta de la contratación en estos sectores se debe al interés por la Unión Europea de que se aplique efectivamente un régimen público de contratación, pero de manera menos estricta y rígida que el régimen general”¹⁴². La fundamentación, en materia de criterios ambientales, aplicada a los contratos del sector público es muy aproximada entre la Ley 30/2007 y 31/2007, dado que existen previsiones similares en ambas referentes al tema. En la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/2007 se hace referencia a las dos Directivas de contratación, la 2004/17 y 2004/18, además de toda la fundamentación del Derecho Comunitario referente a la materia. Sin embargo, además de las coincidencias entre ambas leyes en materia ambiental, se adicionó el art. 61, sobre criterios de adjudicación, que prevé en el final del apartado 1 que: “En el caso de contratos cuya ejecución tenga o pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente se valorarán condiciones ambientales mensurables tales como el menor impacto ambiental, la eficiencia energética, el coste del ciclo de vida, la generación de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos”¹⁴³.

En materia ambiental, pues, éstos son los aspectos esenciales de la reforma hecha en el sector de contratación pública.

4.2. Planes y actuaciones del Estado para un Contratación Pública verde.

La contratación pública ecológica, como ya ha sido tratado en el Capítulo II, sobre la Unión Europea, tuvo su desarrollo a través de innumerables políticas para el sector. Hubo una movilización internacional en este sentido que reflejó e impulsó medidas desde el ámbito comunitario hasta llegar a los Estados miembros. Al efecto, la UE emitió una Comunicación¹⁴⁴ desde la Comisión justo sobre política integrada de productos en 2003, que llevaba impreso el compromiso contraído un año antes con la OCDE, que hizo la Recomendación sobre contratación pública ecológica¹⁴⁵.

¹⁴² Es útil verificar más sobre el tema, en: FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., Op. cit., p.70 y ss.

¹⁴³ ESPAÑA. Ley 31/2007, de 30 de octubre, art. 61, final del apartado 1.

¹⁴⁴ UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea, Comunicación sobre política integrada de productos-2003.

¹⁴⁵ OCDE. Recomendación sobre contratación pública ecológica-2002.

En una Comisión Interministerial, reunida para incorporar a la Contratación Pública los Criterios Ambientales, se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. Publicado mediante la Orden Pre/116/2008, de 21 de enero¹⁴⁶, tuvo como fuente la Estrategia para el Desarrollo Sostenible de la UE adoptada en el Consejo de Gotenburgo de 2001, que inspiró la integración del factor ambiental en las políticas públicas. La importancia que se atribuía a la incorporación de criterios ambientales y la necesidad de establecer planes de acción en este campo, aparecen por primera vez en la Comunicación sobre Política Integrada de Productos de la Comisión en junio de 2003¹⁴⁷. Después de la aprobación de la Directiva 2004/18/CEE, la Comisión Europea, a través de la Dirección General de Medio Ambiente, junto con los representantes de los Estados miembros, ha venido trabajando con el objetivo de facilitar la elaboración de los Planes Nacionales en cada uno de los países. A través de un estudio se describió cómo iban los Estados miembros incorporando los criterios de sostenibilidad en las legislaciones nacionales. Entre 2005 e inicio de 2006 se desarrolla el Estudio «Green Public Procurement in Europe 2005 Status overview»¹⁴⁸ realizado en los entonces 25 Estados miembros por encargo de la Comisión Europea para evaluar el estado de situación en cada país.

El Estudio pretendía establecer un Revisión de la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo sostenible en el año 2006, donde se incorporan como novedad metas concretas en Contratación Pública. En el apartado que trata de Consumo y Producción Sostenible se fija como objetivo general fomentar patrones en tal dirección, marcando finalidades y objetivos operativos¹⁴⁹, teniendo en mente los resultados alcanzados por los países más sobresalientes en la incorporación de dichos criterios de sostenibilidad. Es en este contexto en el que se elabora el Plan ahora estudiado, que fue el resultado de las estrategias en políticas medioambientales.

El Consejo de Ministro creó, mediante Acuerdo de 22 de mayo de 2006, la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública y es justo esta Comisión la que elabora el Plan de Contratación Pública Verde, cuya finalidad es articular la

¹⁴⁶ ESPAÑA. BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero.

¹⁴⁷ UNIÓN EUROPEA. En esta Comunicación «Se anima a los Estados miembros a que elaboren y pongan a disposición del público planes de acción para la ecologización de su contratación pública». «Deberán elaborarse antes de finales de 2006 y después se revisarán cada tres años.» BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero.

¹⁴⁸ UNIÓN EUROPEA. Estudio Green Public Procurement in Europe 2005 Status overview - Después de analizar más de 1000 pliegos de contratación y 865 cuestionarios, el estudio resalta que existen 7 países – Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Holanda, Suecia y el Reino Unido– que incorporan un mayor número de criterios ambientales en sus contrataciones. Las conclusiones de este documento y sus recomendaciones han servido como base a la Comisión Europea y a los Estados miembros en la formulación de los contenidos de los Planes de cada uno de ellos. BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero.

¹⁴⁹ UNIÓN EUROPEA. Revisión de la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo sostenible (2006): «Aspirar a alcanzar para 2010 en toda la Unión Europea un nivel medio de contratación pública ecológica igual al que han alcanzado hasta ahora los Estados miembros más sobresalientes.»

conexión entre la contratación pública y la implantación de prácticas respetuosas con el ambiente¹⁵⁰. Así, este Plan atiende a los objetivos comunitarios expresados en los diferentes documentos elaborados hasta este momento y atendiendo también a lo dispuesto en la Directiva que crea un marco general para las contrataciones públicas.

El Plan también aspira a ser complemento y apoyo para la implementación de otras políticas estatales diversas de defensa del medio ambiente, como el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética en los edificios de la Administración General del Estado, por ejemplo. Otro ejemplo es el Plan Nacional Integrado de Residuos y la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia, que obedece al Horizonte 2007-2012-2020. También el Plan Nacional Integrado de Residuos 2007/2015¹⁵¹ establece explícitamente entre las medidas preventivas de carácter horizontal la de contar con un programa de compras verdes. Y en lo que toca al reciclaje, un punto fuerte fue el Proyecto de Plan Nacional Integrado de Residuos, en el que estaban previstas diversas medidas para promover y aumentar las demandas de materiales reciclados¹⁵².

Por otro lado, también la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (Horizonte 2007-2012-2020) señala en las medidas del área de cooperación institucional lo siguiente: -“Se establece como meta que en el 2007 la Administración General del Estado aborde un plan de auditoría energética en sus edificios, poniendo en marcha medidas de mejora del ahorro y la eficiencia energética y de incorporación de energías renovables en los mismos. - Introducir en los concursos públicos de contratación de servicios la necesidad de presentar un informe sobre medidas de eficiencia energética utilizadas por los posibles contratos, favoreciendo a las empresas que presenten un modelo de funcionamiento sostenible (también a nivel municipal). - Establecer una estrategia de compras públicas, que incorpore criterios obligatorios de Sostenibilidad y de lucha contra el cambio climático (también a nivel municipal)”¹⁵³.

¹⁵⁰ ESPAÑA. Plan de Contratación Pública Verde: Objetivo general – “Articular la conexión entre la contratación pública y la implantación de prácticas respetuosas con el medio ambiente, de forma que se alcance antes de 31 de diciembre de 2010 la meta establecida por la Comunidad Europea en la Estrategia revisada para un Desarrollo Sostenible”. BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero, p. 5707.

¹⁵¹ ESPAÑA. El Proyecto de Plan Nacional Integrado de Residuos 2007/2015 establece explícitamente entre las medidas preventivas de carácter horizontal a poner en práctica: «La elaboración y adopción de un programa de compras verdes para las distintas administraciones.» BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero, p. 5706.

¹⁵² ESPAÑA. Proyecto de Plan Nacional Integrado de Residuos. Entre las medidas a ser adoptadas en este Plan estaban: «La priorización por parte de las administraciones de la adquisición de determinados objetos fabricados con materiales reciclados.» «A estos efectos, será un factor de gran incidencia la promoción de las políticas de compras verdes por parte de las Administraciones Públicas.» Por lo que respecta a la reutilización, otro de los principios rectores del plan prevé: «En las políticas de adquisiciones públicas se priorizará la compra de materiales reutilizables (...). Esta medida estará incluida en una propuesta general del Ministerio de Medio Ambiente para promover las compras y adquisiciones “verdes” por parte de las Administraciones.» BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero, p. 5706.

¹⁵³ ESPAÑA. Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia – Horizonte 2007-2012-2020. BOE n. 27, 31 de enero de 2008. Orden Pre/116/2008, de 21 de enero, p. 5707.

Así, después de haber pasado por los anteriores planes y políticas medioambientales, tanto en el marco comunitario como en el ámbito del derecho interno español, se alcanza en 2008, finalmente, el aludido Plan de Contratación Pública Verde, cuyo ámbito de aplicación comprende a la Administración General del Estado y a sus Organismos Públicos, y a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. El Plan, en resumen, pretende establecer de modo específico metas cuantificadas para los grupos de productos, servicios y obras considerados como prioritarios para la incorporación de criterios ambientales por la Comisión Europea, y que se incluyen como Anexo. También establece directrices para la incorporación de criterios ambientales en las distintas fases de la contratación. Y de manera general, articula la conexión entre la contratación pública y la implantación de prácticas respetuosas con el medio ambiente, de forma que se alcance antes de 31 de diciembre de 2010 la meta establecida por la Comunidad Europea en la Estrategia revisada para un Desarrollo Sostenible: “Asimismo, se establecen una serie de medidas para la consecución de los anteriores objetivos, como incluir en la relación de bienes y servicios declarados de contratación centralizada, los suministros y servicios objeto del Plan. Además, incluir en el Reglamento de desarrollo de la LCSP entre los criterios de solvencia profesional y técnica de las empresas, las medidas de gestión medioambiental que se estimen oportunas, y realizar acciones de información y formación del personal encargado de la ejecución del Plan, dar difusión al Plan, y fomentar la participación de los agentes económicos y sociales afectados por el mismo”¹⁵⁴.

¹⁵⁴ OLLER RUBERT, Marta. Op. cit., p. 25.

V- CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN BRASIL Y CRITERIOS AMBIENTALES

5.1. Aspectos de la Contratación Pública brasileña: una panorámica.

La caracterización de la función administrativa presenta indudable dificultad, dada la gran diversidad multifacética de la actividad de las Administraciones Públicas. Como punto de partida podemos afirmar, con Bandeira de Mello, “que función pública, en el Estado Democrático de Derecho, es una actividad ejercida en el cumplimiento del deber de alcanzar el interés público, mediante el uso de los poderes instrumentalmente necesarios conferidos por el orden jurídico”.¹⁵⁵

En la búsqueda de la satisfacción del interés público, pilar base de la administración, ésta, en su actividad cotidiana, no solamente se vale de sus agentes para ello, sino que es muy común valerse de órganos y personas ajenas para satisfacer dicho interés público. Eso se refleja tanto en sus actividades internas o domésticas como en las actividades *ad extra*. Cuando el Poder Público se aventura en una colaboración externa a su propia estructura o máquina administrativa para atender a sus funciones, se vale de instrumentos previstos por la Carta Magna y leyes especiales. Así, la administración se vale de contratos públicos con particulares para abastecerse de lo que le hace falta para sus actividades. La contratación viene precedida de instrumentos y procedimientos que culminarán en el objetivo último de esta actuación, que es el contrato público. La obediencia a determinados principios, rectores de la contratación pública, es imprescindible. Hay que garantizar a todos cuantos quieran celebrar contratos con el Poder Público la igualdad de oportunidad entre los concurrentes; además, hay que ofertar la propuesta más ventajosa para que la administración pueda elegir. Más allá de estos principios, otros también rigen la contratación entre la administración y el particular: la legalidad, impersonalidad¹⁵⁶, moralidad, publicidad y eficiencia¹⁵⁷.

La licitación es el procedimiento adoptado por la Administración Pública para seleccionar, entre varias, la mejor propuesta, visando la futura celebración del contrato¹⁵⁸. Y aquella, como una de

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Op. cit., p. 27.

¹⁵⁶ “Aliás, deve-se entender que o simples principio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF) e, a fortiori, perante a Administração – obrigada a agir com “impessoalidade”, nos termos do art. 37, caput, da Lei Magna (...).” Ídem, p. 491.

¹⁵⁷ También el art. 37, caput, de la Constitución Federal incorpora los demás principios citados. Art. 37 – “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).” BRASIL. Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁸ “De pronto importa verificar que, em Brasil a Administração Pública como contratante puede ser la Unión, los Estados, Municipios, Distrito Federal, Territorios, y todas las personas jurídicas que operan en su ámbito descentralizado como

las mayores contratantes, debe adoptar criterios en sus procesos licitatorios¹⁵⁹ que induzcan a los contratados a una mayor observancia de la responsabilidad social con el medio ambiente.

Es entendimiento de algunos autores, como Meirelles¹⁶⁰, Bandeira de Mello¹⁶¹, Di Prieto¹⁶² y Carvalho Filho¹⁶³, que la licitación es requisito para la contratación pública. Es regla preceptiva que por lo general, acatando los principios constitucionales, los ajustes contractuales llevados a cabo por la Administración Pública tienen lugar a través de proceso licitatorio. También en la Constitución se pueden encontrar los fundamentos para una contratación sostenible. Sin embargo, hay que recordar que no todo contrato público proviene de un proceso concurrencial, puesto que la propia ley 8.666/93, de Licitación y Contratos Públicos, contiene en sus arts. 24 y 25 las causas de dispensas e inexigibilidades de licitar para contratar con la administración. Todavía, constatada la necesidad de

prestadoras de servicios públicos. El particular puede ser una persona física o jurídica que se dedique a cualquier ramo de actividad que sea de interés o haya necesidad pública de contratar, y que tenga capacidad según las normas del Derecho Civil". GESTA LEAL, Rogério. Consideraciones críticas al Contrato Administrativo en Brasil. In Dirc. RODRÍGUEZ-ARANDA MUÑOZ, Jaime & et allien. Op. cit., p. 152.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, concordemente con la definición hecha en el Capítulo I, define Licitación como un "certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. Donde, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., pp. 491 y 492.

¹⁶⁰ "A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. A licitação é o procedimento administrativo preparatório do contrato; é condição para a sua formalização. Pela licitação se seleciona a melhor proposta; pelo contrato se vinculam as partes para a consecução de seu objeto". MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitación e Contrato Administrativo*. 14. ed. Malheiros : São Paulo, 2006, p. 26.

¹⁶¹ "É a própria Constituição que a impõe, no art. 37, XXI, cujos termos são os seguintes: 'ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas de proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'. Tal dispositivo contém comandos que, como a diante se verá, introduzem importantes balizamentos a quaisquer normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos no país. Esta mesma exigência é reiterada especificamente para as concessões e permissões de serviços públicos no art. 175, o qual se vale, inclusive, de enérgica linguagem, como estabelecer que serão 'sempre' precedidas de licitação. É bem de ver que outro tanto se passará no caso das concessões de obra públicas, até consideradas 'contratos'. Por isto, umas e outras já se encontravam genericamente abrangidas pelo apreciado art. 37, XXI". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Op. Cit., p. 491.

¹⁶² Di Pietro conceitua licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais se selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 325.

¹⁶³ Para Carvalho Filho licitação é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados seleccionam a melhor proposta entre as ofrecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.

admitir un contrato¹⁶⁴, cual sea de obras, servicios o compras, la Administración debe verificar a través de un proceso administrativo la necesidad o no de recurrir a un proceso licitatorio¹⁶⁵, contando con una cierta discrecionalidad para su actuación, pero dentro de los principios legales que rigen la administración. En este mismo sentido va también la Directiva 2004/18/CEE, en el artículo 7, donde se fijan los importes de los umbrales de los contratos públicos, trayendo casos de exclusiones, en que dicha Directiva no se aplica. Las excepciones están previstas a lo largo de los artículos 10 y 11, como también en los artículos 12 al 18. También está previsto en el artículo 4 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público española, donde se enumera los negocios y contratos excluidos del ámbito de esta ley.

La idea de admitir un proceso licitatorio para que la administración contrate con los particulares fue introducido en el ordenamiento jurídico brasileño en el siglo XIX a través del Decreto 2.926, de 14 de mayo de 1862, comenzando un largo periplo hasta llegar en la actual ley 8.666/93 de Licitación y Contratación Pública¹⁶⁶.

Fue en pleno periodo militar, tras el golpe de 1964, que se dictaron el Decreto-Ley 200/67 y la Ley 5.456/68, sistematizando la materia y extendiendo su vigencia a toda la federación brasileña. El TCU (Tribunal de Cuentas de la Unión), a través del Parecer 158/70¹⁶⁷, quiso que la exigencia de

¹⁶⁴ *“El concepto de contrato administrativo en el Derecho Administrativo brasileño es bastante complejo, configurando relaciones o compromisos que la Administración Pública, o quien ocupe su lugar, ajusta con otro ente de la Administración Pública, o con un particular, y que, por fuerza de la ley, de cláusulas contractuales o del objeto de la relación jurídica, con el fin de proteger el interés público se sitúa en una posición peculiar, ya que en determinados supuestos y mediante circunstancias muy especiales, puede alterar la vigencia o las condiciones de ejecución del contrato unilateralmente, protegiendo el interés que también podrá ser público por la otra parte, o económico. Es interesante observar en este ámbito conceptual como Celso Antônio Bandeira de Mello presenta una división entre los contratos administrativos propiamente dicho y los contratos de Derecho Privado de la Administración, siendo estos últimos los que se regirán por las reglas del Derecho Privado y, los primeros, por el Derecho Administrativo. Como ejemplo de los primeros contratos cita al contrato de compraventa, y como ejemplo del segundo, cita la concesión de servicios públicos.”* GESTA LEAL, Rogério. Op. Cit., p. 152.

¹⁶⁵ Se encuentra más informaciones en PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

¹⁶⁶ Además de esta legislación imperial, sigue al inicio de la República una serie de disposiciones normativas sobre la materia, tales como: *Lei Orçamentária nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, art. 54; Lei nº 3.232, de 5 de janeiro de 1920, art. 73; Decreto nº 4.555, de 10 de agosto de 1922, art. 87 e Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922*. Se puede consultar esta trayectoria en Pereira Junior. Ídem, 2002.

¹⁶⁷ *“As Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades previstas no art. 7º da Lei nº 6.223, de 14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/04/78), não estão adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços, previstos expressamente nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, para os órgãos da Administração Direta e das Autarquias, mas devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelgável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.”* BRASIL. Ley 6.223/75; Ley 6.525/78 y Decreto-Ley 200/67, respectivamente:

observarse los principios de la concurrencia en el proceso licitatorio para que la Administración pueda contratar al particular fuera una constante cotidiana; exigió además dicho proceso tanto para la Administración Pública directa como para la indirecta.

El proceso licitatorio ganó a la postre, en la década de los ochenta, nuevas reglamentaciones, destacando el Decreto 2.300/86, que en su art. 1º establece el estatuto jurídico de las licitaciones, además de los contratos administrativos referentes a obras, servicios y compras, tanto en el ámbito de la Administración Federal centralizada como en el de la Autárquica (Administración Institucional).

Con el advenimiento de la Constitución brasileña de 5 de octubre 1988, en el art. 37, XXI, art. 175 (concesiones y permisos de servicios públicos), el proceso licitatorio pasa a considerarse una exigencia constitucional, para todos los entes federados, constituidos tanto en Administración Directa como la indirecta. El texto constitucional establece la competencia concurrente de los entes federados para dictar normas sobre Contratación Pública, aunque la Unión retiene la competencia exclusiva de emitir normas sobre aspectos generales. Así sucede con la promulgación de la Ley 8.666, de 21 de junio de 1993. Además de ésta, destaca la Ley 10.520¹⁶⁸, de 17 de julio de 2002 (Ley de contratación por la modalidad *Pregão*, para la adquisición de bienes e servicios comunes), así como la Ley 9.636, de 15 de mayo de 1998 (que dispone sobre regularización, administración, *aforamiento*¹⁶⁹ y venta de bienes inmuebles de dominio de la Unión). Han de citarse igualmente las controvertidas leyes de Telecomunicaciones y de Petróleo (respectivamente, Ley 9.472, de 16 de julio de 1997¹⁷⁰ y Ley 9.478, de 6 de agosto de 1997¹⁷¹) cuya constitucionalidad, así como de la anterior citada que establece una nueva modalidad de licitación, es, dicho sea de paso, cuestionable. Pero, aquí no nos cabe este tipo de discusión.

5.2. Respaldo constitucional y de la Legislación Ambiental para una Contratación Pública sostenible.

La Administración Pública es una de las grandes demandantes de bienes y servicios. Este consumo no siempre, en el caso de Brasil, está acorde con la política ambiental implantada en el

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6223.htm / http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6525.htm / http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De10200.htm Consultado: 06.08.2010.

¹⁶⁸ BRASIL. Ley 10.520, de 17 de julio de 2002. JOYCE ANGHER, Anne. Org., Vade Mecum Academico de Direito, Coleção de Leis Rideel, Editora Rideel, São Paulo, 2006, p. 1298.

¹⁶⁹ Contrato por lo cual el propietario trasfiere el dominio útil de un inmueble a otra persona, obligándole a pagar anualmente un *foro*; *emplazamento*, *enfieuse* – especie de impuesto de dominio real.

¹⁷⁰ BRASIL. Ley 9.472, de 16 de julio de 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm Consultado: 06.08.2010.

¹⁷¹ BRASIL. Ley 9.478, de 6 de agosto de 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm Consultado: 06/08/2010.

Ordenamiento Jurídico nacional. Es necesario que al licitar determinados objetos, ésta esté en armonía con el mantenimiento y preservación del medio ambiente. En la búsqueda de esa armonía, la Administración Pública debe programar sus compras, apartándose de productos ambientalmente nocivos para alcanzar la sostenibilidad, dado que es censo común que no todos los recursos naturales son renovables en la naturaleza y algunos escasean.

Como ya ha quedado señalado antes, el procedimiento por el cual la administración contrata es el de licitación, seleccionando entre varias propuestas la mejor. La selección de la mejor propuesta debe traer consigo criterios ambientales para una contratación sostenible, reflejando una mayor preocupación o responsabilidad, por parte de los productores o prestadores de servicios con los aspectos sociales y ambientales. En principio, la adopción de criterios ambientales o de sostenibilidad en los pliegos (*Editais*) queda a la discrecionalidad de los gestores públicos o de las políticas de determinados órganos o Entes públicos, puesto que en la ley de Licitación y Contratos Públicos no están presentes criterios explícitos para tales compras o servicios. Entretanto, Brasil cuenta con una profusa legislación de protección ambiental, comenzando por la propia Constitución Federal, cuyo art. 225 proporciona la fundamentación para que las contrataciones públicas sean ecológicamente más armónicas. Así es, porque quiso la Constitución hacer un llamamiento a la responsabilidad de la administración para el mantenimiento y preservación del medio ambiente, lo que puede implicar que en la aprobación de normas licitatorias y de contratación pública se dé prioridad a las compras y servicios producidos o prestados de conformidad con un desarrollo sostenible.

Una de las primeras leyes de mayor contenido ambiental, que estableció conceptos, principios, objetivos, instrumentos, penalidades, mecanismos de formulación y aplicación, y que instituyó el Sistema Nacional de Medio Ambiente (SISNAMA) y el Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), dentro de la Política Nacional de Medio Ambiente, fue la Ley 6.938, de 31 de agosto de 1981¹⁷². Sin embargo, con anterioridad, la Ley 6.902, de 27 de abril de 1981¹⁷³, dispuso sobre la creación de Estaciones Ecológicas y Áreas de Protección Ambiental. Esta ley, anterior también a la Constitución de 1988, fue integralmente acogida por la Carta Magna en sus preceptos. Con antelación también a la Constitución, fuera instituido el Código Forestal, Ley 4.771, de 15 de septiembre de 1965¹⁷⁴, además de la Ley 5.197, de 3 de enero de 1967¹⁷⁵, instituyendo, por lo tanto, disposiciones de protección a la fauna, que entre otras providencias, prohíbe, en el art. 2º, el ejercicio de la cacería profesional. También es anterior a la norma suprema, el Decreto-Ley de control de contaminación del

¹⁷² BRASIL. Ley 6.938, de 31 de agosto de 1981. Org. JOYCE ANGHER, Anne. Op. cit., pp. 1317-1321.

¹⁷³ BRASIL. Ley 6.902, de 27 de abril de 1981. Ídem, pp. 1316 y 1317.

¹⁷⁴ BRASIL. Ley 4.771, de 15 de septiembre de 1965. Ídem, pp. 1309-1314.

¹⁷⁵ BRASIL. Ley 5.197, de 3 de enero de 1967. Ídem, pp. 1314-1316.

medio ambiente por actividades industriales: Decreto-Ley 1.413, de 14 de agosto de 1975¹⁷⁶. Hay que destacar que estas leyes supra citadas están en pleno vigor, puesto que fueron acogidas por la Constitución Federal de 1988¹⁷⁷.

Posterior a la promulgación de la Constitución, son editadas las siguientes leyes: la Ley, 7.797, de 10 de julio de 1989¹⁷⁸, que crea el Fondo Nacional de Medio Ambiente; la Ley 8.171, de 17 de enero de 1991¹⁷⁹, que dispone sobre la política agrícola, y la Ley 10.831, de 23 de diciembre de 2003¹⁸⁰, que dispone sobre la agricultura orgánica y da otras providencias en este sentido.

Para asegurar la efectividad del art. 225¹⁸¹ de la Constitución Federal y de sus párrafos e incisos, se dictaron leyes de desarrollo acordes con tales dictámenes constitucionales. En este sentido, el inciso I del párrafo 1º del citado artículo constitucional muestra la preocupación de preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y promover el manejo ecológico de las especies y ecosistemas; al efecto, fue desarrollada la Ley 9.985, de 18 de julio de 2000¹⁸², que instituyó el Sistema Nacional de Unidad de Conservación de la Naturaleza, y que a su vez fue reglamentada por el Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002¹⁸³. Por su parte, el inciso II acuerda que se debe preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético. Así, además de la ley anterior que incide sobre ese inciso, se aprueba la Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005¹⁸⁴, que dispone sobre la Política Nacional de Bioseguridad. El inciso III se refiere a la protección, en todas las Unidades de la Federación, de espacios territoriales y de sus componentes, reservándose a la Ley su alteración y supresión y vedando cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección. El IV exige, con reserva de ley, estudio previo de impacto ambiental, al que se dará publicidad, para las instalaciones o actividades potencialmente causantes de significativa degradación del medio ambiente. En el inciso V se pretende controlar la producción, la comercialización y empleo de técnicas, métodos y sustancias que comporten riesgo para la vida, la calidad de vida y el medio ambiente. Más allá de la protección/fiscalización/represión, el inciso VI pretende promover la educación ambiental en todos los

¹⁷⁶ BRASIL. Decreto-Ley 1.413, de 14 de agosto de 1975. Ídem, p. 1316.

¹⁷⁷ BRASIL. Constitución Federal de 1988. Ídem, pp. 43-101.

¹⁷⁸ BRASIL. Ley, 7.797, de 10 de julio de 1989. Ídem, p. 1321.

¹⁷⁹ BRASIL. Ley 8.171, de 17 de enero de 1991, Ídem, p. 1321-1327.

¹⁸⁰ BRASIL. Ley 10.831, de 23 de diciembre de 2003. Ídem, p. 1343 y 1344.

¹⁸¹ La orden constitucional es clara en el sentido de que incumbe al Poder Público asegurar la efectividad del mandato que encabeza el Art. 225 CF: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-la e preservá-la para as presentes e futuras gerações”*. BRASIL. Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Ídem, p. 88.

¹⁸² Esta ley reglamenta los incisos: I, II, III, V y VII del párrafo 1º, del art. 225 de la Constitución Federal. BRASIL. Ley 9.985, de 18 de julio de 2000. Ídem, pp. 1332-1338.

¹⁸³ BRASIL. Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002. Ídem, p. 88.

¹⁸⁴ Esta ley reglamenta los incisos: II, IV y V del párrafo 1º del art. 225 de la Constitución Federal. BRASIL. Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005. Ídem, pp. 1344-1349.

niveles de enseñanza y la concienciación pública para la preservación del medio ambiente; así, vino la Ley 9.795, de 27 de abril de 1999¹⁸⁵, sobre la Educación Ambiental e institución de la Política Nacional de Educación Ambiental. El inciso VII busca proteger la fauna y la flora, vedando, en la forma que disponga la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan los animales a crueldad.

En el párrafo 2º del aludido art. 225 de la misma Constitución se encuentra la recomendación para los que explotan los recursos minerales, obligando a éstos a recuperar el medio ambiente degradado, de acuerdo con solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma que disponga la ley. El párrafo 3º señala que las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente comportarán para los infractores, persona física o jurídica, sanciones penales y administrativas, independientemente de las obligaciones de reparar a los daños causados. Ya el párrafo 4º, declara que la Floresta Amazónica, brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato-Grossense, y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará, en forma de ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, inclusive en cuanto al uso de los recursos naturales; en este sentido, hay una Medida Provisoria 2.186-16, de 23 de agosto de 2001¹⁸⁶ – que trata de la Biodiversidad –, que todavía no ha sido trasformada en ley para reglamentar este párrafo. El párrafo 5º establece que son indisponibles las tierras *devolutas*¹⁸⁷ o arrendadas por los Estado federados, por acción discriminatorias, necesarias a la protección de los ecosistemas naturales. Y, por último, el párrafo 6º prescribe que las Centrales que operen con reactores nucleares deberán tener la localización que se defina en ley federal, sin lo cual no podrán ser instaladas.

Hasta aquí se percibe una inmensa profusión de leyes y mandamientos destinados a la protección de la naturaleza, sus bienes y entornos, aseverado por el párrafo 1º del art. 225 de la Constitución Federal que la efectividad de este derecho estará a cargo del Poder Público. En consecuencia, una de las primeras ideas que vienen a la mente cuando se analiza la Ley de Licitación y

¹⁸⁵ BRASIL. Ley 9.795, de 27 de abril de 1999. Ídem, p. 88.

¹⁸⁶ BRASIL. Medida Provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Ídem, pp. 1338-1343.

¹⁸⁷ *“O Conceito de Terras Devolutas, vem do latim devolvere, devolutu, derrubado, precipitado, lançado à deriva. No latim medieval, devolvere passou a significar pedir transferência, para si, de um bem vago, sem proprietário. Terras devolutas são bens de natureza dominial, vale dizer, integram o patrimônio de pessoa jurídica de direito público, embora não destinadas a uso público nem concedidas a particulares. São terras vagas, não aproveitadas, que podem ser alienadas ou concedidas a particulares. Determina a CF no art. 20: “São bens da União: ...II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. Por outro lado, determina o art. 188, caput, que a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. Adverte, todavia, o art. 225, § 5º, que são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.”* Disponible en:

http://guia.ipatinga.mg.gov.br/dic_glos.asp?page=4&LastPage=0&RegCount=0&stpesq=3&PagAbs=3&PagSize=10&cdpro_fissid=0&cdatividadeint=dic_glos&cdsiteid=0&nmtermo=T&cdtemaid=0&cdsttermo=1 Consultado: 01/09/10. También el concepto de Tierras Devolutas viene en una ley imperial, todavía vigente: Ley 601, de 18 de septiembre de 1850, en el art. 3º. Disponible en: <http://www.italer.al.gov.br/legsilacao/0159400530.pdf> Consultado: 01/09/10.

Contratos Públicos es que al contratar la Administración Pública debe ser cuidadosa con el medio ambiente.

En este sentido, la Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005, de Bioseguridad, establece en su artículo 21, párrafo único, inciso XII, entre otras puniciones, dentro del capítulo que trata de la responsabilidad civil y administrativa, que se prohíbe a la persona, física o jurídica, contratar con la administración pública, por un período de hasta 5 (cinco) años.

También la Ley 9.605, de 12 de febrero de 1998¹⁸⁸, que dispone sobre sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente, establece como sanción la prohibición de contratar. En efecto, en su art. 2º dice que: “Quien, de cualquier forma, concurre en la práctica de los crímenes previstos en esta ley, incide en las penas previstas para éstos, en la medida de su culpabilidad, bien como el director, el administrador, el miembro del consejo y del órgano técnico, o auditor, o gerente, o prepuesto o mandatario de persona jurídica, que, sabiendo de la conducta criminal de otros, deja de impedir su práctica, cuando podía proceder para evitarla”. También el artículo 3º, párrafo único, de la misma ley, responsabiliza a las personas jurídicas de forma administrativa, civil y penalmente, en caso de que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o por el órgano colegiado en el interés o beneficio de la entidad, lo que no excluye la responsabilidad de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho. En esta línea, el capítulo II de la Ley supra comentada, tratando de la aplicación de la pena, en el art. 8ª, enumera las penas restrictivas de derechos, así: I- prestación de servicios a la comunidad; II- interdicción temporaria de derechos; III- suspensión parcial o total de las actividades; IV- prestación pecuniaria; V- recogimiento domiciliar. Y en el artículo 10 de la misma Ley explica en lo que consiste la interdicción temporaria de derechos prevista en el art. 8º, II. Ésta supone que el condenado tiene prohibido contratar con el Poder Público, así como participar en licitaciones, por el plazo de cinco años en el caso de crímenes dolosos, y de tres años en el caso de crímenes culposos.

Así que, aunque la actual ley de contratación pública no exija que la Administración establezca criterios ambientales a la hora de contratar, nada impide a los Entes federados y órganos de la Administración indirecta exigirlos, dado que para ello estaría perfectamente respaldada por la legislación ambiental en vigor, aún más, por la propia Constitución Federal.

¹⁸⁸ BRASIL. Ley 9.605, de 12 de febrero de 1998, que dispone sobre sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente. Org. JOYCE ANGHER, Anne. Op. cit., pp. 1327 y 1328.

5.3. Criterios para la Contratación Pública presentes en la Ley 8.666/1993.

Dentro del concepto expresado *supra* sobre licitación, es pacífico en la doctrina su calificación como un procedimiento o sucesión ordenada de actos que se direccionan a un acto jurídico que se substancia en un contrato. Otra llanura pacífica en la doctrina al analizar la Ley es referente a la selección de la mejor propuesta, que de entrada no se resume en el mejor precio, sino que se añaden otros elementos como mejor técnica – en ciertos casos – o mejor tecnología, para determinados equipamientos, que son parámetros que deben ser observados. Puede ser que la mejor oferta se substancie en un mayor precio (*mayor lance u oferta*), en la hipótesis de venta de bienes por parte de la Administración. Sin embargo, la propia concepción de licitación presupone actos vinculados, en una concatenación de procedimientos que obedecerán a criterios formales que deben ser seguidos por el órgano que licita, para asegurar la validez de la propia figura jurídica puesta en práctica.

Se ha de asegurar a los interesados que participan en un proceso licitatorio la igualdad de condiciones, como exigencia que impone a la Administración la Constitución de la República, prohibiendo cualesquiera privilegios o atenciones a un concurrente en específico, materializadas, por ejemplo, en condiciones específicas que dificulten la participación concurrencial y que perjudiquen la competencia, haciendo inviable el interés público que representa el alcanzar la propuesta más provechosa. Criterios estos que se materializan en el art. 37, inciso XXI¹⁸⁹, de la Constitución de la República y que aportan seguridad jurídica al certamen. Lo que la Constitución proclama son normas generales sobre licitación, cuya aprobación es competencia exclusiva de la Unión. La Ley 8.666, de 21 de junio de 1993, supone un ejemplo de este tipo de norma general¹⁹⁰ federal¹⁹¹, que debe ser observada por todos los entes que componen la federación brasileña. Así, se subentiende que los demás Entes federados pueden emitir normas sobre licitación, siguiendo, ciertamente, los principios orientadores de la Constitución Federal y de la Ley de Licitación. Se debe destacar que hay otra norma

¹⁸⁹ Art. 37 - “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: XXI – ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. BRASIL. Ídem, p. 52 y 53.

¹⁹⁰ Normas generales son “todas aquelas que estabelecem princípios e diretrizes aplicáveis indistintamente a todas as licitações e contratos administrativos, em todo o território nacional”. MEIRELLES, Hely Lopes, Op. cit., p. 44. También es necesario consultar al art. 1º de la Ley 8.666/93, donde se expone el principio generalista de la misma ley.

¹⁹¹ En este sentido, dentro de la Ley 8.666, de 21 de junio de 1993, hay dispositivos que son dirigidos hacia la propia Unión, como los contenidos en el art. 17, sobre donaciones de bienes inmuebles. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, en un parecer, manifestó en una Acción Directa de Inconstitucionalidad, que la Unión al legislar sobre venta de bienes, no puede prohibir a los demás Entes federados que promuevan donaciones de bienes inmuebles integrantes de su patrimonio. ADIn nº 927-3. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1571320> Consultado: 07/08/2010.

de carácter general, emitida por la Unión: es la Ley 10.520, de 17 de julio de 2002, que orienta la adquisición de bienes y servicios comunes. En lo que concierne a las obras y servicios, la Ley de Licitación prevé la elaboración de un proyecto básico aprobado por la autoridad del órgano licitante, como condición de procedimentalidad¹⁹². Además de una perfecta definición del objeto que ha de ser licitado, el órgano debe establecer la cantidad y costes, verificadas la existencia de presupuesto, teniendo que seguir la moralidad de la licitación.

Como presupuestos que orientan a la licitación, Bandeira de Mello enumera tres: un presupuesto lógico, otro jurídico, además de un presupuesto fáctico¹⁹³.

Así se debe proceder, siguiendo los criterios estrictamente, para que la Administración Pública se desvíe lo máximo posible de prácticas predatorias de su patrimonio¹⁹⁴.

Acto seguido, el procedimiento administrativo licitatorio¹⁹⁵ consistirá en elegir la propuesta más ventajosa para la Administración, puesto que, dentro del criterio concurrencial legal, vencerá aquél que la proponga. Así, siguiendo lo establecido en el art. 3º de la Ley de Licitación, la licitación se destina a garantizar la observancia del principio constitucional de igualdad y seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración, que será enjuiciada y juzgada en estricta conformidad con los principios básicos de la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, de la vinculación al instrumento de la convocatoria, del enjuiciamiento objetivo y de los que les son correlativos. Siendo

¹⁹²La definición del objeto es “condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação”. MEIRELLES, Hely Lopes, Op. cit., p. 51.

¹⁹³ “A realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido. Ditos pressupostos são de três ordens, a saber: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; c) pressuposto fático. É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato. Tal pressuposto diz, então, com o tema do chamado ‘objeto singular’ e como o tema identificado como caso de ‘ofertante único ou exclusivo’, (...). É pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover. Posto que a função a tal instituto é servir – e não desservir – o interesse público, em casos que tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração. Como efeito: a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para se chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, seria descabido realiza-la. Embora fosse logicamente possível realiza-la, seria ilógico fazê-lo em face do interesse jurídico a que se tem que atender. Diante de situação desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de ‘dispersa’ de certame licitatório ou os que terão que ser considerados como de ‘inexigibilidade’ dele. É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputa-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há realiza-la. Seria inviável, por exemplo, abrir-se um certame licitatório para obter o parecer de um jurista famoso, (...). Convém determo-nos sobre o que denominamos de ‘pressuposto lógico’ de sua realização. Merecem um tratamento mais detido, pois identificam qual é o objeto licitável.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 503 y 504.

¹⁹⁴ “A Administração Pública gerencial parte do principio de que é preciso combater ao nepotismo e a corrupção”. MATIAS-PEREIRA, José. Curso de Administração Pública. São Paulo: Editora Atlas, 2009, 2ª ed., p. 115.

¹⁹⁵ Hay exigencia para que la Administración proceda al proceso licitatorio cuando la ley le obliga. Quiera leer más en: FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Comentários à Lei de Licitações e Contratos, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, 5ª edição, p. 2.

que, la firma del contrato es la finalidad de dicho proceso – art. 2º, párrafo único de la citada Ley de Licitación.

Además, según criterio básico establecido por el Tribunal de Cuentas de la Unión¹⁹⁶, el proceso licitatorio se desarrolla en dos fases distintas, una interna¹⁹⁷ y otra externa¹⁹⁸, dentro de esta última se encuentra las subdivisiones en otras fases, como la Convocatoria, Habilitación, Competición, Contratación y Ejecución. La primera se refiere a todos los procedimientos antes del lanzamiento del instrumento de convocatoria; es la fase preparatoria de actos. La otra son los procedimientos para la apertura del proceso licitatorio reuniendo todos los requisitos que exige la ley. Entretanto, hay orientación del Tribunal de Cuentas de la Unión que la Ley de Responsabilidad Fiscal¹⁹⁹ trajo nuevos procedimientos a ser observados por el gestor público, principalmente si acarrea aumento de gastos. Otro requisito es que el certamen debe transcurrir en la sede del órgano licitante y solamente en casos excepcionales fuera de él²⁰⁰.

5.3.1. Conceptos de Obras, Servicios y Compras Públicas.

En el derecho brasileño, se denomina *Edital de licitação* al pliego, tanto para la publicidad del certamen como la parte del documento que fija las condiciones por las cuales se efectuará el propio certamen. Según nos predica Bandeira de Mello, la Ley 8.666/93 denomina aviso al resumen del *Edital*²⁰¹ o pliego. En éste, en el aviso-resumen, previsto en el art. 21 de la propia Ley, debe constar la

¹⁹⁶ BRASIL. “*Solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade; Elaboração do projeto básico e, quando for o caso, o executivo; Aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público; Autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado; Elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base no projeto básico apresentado; Estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado; Indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa; Verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, quando for o caso; Elaboração de projeto básico, obrigatório em caso de obras e serviços; Definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.*” Tribunal de Contas da União. *Licitações & Contratos. Orientações básicas*. Brasília, 3ª ed., 2006, pp. 51 y 52.

¹⁹⁷ En la llamada Fase Externa, ocurrirá la convocación, habilitación, competición y contratación de la obra pública o servicio. MATIAS-PEREIRA, José. Op. cit., p. 202.

¹⁹⁸ Se puede leer más sobre las fases (interna y externa) en: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Op. cit., pp. 535-537.

¹⁹⁹ BRASIL. *Estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a despesa e nos dois subseqüentes; Declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual (LOA) e compatibilidade com o plano plurianual (PPA) e com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO)*. Tribunal de Contas da União. Op. cit., p. 52.

²⁰⁰ “(...) O dever pode ser afastado se houver uma razão de interesse público que possa justificar o processamento em outro local.” MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. Curitiba: Zênite Editora, 7ª ed., out 2009, p. 137

²⁰¹ “Pode-se definir o edital da seguinte forma: é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelecendo os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo

indicación sucinta del objeto que se licita, identificación del sitio donde se podrá adquirir el texto completo del pliego y todas las informaciones de la licitación (párrafo 1º).

Para obras y servicios son necesarios determinados actos, bajo pena de nulidad (art- 7º, párrafos 2º y 6º de la Ley de Licitación). Debe haber, según la ley, un proyecto básico, una colección de elementos que defina al objeto, dando elementos que determinen el coste final y el plazo de ejecución. Hay que tener una previsión de presupuesto que detalle la composición de los costes unitarios. Además, hay que contar con recursos presupuestarios, que aseguren la cobertura de las obligaciones con el futuro contratista. Estando comprendidos la obra o servicio dentro de los requisitos trazados por el art. 165 de la Constitución de la República, deben estar contemplados en el Plan Plurianual. Las licitaciones de compras siguen el mismo rigor, puesto que se exige adecuada caracterización del objeto; también se exige indicación de recursos presupuestarios, de acuerdo al art. 14 de la Ley.

Aun así, el art. 6, inciso I de la Ley de Licitación y Contratos Públicos, define la obra como: toda construcción, reforma, fabricación, recuperación o ampliación, realizada por ejecución directa o indirecta. Meirelles nos trae la siguiente definición de obras públicas: “Obra, en sentido administrativo amplio, es toda realización material a cargo de la Administración, ejecutada directamente por sus órganos, o, indirectamente, por sus contratados y delegados. En este concepto se incluyen las obras públicas propiamente dichas y cualesquiera otros emprendimientos materiales realizados o costeados por la Administración centralizada, autárquica (Administración Institucional) o paraestatal”²⁰².

El mismo art. 6º de la ley, pero en su inciso II, define servicios como toda actividad destinada a obtener determinada utilidad de interés para la Administración, tales como: demolición, arreglo, instalación, montaje, operación, conservación, reparación, adaptación, manutención, transporte, locación de bienes, publicidad, seguro o trabajos técnico-profesionales. Sintetiza este concepto legal Pinto Coelho Motta²⁰³, cuando dice que servicio es “toda actividad destinada a obtener determinada utilidad e interés para la Administración (...)”.

Sobre el concepto de compra, el inciso III del mismo artículo nos advierte que es toda adquisición remunerada de bienes para proveer de una sola vez o parcelada. Así, compra sería el resultado de la disputa entre ofertantes, seleccionando objetivamente la propuesta más ventajosa²⁰⁴.

os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 543.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 44.

²⁰³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Op. cit., p. 109.

²⁰⁴ Vid. Con más extensión en MOTTA. Ídem, p. 109.

Dentro de esta línea de raciocinio, compra sería toda adquisición remunerada de bienes suministrados de una sola vez o en parcelas; ésta es la abstracción legal²⁰⁵.

5.3.2. *Licencias Ambientales: Licencia Previa, Licencia de Instalación y Licencia de Funcionamiento.*

Por lo que se refiere a procesos licitatorios para ejecución de Obras y Servicios, el art. 7º de la Ley 8.666/93 nos informa que deben obedecer a la siguiente secuencia: I – proyecto básico²⁰⁶; II – proyecto ejecutivo²⁰⁷; III- ejecución de obras y servicios. El art.6º nos detalla más el contenido de dichos proyectos en el inciso IX como: conjunto de elementos necesarios y suficientes, con nivel de precisión adecuado, para caracterizar la obra o servicio, o complejo de obras o servicios objeto de licitación, elaborado con base en las indicaciones de los estudios técnicos preliminares, que aseguren la viabilidad técnica y el adecuado tratamiento de impacto ambiental del proyecto, y que posibilite la evaluación de coste de la obra y la definición de los métodos y del plazo de ejecución, debiendo contener los siguientes elementos contemplados en las letras de ‘a’ hasta ‘f’; y el inciso X²⁰⁸, que define aquél proyecto como: el conjunto de los elementos necesarios y suficientes para la ejecución completa de la obra, de acuerdo con las normas pertinentes de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas - ABNT. Ya el art. 12, a los aludidos proyectos, añade determinados requisitos expuestos en los incisos de I a VII, estando presente en este último inciso un requisito que nos interesa que es el estudio de impacto ambiental.

En la concepción del proyecto básico, la Administración, ni siempre tiene una visión del todo que representa este criterio que hace parte del proceso de licitación; ni siempre está atenta a que la concepción misma del proyecto básico tiene que cumplir con el requisito de estudio de impacto ambiental. Ejemplo de esto es el proceso de licitación de la Central de Lanzamientos de Alcântara (CLA) – Centro Espacial de Alcântara (CEA) – para ampliación de sus infraestructuras, cuyo proyecto no prestó la debida atención a las exigencias ambientales; en consecuencia, el Tribunal de Cuentas de

²⁰⁵ Sobre definición de compras públicas vid. MENDES, Renato Geraldo. Op. cit., p. 108.

²⁰⁶ El proyecto básico debe ser viable y conveniente su ejecución. Para Maçal Justen Filho: “*Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras; que todas soluções técnicas possíveis foram cogitadas, selecionando-se a mais conveniente; que os prazos para execução foram calculados; que os reflexos sobre o meio ambiente foram sopesados etc*”. FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 12ª edição, 2008, p. 128.

²⁰⁷ El Proyecto Ejecutivo “*exaure todas as cogitações abstratas e genéricas atinentes à obra, de modo a permitir uma atividade de pura execução do referido objeto*”. FILHO, Marçal Justen. op. Cit. p. 129.

²⁰⁸ BRASIL. “*Assim como o projeto básico, muitos gestores municipais também desconhecem a importância do projeto executivo, uma vez que dá início a empreendimentos sem esse projeto.*” Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1328/2008 – Plenário. <http://www.ticontrole.gov.br/portal/pls/portal/docs/804145.PDF> Consultado: 08/08/2010.

la Unión (TCU)²⁰⁹, en una decisión, ordenó que se hicieran constar en el proyecto básico los criterios exigidos en ley.

No solo el proyecto básico puede padecer de este vicio; también el proyecto ejecutivo²¹⁰, que muchas veces lo olvidan los gestores públicos al iniciarse las obras, se realiza ignorando la Ley de Licitación.

La falta de compromiso de los proyectos exigidos por el art. 7º y sus incisos de la Ley de Licitación trae como consecuencia que las obras sean llevadas a cabo con graves deficiencias, con lo que el desarrollo sostenible queda completamente comprometido frente a la constatación de la ausencia de los requisitos objetivos para el otorgamiento de la licencia ambiental. No hay una estandarización²¹¹ de los criterios para que los pliegos sean más claros y directos, lo que podría contribuir a un otorgamiento de licencias objetivo y rápido, evitando, por lo tanto, los atavismos y subjetivismos que caracterizan determinadas decisiones llevadas a cabo hoy en día. Otro ejemplo es la actual obra de una hidroeléctrica²¹² en la región amazónica, donde se han saltado todos los costes y pasivos ambientales²¹³ de una obra tan voluminosa como es la del tipo.

De este modo, un elemento fundamental de exigencia legal es la licencia ambiental²¹⁴. Ésta es necesaria cuando el proyecto tenga un potencial contaminador o degradador del medio ambiente. Debe, además, cumplir todo el procedimiento administrativo, que consiste en varias etapas, para la concesión de dicho permiso ambiental²¹⁵.

²⁰⁹ BRASIL. En una decisión del TCU (acordao), ordena a la citada agencia que haga incluir en su proyecto básico, lo siguiente: "9.4. determinar à Agência Espacial Brasileira, a respeito do Edital da Concorrência 03/2006, que: 9.4.1. faça constar do projeto básico todas parcelas das obras, suficientemente detalhadas em custos e quantitativos, de modo a permitir a elaboração das propostas e impedir, ao máximo, alterações durante a execução; 9.4.2. faça constar do projeto básico a localização exata das jazidas de materiais de terraplenagem, de areia e de brita mais próximas das obras, com base em estudos detalhados que demonstrem a alternativa menos onerosa em termos de distância e de meio de transporte." Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 397/2006 – Plenário. <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/mista/orca/tcu/..%5Ctcu%5CPDFs%5CAcordao3972008-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf> Consultado: 08/08/2010.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1328/2008 – Plenário. <http://www.ticontrôle.gov.br/portal/pls/portal/docs/804145.PDF> Consultado: 08/08/2010.

²¹¹ Jornal Valor Econômico, p. A4, de 12 de abril de 2010. Disponível em: www.valoronline.com.br Consultado: 08/08/2010.

²¹² MAGALHÃES, Sônia Barbosa; DEL, Francisco. Belo Monte de problemas. Jornal Folha de S. Paulo, São Paulo, 02 novembro 2009. Tendências/Debates. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0211200909.htm> CONSULTADO: 19/08/2010.

²¹³ LICENCIAMENTO AMBIENTAL. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 13 de abril de 2010. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/> Acesso em: 19/08/2010.

²¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução Conama nº 237/97, art. 1º, inciso II. <http://www.semob.piracicaba.sp.gov.br/arquivos/Legislacao/Resolucoes/Conama%20237-97.pdf> Consultado: 19/08/2010.

²¹⁵ En una acertada ponderación, Fiorillo, nos dice que: "licenciamento ambiental, por sua vez, é o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de licença ambiental." FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª ed., 2010, p. 205

El estudio de impacto ambiental debe constar en el proyecto básico como elemento indispensable, de acuerdo con los aludidos art. 6º, incisos IX y X, y art. 12, inciso VII, de la Ley 8.666/93 de Licitación y Contratos. Así es conforme con el art. 225, *caput*, e inciso IV de la Constitución Federal. Pero, con dicción aún más clara, el art. 10 de la Ley 6.938/81 nos habla así: “la construcción, instalación, ampliación y funcionamiento de establecimientos y actividades que utilicen recursos ambientales, considerados efectiva y potencialmente contaminadores, bien como los capaces, bajo cualquier forma, de causar degradación ambiental, dependerán de previa licencia de los órganos estatales competentes, integrantes del Sistema Nacional de Medio Ambiente – SISNAMA –, y del Instituto Brasileño de Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables – IBAMA –, con carácter supletorio, sin perjuicio de otras licencias exigibles”²¹⁶.

La concesión de la Licencia Ambiental se articula en tres etapas distintas y sucesivas, aclara Fiorillo²¹⁷: Licencia Previa; Licencia de Instalación; y Licencia de Operación o funcionamiento. La primera se concede en la fase preliminar del planeamiento de las actividades o iniciativas. Esta tiene base legal en la Resolución²¹⁸ CONAMA 237/97, art. 8º, inciso I. La segunda permitirá la instalación de la iniciativa o actividad.²¹⁹ La tercera y última, según Fiorillo, “sucede a la de instalación y tiene por finalidad autorizar la operación de la actividad o empresa, después de la verificación del efectivo cumplimiento de que consta las licencias anteriores”²²⁰.

5.3.3. Modalidades de Licitación.

Según Bandeira de Mello, dentro del sistema brasileño, hay cinco modalidades de licitación clausuladas en el art. 22, de la Ley 8.666/93, de Licitación y Contratos; son éstos: I- Concurrencia (esta modalidad es obligatoria en caso de valores elevados; además, viene precedida de gran publicidad y puede acogerse a ella cualquier interesado que reúna las condiciones establecidas); II- Toma de Precios (está destinada a transacciones de valores medianos, solamente pueden participar las personas previamente inscritas en el registro administrativo) ; III- Envite (esta modalidad es para contratos de valores más bajos que las anteriores, en la cual la Administración convoca a la disputa al menos a tres personas que operen en el ramo del objeto licitado, registradas o no, y fija en local propio copia del instrumento de convocatoria, extendiendo el mismo envite a los registrados del sector pertinente al objeto de que puedan manifestar su interés hasta 24 horas antes de la presentación de las

²¹⁶ BRASIL. Art. 10 de la Ley 6.938/81. JOYCE ANGHER, Anne. Op. cit., p. 1318.

²¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 208.

²¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução Conama nº 237/97, art. 1º, inciso II. <http://www.semob.piracicaba.sp.gov.br/arquivos/Legislacao/Resolucoes/Conama%20237-97.pdf> CONSULTADO: 19/08/2010.

²¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Ídem, p. 28.

²²⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 211.

propuestas); IV- Concursos (es una disputa entre cualesquiera interesados que posean las calificaciones exigidas, para la elección de trabajos técnicos o artísticos, con el intuito de premio o remuneración a los vencedores, conforme el pliego); V- Subasta (es la modalidad utilizable para venta de bienes muebles inservibles a la Administración). Además, hay una sexta modalidad, prevista en la Ley 10.520, de 17 de julio de 2002, denominada *Pregão* (es modalidad para adquisición de bienes y servicios comunes, cualquier que sea el valor estimado de la contratación, en la que la disputa por el suministro se realiza por medio de propuesta y lances en sesión pública)²²¹.

5.3.4. Tipos de Licitación: Mejor Precio, Mejor Técnica, y Técnica y Precio.

Lo que aquí se denomina tipos de licitación, previstos en el art. 45 de la Ley 8.666/93, en realidad son criterios distintos y fundamentales para que se decidan los procesos licitatorios de obras, servicios o compras públicas. En los incisos del párrafo 1º de este mismo artículo se enumeran dichos criterios; éstos son: I- el de menor precio – cuando el criterio de selección de la propuesta más ventajosa para la Administración determina que será vencedor el licitante que presente la propuesta de acuerdo con las especificaciones del pliego o envite y oferte el menor precio; II- el de mejor técnica; III- el de técnica y precio; IV- el de mayor lance u oferta – en los casos de venta de bienes o concesión de derechos real de uso. El párrafo 5º especifica la prohibición de uso de otros criterios que no sean aquéllos previstos en el art. 45.

El criterio de selección de las ofertas son *numerus clausus*, en principio. Pero lo que termina por prevalecer, como regla general, es el criterio del menor precio, dado que los demás – mejor técnica y técnica y precio – están restringidos y adscritos a la rigurosa regulación del art. 46 e inciso 3º, y del art. 45 y su inciso 4º²²².

5.3.5. Ausencia de criterios de sostenibilidad en la Ley 8.666/93: La Administración Pública y su responsabilidad para con el tema.

Actualmente, la preocupación medioambiental ha propiciado una producción legal muy intensa, en el sentido de implicar a los fabricantes/productores en el uso racional de las materias primas e insumos. Es cada vez más necesario que no se desperdicie energía, que se utilicen fuentes limpias de

²²¹ Para mejor explicación de estas modalidades, véase en: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., pp. 516-517 y 524-525.

²²² Para mejor explicación de los tipos de licitación y sus exigencias como criterios, vid. en: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ídem, pp. 561-564.

producción de la misma energía, un mayor aprovechamiento de los recursos hídricos, ya que el agua es un bien muy estimado en la actualidad, por avecinarse su escasez. Se propugna también un consumo más racional, que se consuman menos los recursos naturales. Además, un consumo vinculado a la producción, en el que los desechos son también de responsabilidad de quienes los producen.

En un escenario global actual, el asunto medio ambiente es de tamaño relevancia y está cambiando mentalidades, procesos de producción y consumo; un consumo sostenible, según Costa y Oliveira, donde el consumidor “busca el equilibrio entre su satisfacción personal y la sostenibilidad del planeta”. Partiendo del “presupuesto que la sostenibilidad implica en un modelo que tenga viabilidad económica, que sea ambientalmente correcto y que sea socialmente justo”²²³.

La Administración Pública no está lejos de estos procesos: es consumidora y también responsable del medio ambiente; no puede hurtarse a participar, principalmente como inductora de estos nuevos procesos de producción y consumo, dado que es una de las grandes consumidoras del mercado brasileño. La Ley de Licitación y Contratos debe ser el instrumento por el cual la Administración se dote de requisitos ambientales para compras sostenibles. En la actual ley, los criterios atinentes a obras, servicios y compras están implícitos, no se formulan de forma clara y objetiva, facultando a los gestores públicos para la adopción, o no, de criterios ambientales a la hora de contratar, valiéndose, en caso de adopción de tales criterios²²⁴, de forma subsidiaria, de los mandamientos constitucionales y de la legislación ambiental existente, además de una interpretación de la Ley de Licitación y Contratos.

Como ya se ha dicho más arriba, sobre la evolución histórica de la licitación en Brasil, la Ley de Licitación y Contratos brasileña fue concebida para poner orden en una caótica contratación que tenía lugar antes de la ley, y que dejaba mucho margen para entramados procesos de corrupción²²⁵. En este sentido, en Brasil se incorporó la noción de control de los procesos y no de los resultados. De este modo, los procesos licitatorios son comúnmente vistos como una actividad de medio. En la doctrina, en general, y para Lucas Rocha Furtado²²⁶ en particular, la Administración se vale de los procesos licitatorios como actividad de medio y no como actividad de resultado; de ahí, quizás, la menor preocupación ambiental en los criterios objetivos presentes en la actual Ley 8.666/93. Ésta sería una posible explicación.

²²³ COSTA, Francisco José & OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. Produção e Consumo Sustentável: um estudo de caso. Disponível em: http://www.simpoi.fgvsp.br/arquivo/2009/artigos/E2009_T00030_PCN15725.pdf CONSULTADO: 09/08/2010.

²²⁴ En el ámbito federal, una reciente instrucción normativa se está convirtiendo en el nuevo parámetro para las contrataciones del sector público. BRASIL. Poder Executivo. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010. Disponível em: www.governoeletronico.gov.br/.../instrucao-normativa-no-01-de-19-de-janeiro-de-2010. CONSULTADO: 09/08/2010.

²²⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa & TULLIO, Marco. Manual Prático das Licitações. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª ed., 1999, p 39.

²²⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2ª ed., 2009, p. 1.

De todas maneras, no se puede despreciar el poder de compra de la administración como un instrumento inductor de nuevos procesos tanto de producción como de consumo sostenible, representando además un nuevo paradigma de compras públicas.

5.4. Instrumentos administrativos y legislación ya existentes que podrían garantizar una Contratación Pública ambientalmente sostenible.

Aunque la legislación existente en Brasil, en este momento, no contenga criterios objetivos para una contratación pública sostenible, ello no quiere decir que, como venimos exponiendo en las páginas anteriores, no disponga de mecanismos y también de leyes de protección ambiental. Lo que sucede es que estos criterios están dispersos en la legislación y poco contribuyen para una eficaz licitación preocupada con los temas ambientales. Si no, veamos:

5.4.1. Contratación Sostenible.

Contratación Sostenible/Consumo sostenible, este binomio es la cara de una misma moneda, previstos en la Agenda 21²²⁷, donde hay disposiciones para que reaccionen los gobiernos en el sentido de búsqueda por un equilibrio entre el desarrollo y la preservación del medio ambiente. Esto se consigue a través de cambios de patrones de consumo, la gestión de los residuos sólidos y, aún más, mediante el fortalecimiento de las actuaciones de la industria y del comercio en este contexto. Se deben buscar los productos y servicios que presenten como valor añadido una mayor preocupación ambiental, lo que debe estar presente en un proceso de licitación sostenible²²⁸.

La propalada contratación pública sostenible, dentro de los certámenes actuales, toma en consideración la premisa del mejor precio ofertado para configurar la propuesta más ventajosa, pero también debe añadir a las propuestas empatadas o de precios similares, la preferencia por el producto o servicio que tenga un plus ambiental añadido; éstos deben tener prevalencia sobre los demás que no tengan esta característica. Dado que la adquisición²²⁹ con visión sostenible debe atender no solamente al coste inmediato, sino a todo el proceso de producción y la vida útil del producto, calculando así el

²²⁷ AGENDA 21. <http://www.ecolnews.com.br/agenda21/> Consultado: 10/08/2010.

²²⁸ Carvalho Filho trae la conceptualización de este certamen, como: “*Compra Pública Sustentável ou Licitação Sustentável é um processo por meio do qual as organizações, em suas licitações e contratações de bens, serviços e obras, valorizam os custos efetivos que consideram condições de longo prazo, buscando gerar benefícios à sociedade e à economia e reduzir os danos ao ambiente natural*”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 5.

²²⁹ BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana Stocco; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario; MAZON, Rubens (Org.). *Guia de Compras Públicas Sustentáveis*, 2ª. ed., 2008, p. 25.

valor real²³⁰ y global del mismo. Porque, para el Poder Público, no basta seleccionar determinados productos analizando meramente al precio, sino buscar el producto o servicio que tenga idoneidad desde el punto de vista jurídico, económico, técnico, fiscal, social, de la seguridad, laboral, y además de todo, se debe buscar lo más ventajoso ambientalmente. Así siendo, a los suministradores²³¹, con base en la sostenibilidad, y oponiéndose al antiguo sistema que vislumbraba al menor precio como ventaja, se aplica la regla económica de que la demanda por productos y servicios ambientalmente sostenibles generará una mayor oferta de estos.

5.4.2. Tipos de Evaluación de Conformidad.

En un escenario tal de competencia de mercado que hay hoy en día, el seguimiento y gestión de un producto o servicio por el propio sector de calidad de una empresa no es suficiente teniendo en cuenta la totalidad de los requisitos que el mercado impone para un producto o servicio. Por tanto, se hace necesario cumplir con las normativas que establecen criterios de seguridad y estandarización, además de que sea inofensivo para la salud de las personas y para el medio ambiente.

La Evaluación de Conformidad surge en este escenario de competencia, justamente asumiendo la función de regulación de mercado²³² interno y del mercado globalizado, tornándose una herramienta de comercio con el exterior. De este modo, la Evaluación de Conformidad²³³ puede ser concebida como una forma sistematizada de evaluar un producto o servicio, un proceso o un profesional, atendiendo a los requisitos de las normas o reglamentos anteriormente establecidos.

Hay dos tipos de Evaluación de Conformidad: la Evaluación que se hace de forma obligatoria y la que se hace de forma voluntaria.

La primera se hace en conformidad con exigencias gubernamentales y con la normativa; en este sentido, se direcciona hacia la protección del consumidor, principalmente a lo que se refiere a la seguridad de las personas²³⁴, a la salud y al medio ambiente²³⁵. Además de eso, los productos para ser

²³⁰ Compras públicas sustentáveis. www.ethos.org.br/ci2008Dinamico/site/PPT/painel2_Laura.ppt Consultado: 15.08.2010.

²³¹ Ídem, p. 26.

²³² Disponible en: <http://www.grupocalibracao.com.br/padrao.aspx?texto.aspx?idcontent=1089> Consultado: 16.08.2010.

²³³ Disponible en: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/outrasPub.asp> Consultado: 16.08.2010.

²³⁴ La Evaluación de Conformidad es generalmente obligatoria “quando o objeto em avaliação oferece um grau considerável de risco à saúde ou segurança dos cidadãos, ou ainda ao meio ambiente.” Se puede encontrar mayor información en: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/> Consultado: 16.08.2010.

²³⁵ Disponible en: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/outrasPub.asp> Consultado: 16.08.2010.

comercializados²³⁶ deben pasar por pruebas y ensayos de laboratorio, incluso las instalaciones del fabricante también deben ser evaluadas. Y al final, el producto²³⁷ lleva una etiqueta certificadora²³⁸ del INMETRO²³⁹ (Instituto Nacional de Metrología, Normalización y Calidad Industrial) para ser comercializado, además del símbolo del organismo certificador externo al INMETRO.

La Evaluación Voluntaria, como el propio nombre nos da a entender, está completamente sometida al arbitrio del fabricante y seguramente de perspectivas competenciales, puesto que un producto que dispone de una mejor calificación en este sentido se posicionará mejor frente al consumidor que el que no disponga de este mecanismo. En general, son organismos certificadores²⁴⁰ que gozan de credibilidad y con sus propias etiquetas son los evaluadores de dichos productos.

Lo que pasa con estos mecanismos, en el caso de la Ley de Contratos brasileña, es que no se hace cualquier referencia a él, tampoco lo vincula de manera explícita y objetiva a la contratación pública. Mucho menos se pide que en el objeto a ser adjudicado esté presentes añadidos de cuño ambiental. Pero, como ya analizado en el Capítulo II, en el estudio del Derecho Comunitario, es fundamental que los criterios de adjudicación estén vinculados directamente con el objeto de contrato y no un vínculo de forma subjetiva. También, se debe observar a los principios que establece la Directiva 2004/18/CEE de la libre concurrencia y de la no discriminación, puesto que, se debe siempre admitir otros medios de prueba, con criterios científicos, de que el producto o servicio lleva añadido los criterios de sostenibilidad.

5.4.3. Certificación: de productos y servicios, de sistemas de gestión, de personal, de inspección y de declaración del suministrador.

Productos y servicios de una determinada empresa pueden ser certificados por una institución independiente, que es denominada como Institución Certificadora²⁴¹. En este tipo de certificación el principal objetivo consiste en “proporcionar al consumidor la confianza, seguridad y veracidad de los productos y servicios ofertados”²⁴².

El objetivo de la Certificación de Sistema de Gestión de Personas es patentizar “que una organización funciona de manera estructurada, preocupada con la calidad o con el medio ambiente, y

²³⁶ BRASIL. Inmetro. Saúde e Segurança do Consumidor, p. 17. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/> Consultado: 16.08.2010.

²³⁷ Algunos ejemplos de los productos que llevan el Sello INMETRO se puede encontrar en: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade> Consultado: 16.08.2010.

²³⁸ Ídem, p. 17.

²³⁹ Se puede leer más en: <http://www.inmetro.gov.br/> Consultado: 29.08.10.

²⁴⁰ Ídem, p. 17.

²⁴¹ Avaliação da Conformidade. Disponible en: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/outrasPub.asp> Consultado: 17.08.2010.

²⁴² Disponible en: http://www.oficinadanet.com.br/artigo/910/mecanismo_de_avaliacao_da_conformidade Consultado: 17.08.2010.

que sus empleados tengan noción clara de cómo obtener una cierta calidad o de cómo preservar al medio ambiente”²⁴³. Tiene por finalidad “la gestión²⁴⁴ ambiental, que debe pretender el uso de prácticas que garanticen la conservación y preservación de la biodiversidad, el reciclaje de las materias primas y la reducción del impacto ambiental de las actividades humanas sobre los recursos naturales”²⁴⁵.

Por lo que se refiere a la Certificación de Personal, dicha certificación verificará y evaluará bajo determinados criterios: habilidades, conocimientos y competencias de ciertas categorías profesionales. Unos ejemplos de categorías profesionales²⁴⁶ que pueden ser certificadas, de acuerdo con el INMETRO, son los soldadores o auditores de sistemas de calidad.

Para asegurar, a través de atestado emitido por los propios fabricantes o suministradores, que el producto cumple con ciertas reglas para ser comercializados en el mercado, se emite una Declaración de Suministradores²⁴⁷. Aquéllos garantizan por escrito que su producto está en conformidad con los requisitos exigidos y consecuentemente declarados en dicha certificación.

Este tipo de certificación aparenta tener un aspecto global de la producción. Es esencial que el producto sea acompañado desde su nacimiento hasta el desecho del mismo para tener un ciclo de vida ambientalmente sostenible, pero, como ya dicho anteriormente, recorriéndose al Derecho Comunitario y al Derecho Español, no basta con que en una minería el papel utilizado sea reciclado y que el personal de esta empresa siga rígidas reglas de desecho diario de la basura que produce la oficina de esta empresa, por ejemplo. Hay que observar si el producto de la minería está acorde con las leyes ambientales y se sigue todas las normas y cuidados para no dañar o dañar lo menos posible al medioambiente, además, hay que seguir el producto hasta el final de su vida útil y darle un destino, sea para la reciclaje, sea con la adopción de métodos de destinación donde el medioambiente no sufra grandes impactos con dicho producto. De esta forma, en el análisis de la Ley 8.666/93, no se percibe cualquier referencia a la adopción a estas reglas, mucho menos una prohibición que el producto que no obedezca o no contenga dichos criterios ambientalmente sostenibles no hagan parte del proceso licitatorio.

5.4.4. Etiquetas ecológicas.

²⁴³ Avaliação da Conformidade. Disponible en: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/outrasPub.asp> Consultado: 17.08.2010.

²⁴⁴ Unos tipos de gestión conocidos son: ISO 9000 Y ISO 14000. <http://www.inmetro.gov.br/infotec/outrasPub.asp> Consultado: 17.08.2010.

²⁴⁵ Tipos de indústria. Disponible en: <http://www.brasilecola.com/geografia/tipos-industrias.htm> Consultado: 17.08.2010.

²⁴⁶ Avaliação da Conformidade. Disponible en: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/outrasPub.asp> Consultado: 17.08.2010.

²⁴⁷ Ídem.

Un sistema eficaz para evidenciar las calidades de un producto que trae consigo parámetros de conservación del medio ambiente son las etiquetas. La etiqueta cumple una función informativa para el consumidor, puesto que “determina e informa al consumidor de las características de un producto dado, relacionadas con su desempeño”²⁴⁸. Este tipo de mecanismo es disuasorio y a la vez inductor de buenas prácticas ambientales, dado que disuade al consumidor de comprar²⁴⁹ el producto que gaste más energía, por ejemplo, y estimula a los fabricantes a través de la demanda por productos que llevan añadido una preocupación ambiental.

Un ejemplo de etiquetaje verde es la Etiqueta PROCEL²⁵⁰. Esta etiqueta verifica la eficiencia energética de determinados equipamientos y busca que dichos equipamientos eléctricos presenten niveles óptimos de eficiencia energética. Así, el consumidor tendrá la tranquilidad de que hubo una intervención del Poder Público, dado que para tener dicha etiqueta, la empresa que sea nacional debe pasar por pruebas y ensayos específicos – obedeciendo a determinados parámetros – en laboratorios que estén acreditados por la Etiqueta PROCEL. El uso de dicha etiqueta no es obligatorio; tampoco someter al producto a rígidos parámetros para la adquisición de esta etiqueta, sin embargo, el producto que no la tiene está destinado al escaso éxito comercial.

La existencia de determinadas etiquetas en Brasil, no solo la Etiqueta PROCEL como el uso de la ENERGY STAR americana, están vinculadas a una mayor preocupación con el medioambiente, pero, no del todo, dado que la adopción de las mismas por parte de una empresa que fabrica determinados productos se restringe, en gran medida, al mero campo de concurrencia de mercado, no hace parte de una política de producción y consumo sostenibles, como pasa en la Comunidad Europea, fijada en el Considerando 5, del Reglamento (CE) 66/2010, del Parlamento y del Consejo Europeo. No se verifican aspectos objetivos que estén presentes en la Ley de Contratos del Sector Público de Brasil en el sentido de adoptar medidas y exigencias ambientales, sea determinada por etiqueta “X” o por otros métodos diversos de ésta, siempre que sean científicamente testados, para adjudicar productos o servicios con criterios de sostenibilidad. Así como prescribe el art. 1 del Reglamento, la adopción del etiquetado europeo debe ser voluntario, como es el caso también de Brasil, puesto que en el Derecho Comunitario, en la Directiva de Contratos específicamente, están permitidos otros sistemas de etiquetado ecológico, en obediencia al principio de la no discriminación. También, como ya mencionado en el Capítulo II, MANTECA VALDELANTE Y LOZANO CUTANDA nos informa que las etiquetas ecológicas que hacen referencia a la práctica general de gestión de la empresa que fabrica el producto o que ofrece el servicio, o que se refieren a aspectos éticos y otras cuestiones similares, no

²⁴⁸ Ídem.

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Se puede leer más sobre el Selo Procel en: <http://www.eletrabras.com/elb/procel/main.asp?TeamID={95F19022-F8BB-4991-862A-1C116F13AB71}> Consultado: 29.08.2010.

consisten en los criterios que integran las especificaciones técnicas que exigen las directivas de contratos, dado que, en el proceso licitatorio, los criterios exigidos deben estar relacionados al objeto del contrato.

5.4.5. Instrumentos diversos.

Como ya se ha dicho más arriba, la Administración Pública al comprar pone en práctica un poder enorme de presión, que si es bien utilizado puede servir a la causa ambiental. Reparando en la anterior conducta insostenible de la Administración, la Administración federal lanzó una Instrucción Normativa nº 1/2010²⁵¹, de 19 de enero, del Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión. Esta Instrucción Normativa incorpora criterios de sostenibilidad ambiental que deben ser respetados en los procesos de extracción o fabricación, utilización y la forma como hacer el desecho de un producto o materia prima. El art. 1º de la Instrucción Normativa enumera estos procesos. Al respecto, hay que someter dichos procesos a un parámetro que evalúa el ciclo de vida de un producto (ACV)²⁵².

La ACV supone un cambio paradigmático al contemplar el producto y su valor añadido como una totalidad, desde el momento de extracción de la materia prima hasta el desecho del producto después de consumo final. Por lo tanto, había, para Hinz, la “necesidad de establecer una metodología que facilitase el análisis y los impactos ambientales entre las actividades de una empresa, incluyendo sus productos y procesos”²⁵³. Dicha metodología consiste en “establecer una sistemática confiable que pueda ser reproducida con la finalidad de posibilitar la decisión, entre varias actividades, de aquella que tendrá un menor impacto ambiental”²⁵⁴. La cadena que engloba al ciclo de vida de un producto, en el parámetro de la ACV, empieza “desde el proyecto y la realización del producto hasta la disposición final de los materiales”²⁵⁵. Así, el periplo que hace el producto para Hinz se encaja con lo denominado por Fiskel; para este, aquél periplo es una secuencia de fases relacionadas con un producto, proceso, servicio, instalación o empresa.

Las presiones por un medio ambiente equilibrado y uso racional de los recursos hacen que, con un mayor compromiso de la industria con aquéllas ideas, surja un proceso productivo amplio, concatenado y a la vez planeado para que sus impactos al medio ambiente sean minorados. En cierta manera, es también, “una respuesta de la comunidad de Ingeniería, al impacto del sistema industrial en

²⁵¹ BRASIL. Disponible en: http://www.int.gov.br/Novo/pregao/pdfs/INT_RJ_Instrucao_Normativa_012010.pdf
Consultado: 19.08.2010.

²⁵² ACV (AVALIAÇÃO DO CICLO DE VIDA de un producto) es una sigla en portugués.

²⁵³ BARBIERI, José Carlos & CAJAZEIRA, Jorge Emanuel. Avaliação do Ciclo de Vida do Produto como Instrumento de Gestão da Cadeia de Suprimento – O Caso do Papel Reciclado. Disponible en: http://www.simpoi.fgvsp.br/arquivo/2009/artigos/E2009_T00481_PCN81956.pdf Consultado: 19.08.2010.

²⁵⁴ Ídem.

²⁵⁵ Ídem.

los ecosistemas naturales que la mantiene”²⁵⁶. La reutilización de los insumos, ahora es una prioridad para la Ecología Industrial, puesto que establece la “promoción de procesos de reciclaje de materiales tornando posible un mayor direccionamiento hacia un sistema sostenible”²⁵⁷.

La Instrucción Normativa nº 1/2010 también adoptó medidas para que la extracción de recursos naturales obedeciera a criterios que fundamentan las compras públicas, no tolerando, por tanto, “la explotación excesiva de los recursos madereros, las quemadas y la extracción ilegal de madera”²⁵⁸. En la compra y consecuente utilización de los productos de limpieza se pueden generar residuos contaminantes perjudiciales para la salud y el medio ambiente; por tanto, éstos deben seguir lo recomendado, para su fabricación, por la Agencia de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), que “actúa en el registro y notificación de estos productos, antes de su comercialización, observando los criterios de calidad para garantizar la eficacia y seguridad de estos productos”²⁵⁹.

Éste es un mecanismo muy parecido al que prevé, al adoptar las Reglas para el Establecimiento de prescripciones técnicas, previstas en el art. 101 de la Ley 30/2007 (LCSP de España), la Ley 16/2002 de Prevención y Control Integrado de la Contaminación. En el artículo 1 nos dice que el objetivo de esta ley es alcanzar una elevada protección del medioambiente en su conjunto, preocupándose no solamente de los procesos de producción, como también evitar la producción de residuos, o adoptar métodos de reciclajes, y se no es posible, dando un destino a los residuos producidos de forma que no dañe al medio ambiente.

Lo que pasa en el caso brasileño es que la Evaluación del Ciclo de vida de un producto está previsto por un Instrucción Normativa, por lo tanto no es ley, no tiene fuerza suficiente para imponerse al proceso de licitación sin ser cuestionado uno de los principios que rige este tipo de certamen que es precisamente el principio de la legalidad, además, se puede alegar la adopción de criterios que no prever la Ley, lo que promovería probablemente acciones en el sentido de contestar una posible mitigación del principio de la igualdad entre los concurrentes. De cierta forma, es un instrumento importante de control de las administraciones públicas en el sentido de una mayor protección ambiental, más, a lo que se refiere la utilización como criterios en la adjudicación de los contratos públicos tiene poco o ningún uso.

²⁵⁶ RIBEIRO, Celso Munhoz & GIANNETTI, Biagio F; ALMEIDA, Cecilia M. V. B. Avaliação do Ciclo de Vida (ACV): Uma Ferramenta Importante da Ecologia Industrial. Disponible en: <http://www.hottopos.com/regeq12/art4.htm> Consultado: 20.08.2010.

²⁵⁷ COSTA, Márcio Macedo. Princípios da Ecologia Industrial aplicados à Sustentabilidade Ambiental e aos Sistemas de Produção de Aço. p, 26. Disponible en: <http://www.ppe.ufri.br/ppes/production/tesis/mmdacosta.pdf> Consultado: 20.08.2010.

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponible en: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/935501.PDF> p, 44. Consultado: 20.08.2010.

²⁵⁹ Disponible en: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/home/saneantes> Consultado: 20.08.2010.

5.4.6. *Iniciativas de algunos Entes Federados, Poderes de la República, ministerios y órganos de la Administración para una Contratación Pública sostenible.*

En ausencia de criterios objetivos para una contratación pública sostenible, el gobierno federal de Brasil, como también otros poderes de la República, además de algunos Estados miembros de la federación, comenzaron un movimiento a favor de una contratación sostenible, lanzando las bases para la adopción futura de aquéllos criterios objetivos que carece la Ley de Licitación y Contratos Públicos.

Esta movilización por una sostenibilidad ambiental cuenta con la participación de diversos órganos de la Administración Pública Federal, primero con la creación y luego participación en el Premio Mejores Prácticas de la A3P²⁶⁰, lanzado por una *Portaria* del Ministerio del Medio Ambiente GM/MMA, de 26 de agosto de 2008, reconociendo las iniciativas de los órganos y entidades de la Administración en la práctica y promoción ambiental. También una *Portaria* 221/2004, del Ministerio del Medio Ambiente, creó una Comisión Gestora de la A3P. En seguida se creó la Red A3P, que sirve de comunicación entre los órganos de la Administración afiliada a la red, posibilitando el intercambio de informaciones. Esta red está conectada también a los principios de la Asociación Brasileña de Normas y Técnicas (ABNT) – NORMA ABNT ISO 14001 – Sistema de Gestión Ambiental²⁶¹.

El Parlamento Brasileño, subdividido en Senado²⁶² y Cámara de los Diputados²⁶³, también adoptó medidas de ámbito interno que favorezcan un menor impacto al medio ambiente. El Senado Federal creó el programa Senado Verde, que intercambia informaciones entre los diversos departamentos del órgano. Este programa se destina a la búsqueda de soluciones para minimizar el impacto ambiental y reafirmar el compromiso del Senado de la República con el desarrollo sostenible. Ya la Cámara de los Diputados Federal crea el Núcleo de Gestión Ambiental, donde varias prácticas fueran adoptadas como la aplicación de la legislación ambiental en diversos sectores administrativos de la Casa, reducción del consumo de los recursos naturales y promoción de la educación ambiental.

También el Poder Judicial adoptó medidas en este sentido, a través de la Recomendación nº 11, del Consejo Nacional de Justicia (CNJ)²⁶⁴, donde trae amonestaciones en el sentido de mayor

²⁶⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agenda Ambiental na Administração Pública. Disponible en: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=36>. Consultado: 22.08.2010.

²⁶¹ Agenda Ambiental na Administração Pública. Ministério do Meio Ambiente, 4ª ed., 2007, p. 10.

²⁶² BRASIL. Senado Federal. Programa Senado Verde. Disponible en: http://www.senado.gov.br/sf/senado/programas/senadoverde/quem_somos.asp. Consultado: 22.08.2010.

²⁶³ BRASIL. Poder Legislativo Federal. EcôCâmara. Disponible en: <http://www2.camara.gov.br/responsabilidade-social/ecocamara/conhecaoecocamara>. Consultado: 22.08.2010.

²⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponible en: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3234:recomenda-no-11&catid=60:recomendas-doconselho&Itemid=515. Consultado: 22.08.2010.

aprovechamiento de los materiales, dando también destino a la basura en el sentido de reciclarla, además de adopción de criterios para la adquisición de materiales y la utilización racional de los productos e instalaciones con observancia al medio ambiente.

Como ejemplo para los Estados de la Federación, el Estado de Sao Paulo emite un Decreto 41.629, de 10 de marzo de 1997²⁶⁵, prohibiendo a la Administración Directa e Indirecta la adquisición de productos o equipamientos que contengan sustancias que destruyan a la Capa de Ozono, que es controlada por el Protocolo de Montreal²⁶⁶ y detallado en el Anejo I. También el Decreto 42.836²⁶⁷, de 02 de febrero de 1998, con alteración del Decreto 48.092²⁶⁸, de 18 de febrero de 2003, otorga prioridad a la adquisición, para la flota del Grupo Especial de Vehículos, a los movidos por alcohol. Además, el Decreto 45.643²⁶⁹, de 26 de enero de 2001, obliga a que en las compras públicas, la Administración Pública Estatal, Autárquica y fundacional, adquieran productos que tengan como valor añadido el que los elementos de su proceso de fabricación no dañen al medio ambiente. También en este sentido el Decreto 48.138²⁷⁰, de 07 de octubre de 2003, instituye medidas, en su art. 8º, para una reducción del consumo y racionalización de agua en el ámbito de la Administración Pública Directa e Indirecta. La Resolución CC – 53²⁷¹, de 30 de junio de 2004, instituye el Grupo Técnico, junto al Comité de Calidad de la Gestión Pública, con el objetivo de elaborar estudios y prestar asesoría técnica y jurídica en la área ambiental.

Estas iniciativas vienen colmando la laguna en la Ley de Licitación y Contratos, de formas que, las posturas de los gestores públicos, juntamente con la de los funcionarios en general están cambiando para adoptar una conciencia ecológica, donde una utilización racional de los recursos llevan a un medio ambiente más sano.

²⁶⁵ BRASIL. Decreto 41.629, de 10 de marzo de 1997, del Estado de Sao Paulo.

<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/171822/decreto-41629-97-sao-paulo-sp> Consultado: 28.08.2010.

²⁶⁶ PROTOCOLO DE MONTREAL - <http://www.ecoportal.net/content/view/full/12000> Consultado: 28.08.2010.

²⁶⁷ BRASIL. Decreto 42.836, de 02 de febrero de 1998, Estado de São Paulo. <http://www.ambiente.sp.gov.br/uploads/arquivos/licitacoessustentaveis/Decreto%20Estadual%2042836%2002-02-1998.pdf> Consultado: 28.08.2010.

²⁶⁸ BRASIL. Decreto 48.092, de 18 de febrero de 2003, Estado de Sao Paulo. <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/162965/decreto-48092-03-sao-paulo-sp> Consultado: 28.08.2010.

²⁶⁹ BRASIL. Decreto 45.643, de 26 de enero de 2001. Estado de Sao Paulo. <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/131306/decreto-45643-01-sao-paulo-sp> Consultado: 28.08.2010.

²⁷⁰ BRASIL. Decreto 48.138, de 07 de octubre de 2003. Estado de Sao Paulo. <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/162916/decreto-48138-03-sao-paulo-sp> Consultado: 28.08.2010.

²⁷¹ BRASIL. Resolución CC – 53²⁷¹, de 30 de junio de 2004. Estado de Sao Paulo. http://www.cgpp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/Guia-de-compras-publicas-sustent%C3%A1veis.pdf Consultado: 28.08.2010.

5.5. *Nuevos retos para la Contratación Pública con la introducción de criterios ambientales a la hora de licitar – Proyecto de ley para la reforma de la Ley 8.666/1993 en trámite en el Parlamento brasileño.*

Las exhaustivas alusiones a las deficiencias de la Ley 8.666/93, de Licitación y Contratos Públicos, referente a que estableciera criterios objetivos para que la Administración no esté siempre a la espera de un gestor público concienciado ambientalmente y que contrate vislumbrando una mayor protección y preservación del medio ambiente, es algo patente. Sin embargo, esto no está del todo invisible a los ojos de los legisladores, puesto que, ya ha mucho tiempo que tramitan dos proyectos de leyes para reformar a la Ley de Licitación e imponerle criterios objetivos en la contratación pública.

En este sentido, uno de los dos proyectos de leyes presentados es el proyecto PLS 40/2003²⁷², del Senador de la República, Osmar Días²⁷³, que sugiere cambios en la Ley 8.666/93, en su art. 3. El párrafo 2º del mismo artículo dice lo siguiente: “En igualdad de condiciones, como criterio de desempate, será asegurada preferencia, sucesivamente, a los bienes y servicios: (...)”. El cambio se dará en el inciso IV, dándole la siguiente redacción: “poseedores de certificación ambiental, emitida por entidad con competencia reconocida por órgano federal de metrología, normalización y calidad industrial”. De esta forma, como criterio de desempate, operarían ciertos criterios objetivos de carácter ambiental en la contratación de bienes y servicios.

²⁷²BRASIL. Proyecto de Ley PLS 40/2003, Senado de la República. <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/odias/trabalho/Projetos/Projetos/Projeto2003/pls40.m> Consultado: 17.08.10.

²⁷³ En la justificación del Proyecto de Ley PLS 40/2003, el Senador Osmar Días, hace las siguientes consideraciones: “O mercado consumidor – o internacional em particular – demanda produtos que ofereçam garantia não só de qualidade, mas também de fabricação segundo processos ambientalmente sustentáveis. Essa exigência reflete um anseio de combinar a atividade econômica com a defesa do meio ambiente, segundo o princípio do desenvolvimento sustentável. De acordo com esse princípio, impõem-se a defesa e a preservação do meio ambiente para o atendimento das necessidades tanto das atuais como das futuras gerações. O conceito de certificação ambiental ultrapassa a definição de “marca de conformidade”, concedida ao produto que, após testes em laboratório credenciado, atinge um nível mínimo de qualidade exigido por alguma norma vigente, em questões relativas ao seu uso. Entre os aspectos básicos da certificação ambiental estão: a natureza voluntária e independente, pois é aplicada por terceiros a quem se disponha a integrar o sistema; a forma de premiação, que, como tal, transforma o selo verde em instrumento de propaganda das empresas; o caráter de informação ao consumidor. Em função do caráter geral que devem ter as prescrições da União a respeito dos procedimentos licitatórios, consideramos oportuno que o poder público passe a dar preferência, nas compras públicas, em igualdade de condições e como critério de desempate, aos bens com certificação ambiental. Essa proposta apresenta as seguintes vantagens: não fere o caráter voluntário dos programas de certificação; não restringe a participação de interessados na licitação; não introduz regras específicas na Lei de Licitações, que tem caráter geral; promove o papel do Estado como indutor da preservação do meio ambiente, em obediência ao art. 225 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Diante do exposto, esperamos contar com a compreensão de nossos Pares para a aprovação desse Projeto de Lei, que, ao nosso ver, constitui uma importante iniciativa do poder público para a preservação do meio ambiente”. Ídem.

Otro proyecto de ley, PLS 247/2008²⁷⁴, del también Senador de la República, Gerson Camata, sugiere otro cambio en la Ley 8.666/93, referente al control del origen de la madera utilizada en obras públicas. El texto del proyecto propone que toda madera usada en obras públicas “deberá ser comprobadamente oriunda de un plan de gestión forestal sostenible debidamente aprobado por órgano ambiental competente”²⁷⁵. Estas propuestas fueron aprobadas por la Comisión de Medio Ambiente, Defensa del Consumidor y Fiscalización y Control (CMA). El proyecto ha pasado ahora a la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía (CCJ), donde será debatida y votada en decisión terminativa. Si se convierte en ley dicho proyecto, la madera tendrá que ser certificada para que esté en la pauta de compras públicas.

Hasta este momento, toda contratación pública con preocupación ambiental cuenta apenas con la consciencia de gestores públicos que apliquen las normas existentes de manera supletoria a la Ley de Licitación y Contratos. Los decretos, recomendaciones, *portarias* y resoluciones, frente al Principio de la Legalidad, carecen de fuerza suficiente para hacer frente a demandas judiciales llevadas a cabos por licitantes que se sientan perjudicados con las exigencias de los criterios ambientales que los propios no cuentan en sus productos o servicios. Hay que esperar que aquéllos proyectos de leyes sean votados y aprobados por el parlamento, caso contrario se seguirá claudicando en los instrumentos que ora disponemos en las esparzas legislaciones.

²⁷⁴ BRASIL. Proyecto de Ley PLS 247/2008, Senado de la República. FONSECA, Laura. Certificação ambiental deverá ser critério de desempate em licitação, Agência do Senado. <http://www.infojus.com.br/noticias/certificacao-ambiental-devera-ser-criterio-de-desempate-em-licitacao/> Consultado: 16/08/2010.

²⁷⁵ Ídem.

II – CONCLUSIONES

El objeto perseguido con este trabajo ha sido la comparación entre la legislación federal brasileña y la europea en materia de contratación pública y ambiental, con una somera atención a un ente federado, Sao Paulo, que ofrece un contrapunto a la inexistencia en la ley federal de criterios objetivos para una contratación pública verde.

De todo lo dispuesto y estudiado en el Derecho Comunitario y consecuentemente en el Derecho nacional español, en lo que se refiere a la introducción de cláusulas ambientales en la Contratación Pública, se deduce una grata y exitosa implementación. Como fue expuesto en el Capítulo III, donde tratamos de la trasposición de la Directiva de contratos para el Ordenamiento Jurídico español, el legislador no se limitó a copiar a la Directiva sino implementó elementos nuevos a la Ley de Contratos del Sector Público. Sin embargo, todo ese progreso se debe indudablemente a la contribución hecha por la Unión Europea, que imprimió una política sostenible que pasó transversalmente a todo Derecho Comunitario, influenciando posteriormente a los Estado miembros.

Es también saludable destacar que muchas iniciativas, a lo que respecta a las llamadas compras públicas verdes, surgieran, antes que la actual Ley la implantara, de las iniciativas autonómicas y municipales. Aunque estas iniciativas no han sido tratadas en este trabajo, solo apenas mencionadas, vale la pena subrayarlo, puesto que, a la falta de una política clara en Brasil sobre la contratación pública verde, también algunos Estados de la Federación se han mostrado pioneros en la materia. Esto nos hace pensar que, tal cual el ejemplo español, pudiesen evolucionar en su política verde de contratación, o también crear una completamente nueva en este sentido para ser aplicada de forma global en Brasil.

Destacamos en este trabajo, a lo largo de los capítulos, principalmente en el Capítulo I, la gran cantidad de recursos públicos empleados en las compras públicas y el consecuente impacto que puede tener estos voluminosos recursos en el mercado para cambiar políticas, hábitos y mentalidades, además de cambios en el propio mercado. Esto se constituye en una gran arma y en poder de presión para que los poderes públicos puedan implementar una política verde con un gran impacto en el conjunto de la sociedad. No quiere decirse con eso que los criterios ambientales previstos en las Directivas de contrato se impongan a los Estados miembros, pero creemos que toda la política verde implementada por la UE, de cierta forma, no deja otra posibilidad a la Comunidad de Estados que adoptar dichos criterios, puesto que, el Estado que no los adopte, de una forma o de otra, se verá marginalizado dentro del ideario político, económico y social del bloque. Entretanto, el uso de dicho criterios, en la medida en que sean adoptados por los Ordenamientos Jurídicos de dichos Estados miembros, no es libre de

utilización; hay – de una cierta forma redundante – criterios para el uso de los criterios ambientales como queda patente en la jurisprudencia del TJUE, que fue posteriormente acogida por la Directiva de contratos. Al establecer los criterios ambientales para la contratación, el órgano o ente adjudicador debe hacerlo con vinculación al objeto de contrato, no permitiéndose un criterio ajeno al objeto del contrato o que lo soslaye. Los principios existentes en el Tratado y los que son atinentes a la contratación pública – principalmente la libre competencia, alma de ésta – deben estar todo el tiempo presente al lado de dichos criterios ambientales, evitando con eso desvirtuar el real propósito de las llamadas compras verdes o los propósitos a que obedece la contratación pública. Por lo tanto, obedeciendo al principio de la publicidad de los actos públicos, las cláusulas ambientales deben ser mencionadas de forma clara y expresamente acogidas en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. No pueden establecerse de forma arbitraria, por sorpresa o de forma tendenciosa por parte de la Administración Pública.

La llamada ecologización de la contratación pública es un reto que tiene múltiples facetas: está por un lado la uniformización del mercado interior, esencial en la UE, y también, es consecuencia de una mayor preocupación ambiental, como expresa la abundante legislación ambiental del Derecho Comunitario. Todo eso se traduce en racionalizar los recursos naturales y contar con ellos durante mucho más tiempo de lo que presupondría una explotación irracional, que llevaría a una escasez precoz de dichos recursos, con los consecuentes impactos económicos, sociales y ambientales – estos últimos, causa de todo ello.

Las ecoetiquetas van al encuentro de dicha política verde de contratación, pues, presuponen un estándar de fomento de los productos sostenibles, que cumple funciones diversas: facilita que el productor manifieste de una forma clara y fiable que su producto adopta los criterios ambientales a lo largo de su proceso de producción, evitando con ello su postergación respecto de otros productores; además, provee al ciudadano/consumidor de un medio para conocer el producto que consume, y juntos, forman una conciencia colectiva de que es necesario proteger al medioambiente como forma, también, de proteger la sociedad y la vida de las personas, consideradas individualmente.

Las enseñanzas que proporciona el estudio del Derecho Comunitario y del Derecho español se relacionan a continuación con el Derecho brasileño, cuestionándonos si la misma preocupación ambiental se refleja en la contratación pública de dicho Ordenamiento Jurídico. A lo largo del estudio comparativo hemos verificado que los criterios ambientales no están presentes de forma objetiva en la ley brasileña de contratos públicos, sino que sólo contempla un estudio de impacto ambiental para obras que tengan un potencial efecto contaminador. Aquellos criterios no están siquiera mencionados para las compras y servicios públicos. Sí hemos comprobado la existencia de mecanismos creados por los poderes públicos para controlar a las empresas, en el sentido de evitar grandes impactos

ambientales, a la luz de la harta legislación ambiental que dispone el país. También hemos constatado la existencia de iniciativas de órganos públicos y entes federados que cuentan con dispositivos atinentes a una contratación sostenible, es el caso del Estado de Sao Paulo que emitió numerosos Decretos que regulan dicha materia. En el ámbito federal, constatamos la existencia de una Instrucción Normativa que condiciona la contratación a determinados criterios ambientales.

El problema de todo esto es que el no disponer de criterios objetivos en la ley que definan una contratación pública sostenible causa una cierta inseguridad jurídica, puesto que, siguiendo el principio de legalidad, los demás mecanismos e instrumentos existentes en las legislaciones dispersas no pueden mitigar los “derechos” de los agentes económicos relacionados con el principio de la libre competencia y de la no discriminación, pudiendo incluso demandar en los tribunales por sentirse perjudicados.

Siguiendo con este problema, comprobamos que hay desde 2003 dos proyectos de ley tramitando en el Senado Federal que pretenden reformar la ley 8.666/93 para introducir criterios ambientales en el art. 3, párrafo 2, añadiendo un nuevo inciso que prevea que el producto que ofrezca un plus ambiental se beneficie de esta característica, en caso de empate de las propuestas, como un punto de desempate. El otro proyecto, también del Senado Federal, prevé que la madera comprada por las Administraciones Públicas sea procedente de talas certificadas. Estos proyectos están en este momento en la Comisión de Constitución y Justicia del Senado y todavía no logró convertirse en ley para modificar la Ley de Contratos.

Ya en lo que se refiere a la existencia y el uso de las ecoetiquetas, constatamos que Brasil dispone de tales etiquetas y que su uso es corriente, tal cual en el caso europeo. Lo que pasa, a diferencia de Europa, es que dichas etiquetas no tienen un tratamiento normativo amplio y uniformizado para ser exigidas como opción a la hora de comprobar que el producto obedece a los criterios ambientales en la adjudicación de los contratos y posterior ejecución de los mismos. Ni siquiera la ley, como decimos, exige tales criterios.

Así, al día de hoy, lo que hay de contratación sostenible en Brasil comparable a los patrones europeos se encuentra en legislaciones dispersas que no abarcan a todos los órganos públicos y entes federados, de manera que queda a la discrecionalidad de los administradores la consecución de una contratación pública sostenible. Hay una fundamentación en la Constitución Federal y en las leyes ambientales del país para implantar dicha contratación sostenible, pero, mientras no se plasme en la Ley, puede ser rebatida la utilización de dichos criterios frente a una posible mitigación de los principios de la legalidad, de la no discriminación y de la libre competencia. Este es el estadio en que se encuentra actualmente la Ley de Contratos Públicos brasileña. El lado positivo es que las actuaciones precursoras de una contratación pública verde, por parte de unos entes federados y de

algunos órganos públicos federales, crean un *Know How*, para una futura implementación de aquellos criterios ambientales, además de contar con los mecanismos e instrumentos ya existentes para una contratación sostenible. Lo que falta es una política pública clara y uniforme para el sector.

III – REFERENCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 18ª Edição, São Paulo, 2005.
- BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana Stocco; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario; MAZON, Rubens (Org.). Guia de Compras Públicas Sustentáveis, 2ª. ed., 2008.
- CAYUELA SEBASTIÁN, Luis. Los contratos de las administraciones públicas – Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y normas de desarrollo, Ediciones Estudios Financieros, 3º Edición, Madrid, 1997.
- CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A. Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector público, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASSESE, S., “Il Diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali”, Diritto Amministrativo Comunitario (a cura de Vandelli, Bottari e Donati), Rimini, 1994. In CANALES GIL, Álvaro & HUERTA BARAJAS, Justo A. Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector público, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2008.
- CRETELLA JR. Os cânones do direito administrativo en Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 97, janeiro/março de 1988.
- DELGADO PIQUERAS, F. “Ambiente y Comercio: la ecoetiqueta europea”, Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, núm. 1, 1998.
- ESTEVES PARDO, José. Derecho del medio ambiente, Editora Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel. Contratación pública con criterios de sostenibilidad – Situación actual y perspectiva, Boletín Económico de ICE, nº 2830, de 10 a 16 de enero de 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La ecoetiqueta comunitaria”, Noticias de la Unión Europea, núm. 153, 1997.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. “El régimen de incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007”, Contratación Administrativa Práctica, núm. 80, 2008.
- FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 12ª edição, 2008.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª ed., 2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2ª ed., 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Sentencia Comisión c. España de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)”, REDA, núm. 119, 2003.
- “Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas”, REDA, núm. 120, 2003.
- GESTA LEAL, Rogério. Consideraciones críticas al contrato administrativo en Brasil in RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime & (Direcs), La contratación administrativa en España y Iberoamérica, Editorial Cameron May y Junta de Castilla y León, Londres, 2008.
- GIMENO FELIU, J.Mª. “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y ambientales”, Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Atelier, Barcelona, 2004.
- JOYCE ANGHER, Anne. Org. Vade Mecum Academico de Direito, Coleção de Leis Rideel, Editora Rideel, São Paulo, 2006.
- LOPES MEIRELLES, Hely. Licitação e Contrato Administrativo, 13ª ed., Malheiros Editores, 2002.
- LÓPEZ TOLEDO, P. “Contratación pública y Medio ambiente”, Contratación Administrativa Práctica, núm. 33, 2004.
- LOZANO CUTANDA, B. Derecho Ambiental Administrativo, Dykinson, Madrid, 2009.
- LOZANO CUTANDA, B. “La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea”, Revista interdisciplinar de gestión ambiental, núm.30, 2001.
- MANTECA VALDELANTE, V. “Etiqueta ecológica europea”, Unión Europea Aranzadi, vol. 33, núm.1, 2006.
- MATIAS-PEREIRA, José. Curso de Administração Pública. São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed., 2009.
- MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. Curitiba: Zênite Editora, 7ª ed., out 2009.
- MESTRE DELGADO, J.F. “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REAL, Núm. 291, 2003.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Editora Atlas, 2009.
- MORENO MOLINA, J.A. Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas, Bomarzo, Albacete, 2006.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Belo Horizonte, Del Rey, 10ª edição, 2005.

- OLLER RUBERT, M. Saneamiento de agua residuales y reforma del Derecho administrativo, Atelier, Barcelona, 2008.
- . La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública. Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. I, Número 1 (2010): 1 – 34, Estudi, Castellón, 2010.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, La contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Navarra, 2002.
- PLEITE GUADAMILLA, F. “Criterios ambientales en la contratación pública”, Contratación Administrativa Práctica, núm.57.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. “El Derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos público”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir), Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 2004.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar , 2002.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa & TULLIO, Marco. Manual Prático das Licitações. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª ed., 1999.
- RIVERO YSERN, Enrique, El procedimiento de la formación de la voluntad en los contratos administrativos in RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime & (Direcs), La contratación administrativa en España y Iberoamérica, Editorial Cameron May y Junta de Castilla y León, Londres, 2008.
- ROMERO ALCÁNTARA, F. El ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la LCSP. Las normas específicas de contratación en las entidades locales, in ROMERO HERNÁNDEZ, Salvador (coord.). Contratos del sector público, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, Dionisio. La política ambiental comunitaria: especial referencia a los programas de acción. Separata de la Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1985.
- SCHMIDT ASMANN, E. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- TÁCITO, Caio. Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1975

DOCUMENTOS EN INTERNET

- BARBIERI, José Carlos & CAJAZEIRA, Jorge Emanuel. Avaliação do Ciclo de Vida do Produto como Instrumento de Gestão da Cadeia de Suprimento – O Caso do Papel Reciclado. Disponible en: http://www.simpoi.fgvsp.br/arquivo/2009/artigos/E2009_T00481_PCN81956.pdf
- COSTA, Francisco José & OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. Produção e Consumo Sustentável: um estudo de caso. Disponível em: http://www.simpoi.fgvsp.br/arquivo/2009/artigos/E2009_T00030_PCN15725.pdf

- COSTA, Márcio Macedo. Princípios da Ecologia Industrial aplicados à Sustentabilidade Ambiental e aos Sistemas de Produção de Aço. p, 26. Disponible en: <http://www.ppe.ufrj.br/pppe/production/tesis/mmdacosta.pdf>
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José M. & RUEDA LÓPEZ, Nuria. La dimensión y el papel del sector público en los países de la Unión Europea: tendencias recientes, Tribuna de Economía – ICE, nº. 827, diciembre de 2005, p. 225 y ss. http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/ICE_827_223-241_344E2904598EF2AF7A3A81D19AF80F40.pdf
- FONSECA, Laura. Certificação ambiental deverá ser critério de desempate em licitação, Agência do Senado. <http://www.infojus.com.br/noticias/certificacao-ambiental-devera-ser-criterio-de-desempate-em-licitacao/>
- RIBEIRO, Celso Munhoz & GIANNETTI, Biagio F; ALMEIDA, Cecilia M. V. B. Avaliação do Ciclo de Vida (ACV): Uma Ferramenta Importante da Ecologia Industrial. Disponible en: <http://www.hottopos.com/regeq12/art4.htm>

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

- Tratado de Funcionamiento de la UE.
- Directiva 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969 - DOUE L-13, de 19 de enero de 1970.
- Directiva 71/304/CEE, de 26 de julio - DOUE L-185, de 16 de agosto de 1971.
- Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio – DOUE L-185, de 16 de agosto de 1971.
- Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio - DOUE L-185, de 16 de agosto de 1971.
- Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976 - DOUE L-13, de 15 de enero de 1977.
- Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976 - DOUE L-13, de 15 de enero de 1977.
- Directiva 88/295 - DOUE L-127, de 20 de mayo de 1988.
- Directiva, la 89/440/CEE, de 18 de julio - DOUE L-210, de 21 de julio de 1989.
- Directiva 89/665/CEE - DOUE L-395, de 30 de diciembre de 1989.
- Directiva 90/531/CEE - DOUE L-297, de 29 de octubre de 1990.
- Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio - DOUE L-209, de 24 de julio de 1992.
- Directiva 93/367/CEE, de 14 de junio – DOUE L-199, de 9 de agosto de 1993.
- Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio - DOUE L-199, de 9 de agosto de 1993.
- Directiva 2004/17/CEE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo - DOU L-134, de 30 de abril de 2004.
- Directiva 2004/18/CEE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo - DOU L-134, de 30 de abril de 2004.
- Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre - DOUE de 20 de diciembre de 2007.

- Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001.
- Reglamento (CE) Nº 66/2010, de 25 de noviembre de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Decisiones 1206 y 1207/1961, de 18 de diciembre - DOUE nº 2, de 15 de enero de 1962.
- La Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985- Doc. 136, de 4 de junio de 1984.
- Protocolo de Modificación del Acuerdo sobre Compras del Sector Público, de 12 de abril de 1979, aprobado en 2 de febrero de 1987.
- Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior.
- Libro Verde, 27 de noviembre de 1986, Comunicación por la Comisión.
- Comunicación de la Comisión sobre los “Contratos Públicos en la Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998 - COM (98) 143.
- Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre “la elaboración Comunitaria de Contratos Públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”, en 11 de marzo de 1998 - COM (2001) 566 final y 211/C, 333/08.
- Comunicación interpretativa de 4 de julio de 2001 - COM (2001)274.
- Sexto Programa Comunitario de Acción Pública en Materia de Medio Ambiente del año 2001 - Decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002.
- Comunicación sobre Contratación Pública para un medio ambiente mejor, de 16 de julio de 2008 - COM (2008) 400.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- Constitución de 1978.
- Ley de 2 de abril de 1845.
- Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1911.
- Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, de 27 de diciembre de 1956.
- Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963.
- Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965.
- Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975.
- Ley 13/1995
- Ley 11/1997, de 24 de abril.
- Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.
- Ley 43/2003, de 21 de noviembre.
- Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación.

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, Contratos del Sector Público.
- Ley 31/2007, de 30 de octubre, Sectores Excluidos.
- Decreto de 13 de septiembre de 1813.
- Real Decreto de 27 de febrero de 1852.
- Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo.
- Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.
- Pliego General de Condiciones Generales, de 13 de marzo de 1903, de Obras Públicas, y sucesivos para otros ramos.
- Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015.
- Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia – Horizonte 2007-2012-2020.

LEGISLACIÓN BRASILEÑA

- Constitución Federal de 1988.
- Ley 8666/1992, de 21 de junio, Ley de Licitación y Contratos públicos.
- Ley 9.472, de 16 de julio de 1997.
- Ley 9.478, de 6 de agosto de 1997.
- Ley 6.938/81.
- Ley 6.938, de 31 de agosto de 1981.
- Ley 6.902, de 27 de abril de 1981.
- Ley 4.771, de 15 de septiembre de 1965.
- Ley 5.197, de 3 de enero de 1967.
- Ley, 7.797, de 10 de julio de 1989.
- Ley 8.171, de 17 de enero de 1991.
- Ley 9.605, de 12 de febrero de 1998.
- Ley 9.795, de 27 de abril de 1999.
- Ley 9.985, de 18 de julio de 2000.
- Ley 10.520, de 17 de julio de 2002.
- Ley 10.831, de 23 de diciembre de 2003.
- Ley 11.105, de 24 de marzo de 2005.
- Ley nº 12.214/10, de 26 de janeiro de 2010, Ley Presupuestaria.
- Decreto-Ley 1.413, de 14 de agosto de 1975.
- Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002.
- Decreto 41.629, de 10 de marzo de 1997, del Estado de Sao Paulo.

- Decreto 42.836, de 02 de febrero de 1998, Estado de São Paulo.
- Decreto 45.643, de 26 de enero de 2001. Estado de Sao Paulo.
- Decreto 48.092, de 18 de febrero de 2003, Estado de Sao Paulo.
- Decreto 48.138, de 07 de octubre de 2003. Estado de Sao Paulo.
- Resolución CC – 53¹, de 30 de junio de 2004. Estado de Sao Paulo.
- Proyecto de Ley PLS 40/2003, Senado de la República.
- Proyecto de Ley PLS 247/2008, Senado de la República.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril.
- Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/1999 Concordia Bus Finland OY AB y Helsigin Kaupunki).
- Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01 EVN y Wienstrom).