

INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA AMBIENTAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. A PROPÓSITO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE PROYECTOS PÚBLICOS (*)

J. JOSÉ PERNAS GARCÍA

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.– II. LA INTERRELACIÓN DE LOS DIFERENTES ENTES Y ÓRGANOS PÚBLICOS Y PRIVADOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS: 1. La concurrencia de roles en los diferentes sujetos que intervienen en la autorización y aprobación de proyectos y la garantía de objetividad en el desempeño de las labores de evaluación ambiental. 2. El papel del órgano de contratación y su interrelación con el órgano sustantivo y ambiental. 3. El carácter público o privado del «promotor» de proyectos públicos.– III. EL NIVEL DE INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 1. El impacto de las diferentes fases del procedimiento de contratación en el cumplimiento de la DIA. 2. La relevancia contractual de la calidad de la DIA. 3. La relevancia del momento en el que se lleva a cabo la evaluación de impacto ambiental en el marco de las diferentes fases de la contratación pública. 4. Los modificaciones de la DIA para introducir nuevas medidas de protección ambiental como causa potencial de desequilibrio económico contractual. 5. La exigencia de división en lotes en los contratos públicos y la prohibición de fraccionamiento de proyectos de la normativa de EIA. IV. El contrato como instrumento complementario a la evaluación de impacto ambiental. 1. El papel de la contratación pública como mecanismo de refuerzo de las medidas de prevención del impacto ambiental mediante la definición de prescripciones técnicas en la fase de preparación del contrato. 2. La solvencia técnica y la calidad de los estudios de impacto ambiental. 3. Criterios de valoración de las ofertas como una forma de reforzamiento del contenido de la declaración de impacto ambiental. 4. El contrato como un mecanismo de apoyo para garantizar el cumplimiento de la DIA y el informe de impacto ambiental y, con carácter general, las normas ambientales: A) Consideraciones generales. B) Información y consultas sobre las obligaciones en materia de evaluación de impacto ambiental. C) La determinación de condiciones de ejecución para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, de las autorizaciones y evaluaciones ambientales y, en su caso, de las cláusulas ambientales complementarias a la DIA en la fase de ejecución del contrato o concesión. D) La posibilidad de rechazar ofertas que no cumplan con las normas de protección ambiental y, particularmente, con las previsiones de la DIA o el IIA. E. La definición de un régimen de penalidades, que sirva de herramienta de apoyo para la mejor realización de los objetivos de la normativa de evaluación de impacto ambiental.– V. LA

(*) Trabajo recibido en esta Revista el 7 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de abril de 2020.

COORDINACIÓN DE LA FASE DE PREPARACIÓN DE LAS CONCESIONES CON EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 1. La integración del estudio de impacto ambiental en el estudio de viabilidad de la concesión. 2. La trámite único de información pública para el estudio de viabilidad y el estudio de impacto ambiental. 3. La elaboración y aprobación del anteproyecto y/o proyecto de construcción de la obra pública y la integración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. 3. La remodelación de instalaciones existentes y el carácter sustancial o no de las modificaciones y su impacto en el procedimiento de contratación.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este estudio se centra en analizar las interacciones entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental y de los contratos públicos, así como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Así, el objetivo es, en consecuencia, identificar posibles interacciones negativas entre ambas técnicas, así como desarrollar propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones.

Palabras clave: intervención pública ambiental; evaluación de impacto ambiental; contratación pública; interrelación y sinergias; proyectos públicos.

ABSTRACT: *This study focuses on analyzing the interactions between the legal regimes of environmental impact assessment and public procurement, as well as the positive effects that can be derived from their coordinated application. Thus, the objective is, therefore, to identify possible negative interactions between both techniques, as well as to develop proposals to promote synergies that improve the efficiency of both regulations.*

Key words: *environmental public control; environmental impact assessment; public procurement; interrelation and synergies; public projects.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La normativa de evaluación de impacto ambiental parte de la irrelevancia del carácter público o privado del proyecto en cuestión (1). La naturaleza pública de los proyectos no supone la aplicación de un régimen especial,

(1) En este sentido, véase la STJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-427/07: «44 A este respecto, al someter los proyectos de construcción de carreteras privadas a una evaluación de sus efectos sobre el medio ambiente únicamente en el supuesto de que estos proyectos formen parte de otros proyectos, incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337, modificada por la directiva 97/11, y sujetos ellos mismos a la obligación de evaluación, la normativa irlandesa, en su versión aplicable al expirar el plazo fijado por el dictamen motivado, tenía por efecto permitir a los proyectos de construcción de carreteras privadas realizados de manera aislada eludir la evaluación de sus efectos sobre el medio ambiente, aunque dichos proyectos pudieran tener efectos significativos sobre el medio ambiente. 45 Por otro lado, procede señalar que el criterio relacionado con la naturaleza privada o pública de una carretera carece de toda pertinencia por lo que se refiere a la aplicación del punto 10, letra e), del anexo II de la Directiva 85/337, modificada por la Directiva 97/11».

aunque es innegable que ese carácter añade una serie de particularidades, que, erróneamente, no han sido consideradas por el legislador (2).

La principal nota que dota de singularidad a los proyectos públicos es que son ejecutados y gestionados, salvo que se opte por el encargo a medios propios, a través de un operador económico, previa licitación de la prestación de acuerdo con las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Pese a que estamos hablando de un procedimiento administrativo, caracterizado por su naturaleza técnica, es innegable que en la ejecución de proyectos públicos concurre un componente político no despreciable (3). En algunos casos, los intereses electorales a corto plazo, la presión mediática y la contestación o el apoyo social son elementos que tienen una incidencia clara en la decisión de aprobar o autorizar un proyecto público sometido a evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA) (4). Lamentablemente, la realidad práctica ha demostrado que ello puede implicar, o bien, la aplicación excesivamente laxa de los controles administrativos, normalmente en el caso de proyectos promovidos y evaluados por una misma administración, o bien, el planteamiento de obstáculos injustificados, en el supuesto de que se trate de diferentes administraciones. Estas

(2) ROSA MORENO entiende, acertadamente a mi juicio, que es un error «someter al mismo régimen jurídico a los proyectos públicos y a los proyectos privados». Con la LEA «se ha perdido otra oportunidad para clarificar, en algunos puntos, la inevitable separación entre los proyectos públicos y privados, pero además se ha introducido una confusión, por cuanto que se ha suprimido cualquier referencia al término «aprobación» de proyectos, y solo se utiliza el término «autorización». «La LEA sigue, por tanto, sin entender que no es posible diseñar un único régimen jurídico para todos los proyectos, públicos y privados» («Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 127).

(3) Véase en este sentido, las reflexiones de SANTAMARÍA ARINAS en su interesante estudio «Justicia ambiental en tiempos de economía circular», en ARAGAO, Alexandra, GOMES DOS SANTOS, J. (2019): *Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas*, Universidade de Coimbra.

(4) Sobre el impacto de la voluntad política en las evaluaciones y decisiones técnico-administrativas ligadas a la aplicación de la normativa de evaluación de impacto, véase SANTAMARÍA ARINAS (2016): «Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 50. El autor indica, acertadamente, que «la Política no puede tener presencia ni en el EIA (técnico, por definición) ni en la DIA (técnico-jurídica)» (ídem, p. 50). Este mismo autor ha publicado un interesante estudio sobre «Justicia ambiental en tiempos de economía circular», en ARAGAO, Alexandra, GOMES DOS SANTOS, J. (2019): *Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas*, Universidade de Coimbra, 2019. Véase también LAZCANO BROTONS, I. (2016): «Normativa ambiental vasca y Directiva europea de impacto ambiental: problemas de articulación», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 179.

anomalías son fruto de una forma errónea de entender la acción política, como competencia de intereses partidarios o de grupo, frente a su consideración como servicio para la realización del interés público, que es su naturaleza propia. Estas situaciones dificultan la gestión ambiental y contractual de las obras o servicios, con costes económicos e implicaciones ambientales para los ciudadanos. Se trate esta de una cuestión ajena a nuestro objeto de estudio pero que sin duda condiciona la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos tanto del derecho ambiental, como del derecho de la contratación pública.

Dicho esto, el presente estudio se centra en analizar las interacciones entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental y de los contratos públicos, así como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Así, el objetivo es, en consecuencia, identificar posibles interacciones negativas entre ambas técnicas, así como desarrollar propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones.

Para la realización de este trabajo hemos analizado y valorado diferentes expedientes de contratación y de evaluación ambiental que afectan a instalaciones públicas de tratamiento de residuos (5). Se trata de proyectos de elevada complejidad técnica, que implican la realización de elevadas inversiones y que están sometidas a la normativa ambiental más intensa; lo cual nos permite profundizar en los relevantes lazos e interdependencias que se plantean entre la configuración y ejecución de los contratos públicos y la EIA.

II. LA INTERRELACIÓN DE LOS DIFERENTES ENTES Y ÓRGANOS PÚBLICOS Y PRIVADOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS

1. La concurrencia de roles en los diferentes sujetos que intervienen en la autorización y aprobación de proyectos y la garantía de objetividad en el desempeño de las labores de evaluación ambiental

En la ejecución de un proyecto público concurren múltiples sujetos, que tienen atribuidos diferentes roles de acuerdo con la normativa ambiental y la normativa de contratos públicos. De acuerdo con la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (en adelante LEA) (6), los sujetos princi-

(5) Sobre los vínculos entre normativa de residuos y contratación pública, ALENZA GARCÍA, José Francisco (2018): «Contratación pública y residuos», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.

(6) Sobre esta cuestión véanse, entre otros, los siguientes trabajos: RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor; QUINTANA LÓPEZ, Tomás

pales que entran en juego son el «promotor» (7), el «órgano sustantivo» (8) y el «órgano ambiental» (9). Si el proyecto está sometido igualmente a control integrado de la contaminación, debemos hablar también de la figura del «titular» (10) de la instalación y del «órgano ambiental» autorizador. Por otra parte, desde la perspectiva de la LCSP, nos encontramos con el «órgano de contratación» (11), el «responsable del contrato» (12), «el director facultativo» (13) y el «contratista» o «concesionario».

(Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia. Véase también GARCÍA URETA, A. (2014): «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental», RAP, núm. 194; PERNAS GARCÍA, J. J. (2015): «La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa», RADA, num. 30.

(7) «Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que pretende realizar un proyecto de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, con independencia de la Administración que sea la competente para su autorización» (art. 5.3, letra a, LEA).

(8) «Órgano de la Administración pública que ostenta las competencias para adoptar o aprobar un plan o programa, para autorizar un proyecto, o para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa, salvo que el proyecto consista en diferentes actuaciones en materias cuya competencia la ostenten distintos órganos de la Administración pública estatal, autonómica o local, en cuyo caso, se considerará órgano sustantivo aquel que ostente las competencias sobre la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, con prioridad sobre los órganos que ostentan competencias sobre actividades instrumentales o complementarias respecto a aquella» (art. 5.1, letra d, LEA).

(9) «Órgano de la Administración pública que elabora, en su caso, el documento de alcance, que realiza el análisis técnico de los expedientes de evaluación ambiental y formula las declaraciones ambientales estratégicas, los informes ambientales estratégicos, las declaraciones de impacto ambiental, y los informes de impacto ambiental» (art.5.1, letra e, LEA).

(10) «Cualquier persona física o jurídica que explote total o parcialmente, o posea, la instalación» (art. 3.27, Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación).

(11) Es el órgano, unipersonal o colegiado, que ostenta «la representación de las entidades del sector público en materia contractual», «que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre» (art. 61.1 LCSP).

(12) El artículo 62, LCSP, dispone lo siguiente sobre el «responsable del contrato»: «1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. 2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246. 3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra».

(13) Véase nota 7.

Estos roles se concentran y distribuyen en diferente medida entre los entes u órganos intervinientes en la aprobación y control de un proyecto, dependiendo de las competencias que concurran en cada caso y de la naturaleza de la actividad a desarrollar. En algunos proyectos públicos, se produce, a modo de matrisca administrativa, una elevada concentración de roles en un mismo órgano. El «órgano ambiental», responsable de la evaluación ambiental, y el «órgano sustantivo», con competencia para autorizar el proyecto, pueden coincidir en un mismo ente u órgano, lo cual plantea problemas de objetividad en la realización de las funciones ambientales. Asimismo, además de los roles indicados, pueden concentrarse en el mismo ente u órgano, la condición de «promotor» (14) y/o de «órgano de contratación». Esta acumulación de roles, con diferentes matices según el caso, pone en cuestión la calidad y objetividad de la evaluación, debido a la concurrencia de eventuales conflictos de intereses.

La LEA es muy parca a la hora de afrontar esta cuestión. No aporta nada a la previsiones generales de la Directiva 2014/52 (15). Dispone que «las Administraciones Públicas garantizarán que el órgano ambiental y el órgano sustantivo ejerzan las funciones derivadas de manera objetiva» (art. 3.2, LEA). Asimismo, «aplicarán en su organización una adecuada separación de las funciones que puedan dar lugar a un conflicto de intereses cuando el órgano ambiental sea simultáneamente el órgano sustantivo o el promotor del (...) proyecto» (art. 3.2, LEA). De acuerdo con la doctrina del TJUE, la separación funcional deberá garantizar que el órgano ambiental disponga de una «autonomía real», lo que implica que esté dotado de «sus propios medios administrativos y humanos », de tal forma que pueda «expresar de manera objetiva su opinión sobre el plan o programa previsto por la autoridad de la que depende» (16).

La norma no toma en consideración que la pertenencia del órgano sustantivo y del órgano ambiental a una misma Administración puede ser también un elemento que ponga en tela de juicio la calidad e intensidad del órgano

(14) «Cuando el órgano sustantivo sea simultáneamente el promotor del plan, programa o proyecto, el órgano sustantivo realizará las actuaciones atribuidas al promotor en esta ley» (art. 3.3, LEA).

(15) En este sentido, la Directiva 2014/52 introducen un artículo 9 bis en la Directiva 2011/92 con el siguiente contenido: «Los Estados miembros velarán por que la autoridad o autoridades competentes ejerzan las funciones derivadas de la presente Directiva de manera objetiva y no se encuentren en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses. En los casos en los que la autoridad competente también sea el promotor, los Estados miembros deberán cuando menos aplicar en su organización de las competencias administrativas una adecuada separación entre funciones en conflicto al ejercer las funciones derivadas de la presente Directiva».

(16) Véase sentencia del TJUE de 20 de octubre de 2011, asunto C-474/10, apartados 41 a 43.

ambiental, aunque exista separación de funciones entre los órganos citados. Lo mismo podríamos decir de los casos en que al carácter de órgano ambiental se suma el de órgano de contratación, que en tal condición se encuentra sometido a las urgencias, políticas y administrativas, de la gestión contractual de proyectos de obras de gran relevancia o de servicios públicos obligatorios.

2. El papel del órgano de contratación y su interrelación con el órgano sustantivo y ambiental

El «órgano sustantivo» es el «órgano de la Administración pública que ostenta las competencias para adoptar o aprobar un plan o programa, para autorizar un proyecto, o para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa» (art. 5.1, letra d, LEA). Los proyectos públicos que son objeto de licitación requieren asimismo la previa supervisión (17) (art. 235, LCSP) y aprobación del proyecto por el «órgano de contratación», que definirá con precisión el objeto del contrato.

Ello nos puede llevar a plantear la cuestión de si el órgano de contratación debe tener en todo caso el carácter de órgano sustantivo a los efectos de la LEA. A este respecto, la LEA indica que en el caso de que «el proyecto consista en diferentes actuaciones en materias cuya competencia la ostenten distintos órganos de la Administración pública estatal, autonómica o local, en cuyo caso, se considerará órgano sustantivo aquel que ostente las competencias sobre la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, con prioridad sobre los órganos que ostentan competencias sobre actividades instrumentales o complementarias respecto a aquella» (art. 5.1, letra d, LEA). En este sentido parece que debe entenderse que el carácter de «órgano sustantivo» debe atribuirse al órgano que ostenta la competencia sectorial (carreteras, industria, etc.) para la aprobación del proyecto correspondiente, no al órgano de contratación responsable de la aprobación del proyecto a los efectos de su licitación posterior.

Dicho esto es preciso hacer notar, sin embargo, que los roles de «órgano sustantivo», «promotor» y «órgano de contratación» pueden coincidir en un mismo órgano, con las implicaciones que ellos puede tener en términos de posible conflictos de intereses. En ese supuesto, el órgano sustantivo y contractual podrá aprobar en unidad de acto el proyecto a los efectos del cumplimiento

(17) «Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto (...)» (art. 235, LCSP)

de la normativa sectorial aplicable y, al mismo tiempo, de las previsiones de la LCSP.

Se aprecia asimismo la necesidad de reforzar los lazos de colaboración entre los «órganos de contratación» y el «órgano ambiental» responsable de la EIA. Los órganos de contratación tienen un elevado potencial como órgano de apoyo a las autoridades ambientales, especialmente tras la aprobación del paquete de Directivas comunitarias en materia de contratación (2014), en las que se indica que los Estados «tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental» (art. 30.3, Directiva 2014/23, art. 18.2, Directiva 2014/24; art. 36.2, Directiva 2014/25). Puede reforzar, en el marco de las fases de adjudicación y de ejecución del contrato, la función de ordenación administrativa que llevan a cabo los órganos ambientales. Así, los órganos de contratación deben garantizar que, previa supervisión técnica, solo se aprueba el proyecto cuando se ha emitido la correspondiente declaración de impacto ambiental (en adelante DIA) favorable (o informe de impacto ambiental (IIA), en el caso de actividades solo sometidas a evaluación de impacto ambiental simplificado), se ha aprobado o autorizado el proyecto o verificado el cumplimiento de la comunicación previa por el órgano sustantivo y, en su caso, se ha emitido la autorización ambiental integrada (en adelante AAI) para el desarrollo del proyecto. Asimismo, el órgano de contratación, en el marco de su amplia libertad para la determinación del objeto del contrato, pueden a través de los pliegos compensar algunas carencias sistemáticas del régimen de evaluación de impacto ambiental, como la calidad técnica de la evaluación ambiental o la competencia de los técnicos que intervienen en la ejecución de los estudios de impacto ambiental.

El «responsable del contrato» tiene la función de «supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada» (art. 62, LCSP), dentro del ámbito de facultades que le atribuyan los pliegos correspondientes. Para las concesiones de obra pública y de servicios públicos, la Administración «designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra» (at. 62.3, LCSP). En el caso de que los indicados pliegos integren adecuadamente las exigencias de la normativa ambiental y definan con claridad las obligaciones del contratista o concesionario a estos efectos, en el marco de un contrato equilibrado económicamente, el «responsable del contrato» puede ejercer un papel relevante de apoyo al órgano ambiental en el cumplimiento de las normas ambientales y la declaración de impacto ambiental y, en su caso, de la autorización ambiental integrada. En caso de que el contrato no integre adecuadamente esta perspectiva, el órgano ambiental puede

encontrarse con serias dificultades para exigir el cumplimiento de requisitos ambientales que puedan implicar inversiones relevantes, con repercusiones directas, en muchos casos, para la calidad del servicio. No obstante, para que esto sea así, los pliegos y documentos contractuales deben aclarar de forma precisa los derechos y obligaciones de las partes con relación al cumplimiento de las normas ambientales (18), valorar adecuadamente los costes ambientales durante el ciclo de vida de la instalación, así como establecer un régimen de penalidades preciso que garantice su cumplimiento por parte del contratista o concesionario. En todo caso, la existencia de una colaboración fluida entre el responsable del contrato y el órgano sustantivo y/o ambiental, responsables de la inspección de la instalación durante su ciclo de vida, es un factor fundamental, del que se pueden derivar sinergias positivas para el interés público, como la mejora de la calidad de las obras y servicios y una mayor garantía en el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales. En este sentido, consideramos de especial relevancia, la integración de un representante del órgano de contratación, cuyo papel puede desempeñar el responsable del contrato, en la comisión de seguimiento (art. 41.2, letra g, LEA) que, en su caso, se cree en la correspondiente declaración de impacto ambiental.

(18) Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2019. En este asunto se analiza el conflicto entre el Ayuntamiento de A Coruña y la empresa concesionaria de la planta de tratamiento de residuos de la ciudad, con relación a quien corresponde, y de acuerdo con qué procedimientos, la ejecución del sellado de un vertedero ya colmatado. Entre otras cuestiones, la empresa concesionario argumenta que el Ayuntamiento está obligada a aprobar el proyecto en virtud de la normativa de contratos públicos, entendemos que con el ánimo, a nuestro juicio, de obtener la base para una eventual petición de reequilibrio contractual. El Tribunal no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, indicando que lo que procede es el ejercicio por parte del Ayuntamiento de su competencia urbanística, mediante la tramitación y resolución de la solicitud de aprobación del proyecto. También se plantea dicha cuestión sobre la obligación de realización del sellado del vertedero municipal, y la asunción de su coste por el contratista o la administración concedente, en las sentencias del TSJ de Galicia de 10 de mayo de 2015 y de 23 de enero de 2019. Véase también la STJ de Madrid, de 19 de marzo de 2019 (Sal de lo Contencioso-administrativo, sección 8, ponente: María del Pilar García Ruiz), en la que una UTE, concesionaria de una planta de tratamiento municipal de residuos, alega que determinadas obligaciones de la AAI deben ser exigibles al Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que, en tanto que administración contratante y titular de las instalaciones, es la que puede ordenar una modificación contractual para la instalación de los equipos adicionales necesarios. El Tribunal no accede a los planteamiento del Tribunal. El Tribunal resuelve que «(...) no puede considerarse como algo exorbitante a las obligaciones de la entidad adjudicataria del contrato ya que el artículo 20º del Pliego de Prescripciones Técnicas, como el propio contrato ahora, establece que aquella está obligada a cumplir todas las normas y disposiciones aplicables al tipo de instalación del que se trata, especialmente las relacionadas con el medio ambiente». Concluye que «(...) ningún obstáculo se observa para que la obligación impuesta a la hoy recurrente pueda y deba ser cumplida por ella sin necesidad de modificación contractual alguna», motivo por el cual rechaza el argumento impugnatorio.

En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo (art. 62.2, LCSP). El Director facultativo debe garantizar que las obras se ejecuten «con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato», y conforme a las instrucciones que emita en interpretación técnica del proyecto de obras (art. 238.1, LCSP). Así, en los proyectos sometidos a EIA, debe garantizar que los proyectos se ejecutan en sus justos términos, de acuerdo, en consecuencia, con las previsiones de la declaración de impacto ambiental. La certificación final de las obras actúa así como un documento que puede acreditar al órgano ambiental el cumplimiento de DIA en la fase de ejecución de las obras (art. 243.1, LCSP).

La colaboración entre el órgano de contratación y los órganos ambientales en la ejecución de los proyectos es un elemento relevante, no solo para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, sino para poder planificar adecuadamente los efectos en el contrato de decisiones ambientales de impacto en el contenido de la prestación y el equilibrio del contrato —como las modificaciones de la DIA y/o la AAI, que impliquen mejoras técnicas en la instalación, o modificaciones relevantes en las condiciones de gestión de residuos de una instalación de tratamiento—.

Los órganos ambientales pueden desempeñar un papel clave en las diferentes fases de la contratación pública. Mediante la emisión de una DIA clara y de calidad pueden contribuir a la delimitación del objeto del contrato, de modo que los operadores conozcan los límites ambientales precisos que deben respetar en la definición de su oferta técnica, y puedan valorar adecuadamente los costes derivados de la ejecución del contrato (las exigencias ambientales suelen plantear necesidades de inversión importantes en algunos tipos de proyectos, como las instalaciones de tratamiento de residuos), a la hora de realizar su oferta económica. Una DIA y, en su caso, una AAI que definan de forma adecuada y concreta las exigencias ambientales para el desarrollo de la actividad es un elemento relevante para la definición adecuada de la prestación, tanto a nivel técnico como económico, y, en consecuencia, para la presentación de ofertas que garanticen la viabilidad del contrato y, en su caso, la continuidad de los servicios públicos obligatorios. Asimismo, el órgano ambiental puede apoyar al órgano de contratación en el marco de la valoración técnica de ofertas, que no se adecúen a las exigencias de la DIA o, en su caso, de la AAI o que sean manifiestamente inviables desde un punto de vista ambiental, así como dar apoyo al órgano de contratación en la fase de ejecución del contrato, cuando hay una interrelación clara entre el cumplimiento de una exigencia ambiental y el contenido de la prestación contratada.

Finalmente, hay que tener en cuenta el papel creciente de las empresas de servicios de asistencia técnica, tanto en los servicios administrativos vinculados

a la evaluación ambiental y seguimiento de proyectos sometidos a EIA, como en los servicios de apoyo administrativo en las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato. Este fenómeno puede apreciarse claramente en los contratos o concesiones vinculadas a la limpieza viaria, la gestión y al tratamiento de residuos, en donde las entidades colaboradoras con la Administración pueden ofrecer servicios entrecruzados a los órganos ambientales y de contratación, así como a las empresas concesionarias y contratistas.

En el ámbito que estamos indicando, las empresas de consultoría ofrecen servicios al órganos de contratación, en calidad de promotor público, en la definición de los pliegos técnicos y la realización de los proyectos de obras, la supervisión técnica de los proyectos y, en su caso, la preparación de estudios de impacto ambiental y de los documentos vinculados (19) al cumplimiento de la LEA, así como el tratamiento de la información derivada del procedimiento (20). Es creciente también el protagonismo de estas entidades en la valoración de las ofertas técnicas y en el control de cumplimiento de los contratos, mediante la ejecución de contratos de control de calidad, que manejan habitualmente indicadores vinculados al cumplimiento de objetivos ambientales, o seguimiento de los planes de vigilancia ambiental de los proyectos. Estas empresas ofrecen igualmente servicios a los órganos sustantivos o ambientales en el control de cumplimiento de las condiciones de la DIA y de los planes de vigilancia de proyectos. Finalmente, esas empresas de consultoría ambiental también prestan servicios a los contratistas o concesionarios encargados de la ejecución y seguimiento de proyectos sometidos a EIA, como la realización de proyectos y estudios de impacto ambiental, los informe de seguimiento ambiental de las

(19) Véase, por ejemplo, ala Asistencia técnica para la redacción de la solicitud de prórroga de la declaración de impacto ambiental del proyecto de ampliación del Puerto de Sagunto y elaboración de la documentación adicional solicitada en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica simplificada del plan director del Puerto de Sagunto, licitada por la Autoridad Portuaria de Valencia (publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 9 de mayo de 2019)

(20) Véase como ejemplo, la contratación de servicios para el estudio de soluciones, proyecto informativo y estudio de impacto ambiental y procedimiento de información pública y redacción de anteproyecto/s de las actuaciones en materia de saneamiento y depuración en las aglomeraciones urbanas de la China-Butarque y sur. TT.MM. Madrid y Getafe (Madrid), promovida por la Dirección General del Agua, como órgano de contratación, que depende del Ministerio para la Transición Ecológica (BOE, 3 de diciembre de 2016). Véanse también: contratación de servicios para la redacción del anteproyecto y estudio de impacto ambiental de las obras de ampliación de la E.D.A.R. de Murcia-Este. T.M. de Murcia (DOUE, 31 de octubre de 2015); contratación de los servicios de actualización del estudio de impacto ambiental del Tren del Sur de Tenerife (publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 10 de julio de 2017); contratación de la redacción Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Construcción 2.1-SO-31 (publicado en la Plataforma de Contratación el 15 de mayo de 2019).

condiciones de la DIA, de la AAI o, en su caso, los informes de ejecución previstos en los pliegos.

Como vemos, esta creciente realidad de la externalización de las funciones técnicas ligadas a la actividad contractual y ambiental, plantea no pocas cuestiones desde la perspectiva de ambos sistemas, como puede ser la independencia y objetividad de dichas entidades y la concurrencia de evidentes conflictos de intereses, que son especialmente preocupantes en el caso de empresas de servicios de consultoría ambiental, que puedan estar directamente vinculadas a las empresas de prestación de servicios públicos obligatorios (recogida de residuos, tratamiento de residuos, limpieza, etc.), que concurren a las licitaciones en este ámbito.

3. El carácter público o privado del «promotor» de proyectos públicos

Desde la perspectiva de la normativa de evaluación de impacto ambiental, el promotor es «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que pretende realizar un proyecto de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, con independencia de la Administración que sea la competente para su autorización» (art. 5.3, letra a, LEA). Como puede apreciarse en la práctica, el promotor de proyectos públicos puede ser tanto un sujeto público como privado.

La Administración podrá desarrollar el proyecto, con carácter previo a la licitación. En ese caso, el «proyecto» debe someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, antes de su aprobación. En ese supuesto el «promotor» del proyecto será la administración contratante. No obstante, en los casos de proyectos de especial complejidad, en donde son indispensables los medios y conocimientos de los operadores económicos para definir técnicamente el proyecto, la Administración debería optar por contratar conjuntamente proyecto y obra en el marco o bien de contratos de obras, o bien de concesiones de obra o servicio público. En ese supuesto, el «promotor» será, en principio, el contratista o concesionario, que será responsable de la elaboración del proyecto (21) y, en consecuencia, de los daños y perjuicios

(21) Estas reflexiones son igualmente válidas para la identificación del «titular» en el marco de la relación jurídica definida por la autorización ambiental integrada. La realidad nos muestra que en algunas de las instalaciones de tratamiento de residuos los «promotores» y/o «titulares» de la autorización ambiental integrada son, o bien, las titulares públicas de la instalación o del servicio público obligatorio de tratamiento de residuos, o bien, las empresas contratistas o concesionarios responsables de la obra y/o gestión. Incluso en algunos casos estos roles pueden llegar a combinarse, siendo, por ejemplo, promotor a los efectos de la LEA una entidad pública y «titular» de la autorización ambiental integrada o de las autorizaciones sectoriales el contratista o concesionario.

causados tanto al órgano de contratación, como a terceros, derivados de los defectos o deficiencias técnicas de aquel (art. 315.2, LCSP). En estos casos los pliegos contractuales deben atribuir al contratista, como así ocurre normalmente, la responsabilidad de impulsar los trámites ambientales necesarios para aprobar o autorizar el proyecto definitivo.

En el caso de tratarse de una instalación existente (como una instalación de tratamiento de residuos), que es objeto de una nueva concesión de obra pública o de servicio, el nuevo concesionario debería solicitar el cambio de la titularidad de la DIA y, en su caso, la transmisión de la AAI del anterior concesionario. Con todo, en el caso de que el anterior titular de la DIA y/o AAI sea la administración concedente sería oportuno que así fuera igualmente, con la finalidad de evitar que la Administración asuma la responsabilidad de ejecutar responsabilidades ambientales, cuando el poseedor o responsable de la explotación de la instalación es realmente el concesionario. No obstante, en algunos casos, la administración concedente opta por mantener la titularidad formal de la DIA y/o de la AAI, estableciendo en los pliegos las exigencias de que el concesionario debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, así como elaborar los informes de seguimiento periódicos que deben ser entregados al órgano sustantivo o ambiental.

La cuestión de qué sujeto, público o privado, tiene la condición de «promotor» a los efectos de la LEA no se trata de una cuestión baladí. Puede tener relevancia a los efectos del cumplimiento de la DIA, especialmente teniendo en cuenta que solo los sujetos privados tienen la condición de sujetos responsables en el régimen sancionador de la LEA (art. 54.1, LEA). Además, en el caso de que la administración concedente mantenga el carácter formal de «promotor», ésta tendrá, en algunos casos —especialmente en el caso de contratos regidos por pliegos mal definidos, que integran mal la variable ambiental o que no definen de forma precisa las obligaciones y derechos de las partes a estos efectos—, escaso margen para garantizar la ejecución de los requerimientos de la administración ambiental, cuando es el concesionario el que explota o gestiona de forma efectiva la instalación. En este caso el cumplimiento de las obligaciones ambientales dependerá de la calidad del proceso de preparación del contrato y, en consecuencia, de los pliegos; de que estos hayan definido claramente las obligaciones de las partes y los costes e inversiones ambientales que deba realizar el operador durante la ejecución del contrato. De todas formas, tenga o no el contratista o concesionario el carácter formal de «promotor», es fundamental, a nuestro juicio, que los pliegos definan con precisión la responsabilidad del contratista o concesionario en el cumplimiento de las normas ambientales y de las condiciones establecidas en la declaración de impacto ambiental y, en su caso, en las autorizaciones ambientales.

III. EL NIVEL DE INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1. El impacto de las diferentes fases del procedimiento de contratación en el cumplimiento de la DIA

Las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato pueden ser determinantes en el nivel de cumplimiento de la DIA y del resto de exigencias ambientales. La adecuada determinación en los pliegos de las obligaciones y derechos de las partes con relación al cumplimiento de la normativa ambiental, así como la correcta valoración económica de los costes y determinación idónea del período de recuperación de las inversiones y de la tasa interna de rentabilidad, son elementos esenciales tanto para el cumplimiento de las normas ambientales, como para la ejecución del contrato en sus estrictos términos. En caso contrario, los conflictos derivados de su inadecuada determinación generarán dificultades relevantes para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental, así como distorsiones en la ejecución del contrato y pérdida de calidad de los servicios prestados y de los objetivos ambientales.

Una inversión ambiental relevante, exigible de acuerdo con la normativa ambiental o sus actos de aplicación, como la DIA (como el sellado de un vertedero o la adopción de medidas ambientales que afecten a los costes de producción), cuya obligación de realización no ha sido precisada en los pliegos y/o cuya valoración económica no ha sido adecuadamente tomada en consideración en el estudio de viabilidad de la concesión, va a tener enormes dificultades de ejecución en el marco del contrato o concesión y va a ser fuente de conflictos jurídicos entre la administración concedente y el concesionario o entre este y la administración ambiental. La elevada cuantía de las inversiones ambientales, en el marco de un contrato regido por unos pliegos imprecisos o de baja calidad ambiental y jurídica o que no hayan previsto esos costes en la fase de preparación, pueden dificultar enormemente o hacer ineficaz las actuaciones de la administración ambiental para garantizar el cumplimiento normativo o de la DIA y/o la AAI. En algunas ocasiones, la calidad (técnica y económica) de la preparación del contrato es el elemento más relevante en el cumplimiento de las condiciones ambientales de un proyecto público de gran impacto, por encima incluso de las propias potestades de intervención de los órganos ambientales.

2. La relevancia contractual de la calidad de la DIA

Es preciso apuntar que la evaluación de impacto ambiental puede tener un impacto reseñable en la actividad contractual, y ser un factor determinante en la realización de los principios y objetivos de la contratación pública. Una DIA que defina de forma concreta y con calidad técnica cuáles son las exigencias

ambientales que deben de cumplirse en la ejecución y/o explotación de un contrato de obras o de una concesión de obra o servicios públicos, permite precisar el objeto del contrato o concesión, hacer una valoración económica ajustada a los costes ambientales previsibles y, en consecuencia, mejorar la viabilidad de las decisiones del órgano de contratación.

La preparación del contrato es el momento en que el ente adjudicador identifica y realiza una «definición previa de las necesidades a satisfacer» (artículo 1.1, LCSP). Los poderes adjudicadores disponen de un margen de apreciación importante a la hora de considerar objetivos ambientales en la definición de las necesidades. No obstante, este margen no es ilimitado. La legislación medioambiental limita esta libertad de elección, como ocurre con la normativa de evaluación de impacto ambiental de aplicación a proyectos públicos de obras (22). Así, la intervención de la técnica de EIA en la definición del proyecto de obra actúa como un instrumento de integración ambiental en la fase de preparación del contrato. Permite insertar las consideraciones ambientales en el propio proceso de definición de las necesidades y, en consecuencia, mejorar la sostenibilidad de las decisiones del órgano de contratación (23). Esto exige establecer o disponer de ciertas reglas de coordinación entre los procedimientos de contratación y de evaluación de impacto ambiental, que veremos más adelante.

Además el procedimiento de evaluación ambiental puede tener una gran relevancia en la calidad de los pliegos técnicos y en la definición de los derechos y las obligaciones de cada una de las partes. Una declaración de impacto ambiental de calidad que acompaña a un proyecto de obra en la licitación de un contrato de obra o en una concesión de obra o de servicios, es un elemento que puede contribuir a la definición de un contrato público equilibrado y viable, así como garantizar una ejecución idónea, con menos conflictos jurídicos y eventuales reclamaciones de reequilibrio económico. La Comisión ha indicado que el «análisis sobre el impacto

(22) Comunicación interpretativa de la Comisión (2001) 274, final, Bruselas 4 de julio de 2001.

(23) COMISIÓN EUROPEA, *Compras ecológicas...* (2004), ob. cit., pp. 15 y 16. Procede destacar a este respecto que la Comisión Europea ha propuesto recientemente la puesta en marcha futura de «un instrumento de control para la contratación pública sostenible que garantice la ecologización de los proyectos de infraestructuras públicas». Este instrumento permitirá a juicio de la Comisión ayudará a los promotores públicos a «aprovechar todas las posibilidades para ecologizar su contratación pública y garantizar la sostenibilidad de los proyectos y la observancia de las más estrictas normas medioambientales a la largo de la cadena de suministro» [Comunicación «Plan de inversiones para una Europa Sostenible», COM (2020) 21, final, 14 de enero de 2020]. La Comisión no concreta el contenido y la operatividad de este instrumento, lo cual impide realizar una valoración sobre su relevancia en el marco del impulso de la contratación pública verde de proyectos públicos.

medioambiental proporciona a las autoridades nacionales información que les permite tomar una decisión a sabiendas de su impacto medioambiental. Si se lleva a cabo una evaluación del impacto medioambiental durante la fase de definición del objeto del contrato, la decisión que se tome será mucho más equilibrada» (24).

Una DIA de calidad, que defina de forma precisa las obligaciones del promotor, permite a las unidades administrativas del órgano de contratación, responsable de la preparación del contrato, realizar una valoración económica adecuada de los costes del ciclo de vida de la concesión. Esto es particularmente relevante en el caso de instalaciones que gestionan servicios públicos ambientales obligatorios, como las instalaciones de valorización y eliminación de residuos, ya que las implicaciones económicas de las inversiones ambientales a realizar son de elevada cuantía, de ahí la importancia de que la DIA determine de forma precisa las obligaciones ambientales del promotor. Una definición inconcreta de dichas exigencias y/o la inadecuada valoración económica de la inversiones y de su periodo de recuperación, elemento determinante de la determinación del plazo de la concesión, puede generar una dinámica de desequilibrio económico contractual, que puede no solo representar una traba para la ejecución del contrato, generando problemas de incumplimiento contractual o conflictos laborales, sino dificultar enormemente la ejecución efectiva de las obligaciones ambientales de la DIA o la AAI.

Una DIA de calidad es en definitiva un elemento clave para acertar en la definición de un contrato viable técnica y económicamente, y para reducir el riesgo de conflictos jurídicos en el marco de la ejecución del contrato, ligados a costes ambientales no previstos o no considerados. Esto lógicamente redundará igualmente en el mejor cumplimiento de las normas ambientales y de la propia DIA, ya que el contexto de un contrato o concesión con un débil equilibrio económico es el peor para garantizar una aplicación estricta del Derecho ambiental y sus eventuales exigencias de mejora continua.

3. La relevancia del momento en el que se lleva a cabo la evaluación de impacto ambiental en el marco de las diferentes fases de la contratación pública

La realización de la evaluación de impacto ambiental puede tener lugar, según los casos, o bien, en la fase de preparación del contrato, o bien, en la fase de ejecución del contrato. Ello va a determinar quien es el promotor y, en consecuencia, su carácter público o privado, como ya hemos analizado en epígrafes previos.

(24) *Idem.*

La evaluación de impacto ambiental puede llevarse a cabo en la fase de preparación del contrato. El órgano de contratación impulsa dicho procedimiento, en calidad de promotor, y obtiene la declaración o informe de impacto ambiental, con carácter previo a la aprobación del proyecto, si procede. En la práctica se aprecian situaciones en las que el órgano de contratación aprueba el proyecto, sin haber solicitado la iniciación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental o, en el caso de instalaciones existentes, sin verificar con el órgano ambiental si la remodelación pretendida debe ser considerada una modificación sometida al procedimiento de evaluación ambiental. Esta omisión debe ser determinante de la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación del proyecto.

El contexto político y administrativo de un contrato público, marcado en algunas ocasiones por urgencias políticas cortoplacistas o eventuales conflictos o incertidumbres laborales ligadas a concesiones de larga duración en su fase final, o la falta de independencia y objetividad de los órganos ambientales, cuando la administración en la que se integran es promotora del proyecto, debilitan el peso de las consideraciones ambientales en la fase de preparación del contrato. Como se aprecia en la práctica, esto puede derivar en una justificación pobre y excesivamente general del carácter no sustancial de las inversiones o en la omisión de los trámites de evaluación, y la realización *a posteriori* de los trámites ambientales como una actividad administrativa de mera validación ambiental de un proyecto cuya decisión había sido tomada de antemano, sin integrar la variable ambiental en ese proceso (25).

Con todo, la fase de preparación del contrato, puede no ser la idónea para la tramitación y el impulso del procedimiento de evaluación ambiental. El órgano de contratación puede licitar proyecto y obra, con la finalidad de que los licitadores puedan desplegar al máximo su capacidad innovadora y expresar su conocimiento del sector en contratos de complejidad técnica, como las instalaciones de tratamiento de residuos municipales, en donde el conocimiento técnico y el *know-how* reside en el mercado y la capacidad de la Administración de definir la prestación es limitada.

(25) SANTAMARÍA ARINAS alude a las críticas vertidas por diferentes autores en relación a la deficiente aplicación de la normativa de evaluación de impacto ambiental («Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, pp. 30-32). CUBERO MARCOS indica que «en algunos casos (...) la intervención de las administraciones públicas consiste fundamentalmente en encauzar el procedimiento y tratar de cohesionar diversos intereses más que a velar por la protección efectiva del medio ambiente» («La transposición de la Directiva en el estado español» en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 89).

El órgano de contratación puede limitarse en estos casos a definir las especificaciones técnicas «en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única» (art. 99.1, LCSP) (26). En estos casos, como ya hemos apuntado, el contratista será el que elabore el proyecto y, en buena lógica, el que deba impulsar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, la tramitación de la autorización ambiental integrada, salvo que los pliegos establezcan otra cosa. En todo caso, nos remitimos a las reflexiones ya vertidas sobre el carácter público o privado de los promotores de proyectos públicos.

No obstante, en estas situaciones lo que ocurre es que en el momento de la apertura de la fase de adjudicación, no existe un proyecto y, en consecuencia, puede no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental —aunque esto tiene matices con relación a las concesiones, que comentaremos más adelante—. Esto introduce un elemento de incertidumbre sobre las obligaciones ambientales precisas que se van a exigir al contratista en la DIA y, en su caso, en la AAI, que puede afectar a la viabilidad tanto de la oferta técnica como de la oferta económica. Una oferta considerada viable en el marco de un procedimiento de adjudicación contractual, puede devenir técnica y económicamente inviable, tras el sometimiento del proyecto, por el contratista, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, de autorización ambiental integrada. La emisión en fase de ejecución de la EIA y, en su caso, de la AAI puede hacer que la oferta técnica del contratista no se pueda llevar a efecto total o parcialmente e implicar modificaciones sustanciales del contrato, con las correspondientes repercusiones para el contrato en términos de desistimiento o resolución contractual. También puede incidir en el equilibrio económico contractual, lo cual puede dar lugar a dificultades relevantes en la ejecución del contrato o concesión, así como en el propio cumplimiento de las obligaciones ambientales.

El sometimiento a EIA de un proyecto público elaborado por el contratista o concesionario, esto es, después de la adjudicación del contrato en la fase de ejecución de la prestación, puede condicionar y reducir la calidad y la incidencia preventiva del procedimiento de evaluación ambiental. Además, la DIA, emitida en fase de ejecución, puede tener repercusión en la oferta del contratista e implicar modificaciones técnicas o generar desequilibrios económicos en la concesión. El órgano de contratación debe tener en cuenta esta posibilidad e introducir en los pliegos las cláusulas que permitan afrontar esta

(26) Como indica la LCSP, «se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten» (art. 99.1, LCSP).

situación, o bien, porque prevea las modificaciones derivadas del impacto de decisiones ambiental, o bien, porque introduzca la flexibilidad suficiente como para adaptarse a los eventuales cambios que sea preciso adoptar como consecuencia de la DIA, como las que afectan por ejemplo a la localización del proyecto o a la corrección de la propuesta técnica del adjudicatario.

La problemática de la que hablamos puede observarse en la Sentencia del TSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2019 (27). Trata de un recurso de apelación contra una sentencia de instancia que atiende el recurso de lesividad presentado por el Ayuntamiento de A Coruña, contra un acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2011 por la que se estimaba parcialmente una demanda de reequilibrio económico de la empresa concesionario de la instalación de tratamiento de residuos de la ciudad, en relación a los costes de transporte y tratamiento de rechazos producidos por la instalación de tratamiento de residuos de dicha entidad. El acuerdo preveía que el Ayuntamiento asumía el coste de gestión externa en vertedero del 55% del rechazo generado por la instalación. En este caso, la recurrente, la empresa concesionaria, alega que la declaración de efecto ambientales, emitida con posterioridad a la adjudicación del contrato, había impedido la ejecución de la oferta, al limitar aquella la capacidad de vertido del depósito de rechazos ofertado, obligando a la gestión externa del rechazo, una vez colmatado el vertedero ofertado, y generando así situación de desequilibrio que sirvió de base al acuerdo municipal de 2011. Con todo, en este caso, el TSJ de Galicia desestimó el recurso presentando al entender que «pese a las limitaciones de la DEA finalmente se construyó [tras sucesivas ampliaciones] un vertedero de capacidad igual al previsto en la oferta» (28).

(27) Rec. 4135/2018, ponente: Antonio Martínez Quintanar.

(28) Destacamos en este sentido el siguiente extracto de la sentencia: «Por tanto, no es controvertido, a la vista de la argumentación de la sentencia, que las posibilidades de vertido contempladas en la oferta inicial de la UTE adjudicataria eran superiores a las establecidas en la DEA. Este dato, basado en la mera comparación entre la descripción del vaso de vertido de la oferta y el autorizado por la DEA (siendo este inferior) no es ignorado por la sentencia, sino que, partiendo del mismo, se llega a la conclusión de que, a pesar de esa inferior capacidad de vertido autorizada en la DEA, la realidad de las cosas ha determinado que esa previsión de la DEA no ha impedido, por las circunstancias que se explican en la sentencia, que en la práctica la empresa haya ejecutado unos depósitos con capacidad similar a los previstos inicialmente, de lo que se colige que esa colmatación prematura no es atribuible a la DEA, ya que de hecho las limitaciones impuestas por esta no han impedido alcanzar esa capacidad de vertido.

Lo relevante, por tanto, no es realizar la mera comparación entre los términos de la DEA y la oferta inicial, sino la comparación entre los depósitos finalmente ejecutados por la concesionaria, sumado el inicial y la ampliación, y la descripción inicial contenida en su oferta, y en esta última comparación no se aprecia que los depósitos finalmente ejecutados tengan capacidad inferior a la prevista en la oferta. Por ello, resulta lógica y racional la conclusión que se alcanza en la sentencia cuando afirma que la DEA pudo influir en el coste de inversión que afrontó la UTE —ya que inicialmente, por efecto de la DEA, no pudo construir

No obstante, el TSJ de Galicia en la sentencia indicada apunta que «resulta lógica y racional la conclusión que se alcanza en la sentencia cuando afirma

el depósito previsto en su oferta, sino uno inferior que después se vio obligada a ampliar—pero no influyó en que el vertedero se colmatará mucho antes de lo previsto. Para juzgar sobre la suficiencia de la motivación del acuerdo del año 2011 que estimó parcialmente la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico resulta esencial esta consideración, especialmente a la vista del reconocimiento por el ingeniero municipal Marino, coautor del informe-propuesta que sirvió de motivación a dicho acuerdo, de que no se tuvo en cuenta en ese informe que el volumen final del vaso de vertido fue el mismo de la oferta, sin tener en cuenta las limitaciones de la DEA

Por todo ello resulta compatible asumir, por un lado, la certeza y corrección los datos expuestos en las declaraciones e informes transcritos en el recurso de apelación, en relación al inferior volumen de vertido autorizado en la DEA, y a pesar de ello, por otro lado, concluir que esas mayores limitaciones de la DEA no han impedido que, en la práctica, y como consecuencia de órdenes municipales, en la realidad de los hechos se haya construido un segundo vaso de vertido, para incrementar el volumen del inicial limitado por la DEA, con lo cual el volumen final y real de vertido ejecutado tras la ampliación supera el autorizado por la DEA.

No existe, en consecuencia, error en la valoración de la prueba, en el extremo impugnado, ya que para determinar las causas de la colmatación prematura del vertedero hay que atender al volumen real del vaso de vertido existente, tras la obra inicialmente ejecutada y tras la ampliación ordenada por la Administración municipal y no al nominal autorizado por la DEA, que no se corresponde con la realidad efectiva. En suma, aunque sea cierto que la DEA imposibilitó la construcción inicial de un vaso de vertido superior a 125.000 m³, no ha impedido que posteriormente se hayan ordenado y ejecutado ampliaciones que han determinado un volumen superior, que es el extremo que valora la sentencia, y que es el aspecto relevante para juzgar sobre el defecto de motivación del acuerdo de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, que prescindió del volumen real de vertido, limitándose a valorar la limitación de la DEA como un *factum principis* que había alterado la economía de la concesión, conclusión que no se cohonesta con las circunstancias posteriores acaecidas y la ampliación del vertedero» (FJ. 2º).

«(...) En cuanto a la DEA, ya se ha argumentado en fundamentos anteriores que se comparten las conclusiones de la sentencia de instancia sobre la ausencia de relación de causalidad entre la misma y la alegada ruptura del equilibrio económico de la concesión, ya que la colmatación prematura del vertedero se ha visto motivada por otras circunstancias, explicadas en el acto declaratorio de la lesividad y en la sentencia, y no por la DEA, cuyas limitaciones en cuanto a volumen de vertido no han impedido que de hecho se haya ampliado el volumen inicial y por tanto se haya alcanzado la previsión de la oferta sobre este extremo relativo a la capacidad del vertedero. No hay base, por tanto, para considerar la DEA como un *factum principis* determinante de la ruptura del equilibrio económico de la concesión, lo que hace caer la motivación de la resolución del año 2011 que estimó parcialmente la reclamación de la concesionaria (...).

El hecho de que no hubiera previsto el coste esa gestión a través de gestor autorizado no determina derecho a ser compensada, ya que es un error en las previsiones de la concesionaria, que no se origina por ningún hecho imputable a la Administración ni a la DEA, como se ha explicado y se motiva en la sentencia, y por tanto forma parte de los riesgos ordinarios de la explotación, que no se pueden trasladar automáticamente a la Administración sin la concurrencia de alguna circunstancia que permita modular el principio general de riesgo y ventura del contratista» (FJ. 5º).

que la DEA pudo influir en el coste de inversión que afrontó la UTE», derivada de las ampliaciones sucesivas del vertedero, cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal ya que dio lugar a «otra reclamación indemnizatoria, que se estimó parcialmente en el P.O. 171/2014 por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de A Coruña».

Por todo lo indicado, siempre que sea posible y conveniente (y ello va a depender del grado de complejidad técnica de la obra y el grado de conocimiento de la Administración), es preferible realizar la EIA en fase de preparación del contrato, de modo que los pliegos y el proyecto integren la DIA y los licitadores puedan presentar sus ofertas con un conocimiento preciso de las obligaciones y costes ambientales. Ello repercutirá, como hemos dicho, en la calidad y viabilidad de la relación contractual y, en su caso, del servicio público obligatorio que vaya a prestar el futuro concesionario. Aunque supone una inversión de tiempo razonable, que retrasa el inicio del procedimiento de adjudicación de la concesión, los licitadores van a poder realizar sus ofertas con la seguridad de disponer de un marco de condiciones ambientales claro y preciso, lo cual reduce los riesgos de reclamaciones de reequilibrio y, en consecuencia, de los posibles conflictos jurídicos ligados a ellas.

4. Los modificación de la DIA para introducir nuevas medidas de protección ambiental como causa potencial de desequilibrio económico contractual

Las condiciones de la declaración de impacto ambiental pueden modificarse, de oficio o a instancia de parte, cuando concurren una serie de circunstancias, entre ellas, «la entrada en vigor de nueva normativa que incida sustancialmente en el cumplimiento de las condiciones establecidas en la declaración de impacto ambiental», «cuando durante el seguimiento del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental se detecte que las medidas preventivas, correctoras o compensatorias son insuficientes, innecesarias o ineficaces» (art. 44.1, LEA).

En el caso de las instalaciones industriales (como las instalaciones de tratamiento de residuos) sometidas a EIA e igualmente a AAI, el órgano ambiental autonómico (competente para otorgar y controlar la AAI, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. En adelante LPCIC) también deberá revisar y, en su caso, podrá actualizar el condicionado de la AAI durante el ciclo de vida de la actividad (art. 26, LPCIC), cuando hayan transcurrido cuatro años de la aprobación de un nuevo documento de conclusiones relativas a la MTD de la actividad

principal, así como también cuando concurren determinadas circunstancias de forma sobrevenida (29).

Así, el órgano ambiental competente en materia de EIA puede, por tanto, iniciar el procedimiento de modificación de la declaración de impacto ambiental para dar cumplimiento a las exigencias de una nueva norma ambiental o cuando las medidas previstas en aquella sean «insuficientes, innecesarias o ineficaces». A ello se unen las posibilidades de actualización de la AAI por avances en las MTD o la concurrencia de circunstancias fácticas o legales sobrevenidas.

La LEA no prevé nada en relación al deber de compensación, o no, de los órganos ambientales en caso de modificación del condicionado de la DIA (30). La LPCIC sí se pronuncia sobre la cuestión. Indica expresamente que la revisión y, en su caso, actualización del condicionado de la autorización ambiental integrada no dará derecho a indemnización (art. 26.5, LPCIC), lo cual se deriva de la naturaleza propia de la AAI como autorización de tracto sucesivo. No obstante, una decisión ambiental de esta naturaleza puede generar un desequilibrio económico en la concesión que sí puede dar lugar a la obligación de compensación económica por parte del órgano de contratación, en los términos que establece la LCSP, que veremos a continuación.

Estas medidas de modificación o actualización del condicionado ambiental de la instalación pueden implicar inversiones para el concesionario, respon-

(29) «En cualquier caso, la autorización ambiental integrada será revisada de oficio cuando:

a) La contaminación producida por la instalación haga conveniente la revisión de los valores límite de emisión impuestos o la adopción de otros nuevos.

b) Resulte posible reducir significativamente las emisiones sin imponer costes excesivos a consecuencia de importantes cambios en las mejores técnicas disponibles.

c) La seguridad de funcionamiento del proceso o actividad haga necesario emplear otras técnicas.

d) El organismo de cuenca, conforme a lo establecido en la legislación de aguas, estime que existen circunstancias que justifiquen la revisión de la autorización ambiental integrada en lo relativo a vertidos al dominio público hidráulico de cuencas gestionadas por la Administración General del Estado. En este supuesto, el organismo de cuenca requerirá, mediante informe vinculante, al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada, a fin de que inicie el procedimiento de revisión en un plazo máximo de veinte días.

e) Así lo exija la legislación sectorial que resulte de aplicación a la instalación o sea necesario cumplir normas nuevas o revisadas de calidad ambiental en virtud del artículo 22.3» (art. 26.4, LPCIC).

(30) Sobre la modificación del condicionado de la DIA, ALENZA GARCÍA indica que «dado el carácter constitutivo y discrecional de las intervenciones ambientales, debe entenderse que dicha modificación no es indemnizable» (RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 415).

sable de la ejecución del proyecto y de la explotación de la instalación, que no estaban previstas ni en los pliegos, ni el proyecto, ni en la oferta técnica y económica del operador. Así, en la fase de ejecución de un contrato de concesión, el cumplimiento de una nueva obligación legal de protección ambiental o la modificación de la DIA o de la AAI pueden alterar el equilibrio económico del contrato, especialmente en el caso de proyectos de elevada complejidad técnica en el que las inversiones en nuevas técnicas implican costes elevados.

Este cuestión se planteó precisamente en el Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la AGE, con relación a un contrato de gestión de residuos para la explotación de una planta de tratamiento. Se trataba de una instalación en funcionamiento que debía cumplir con una nueva exigencia comunitaria en materia ambiental: la disponibilidad de una autorización ambiental integrada, de acuerdo con las previsiones de la ya derogada Ley 16/2002, de prevención y control integrado de la contaminación (31). La autorización ambiental integrada establecía nuevas condiciones de funcionamiento a la actividad, lo cuál suponía la realización de inversiones cuantiosas con relación al volumen de económico total de la concesión. Además el plazo de la concesión expiraba en dos años, por lo que no había tiempo para amortizar las obras a ejecutar. La Junta entendió que se trataba en «de un supuesto claro de aplicación de la denominada doctrina del *factum principis*»:

«Tradicionalmente, para considerar que nos encontramos ante un supuesto de *factum principis* se exige que concurran una serie de requisitos, cuales son una medida administrativa de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual.

En el presente caso, podemos considerar que existe una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida «ex novo» en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones.

(...) examinada la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha admitido la figura del *factum principis* como un supuesto de excepción a principio de riesgo y ventura en las concesiones, debe entenderse que en el caso presente nos encontramos claramente ante un supuesto de aplicación de la doctrina mencionada por concurrir los presupuestos que requiere. En efecto, se ha producido la adopción de una medida de carácter general, cual es la exigencia de nuevos requisitos para las instalaciones de tratamiento de residuos sólidos cuyo cumplimiento por

(31) Actualmente está en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (en el texto principal referenciada como LPCIC).

parte del concesionario podría suponer la ruptura del equilibrio financiero de la concesión. Ello, implica que, de en igual forma cabría considerar que concurren las condiciones exigidas por el artículo 258 de la actual Ley».

Con todo, la LCSP introduce previsiones específicas con relación a las concesiones, que matizan las posibilidades de reequilibrio económico derivado de normas o decisiones ambientales. La LCSP restringe en estos casos los supuestos en los que la Administración está obligada a compensar el desequilibrio económico del contrato.

En el caso de las concesiones de obra pública y de servicios, el órgano de contratación deberá de restablecer el equilibrio económico «cuando las actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (32)» (arts. 270.2, letra b, 290.4, letra b, LCSP). Surge el deber de compensación «solo» en los supuestos en que la «Administración concedente» (33) sea la que adopta, al mismo tiempo, la decisión ambiental con implicaciones en el equilibrio económico contractual; no, en el caso, por ejemplo, de modificación de las condiciones ambientales de funcionamiento de una instalación de gestión de residuos domésticos, promovida a nivel municipal, que sea llevada a cabo por el órgano ambiental autonómico. En este caso la administración ambiental sería la autonómica, y la administración concedente sería la municipal. Así, esta nueva previsión de la LCSP afecta especialmente a la garantía del reequilibrio de las concesiones municipales. No tiene sentido que, ante una decisión administrativa de modificación de la DIA o de la AAI, sea jurídicamente posible la compensación económica si la administración ambiental es también la administración que ha concedido la concesión, y no en caso de que se traten de administraciones diferentes (34).

(32) LAVILLA RUBIRA, J.J., menciona la indeterminación del concepto «ruptura sustancial de la economía del contrato». En este sentido entiende que no parece irrazonable «acudir, al aplicar tal concepto a los supuestos concretos que se susciten, a los criterios establecidos por el artículo 250.2.c) de la LCSP/2017 a efectos de determinar el carácter sustancial o no de las modificaciones contractuales» («Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, p. 1430).

(33) LAVILLA RUBIRA, J.J., entiende que aunque el artículo 270.2 «alude ahora solo a las actuaciones «de la Administración concedente», parece razonable entender que existirá el deber de reestablecer el equilibrio económico en el supuesto de que las actuaciones determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato procedan de una entidad instrumental dependiente de aquélla »(idem).

(34) GIMENO FELIÚ (2018) indica en este mismo sentido que esta regulación del *factum principis* debería haber englobado «cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad». Entiende asimismo que «la concesión se explota por el

No obstante, todo esto debe entenderse sin perjuicio, de la posibilidad de modificación contractual, y el consiguiente reequilibrio económico, en el caso de concurrencia de circunstancias sobrevenidas, de acuerdo con las previsiones del artículo 205.2, letra b, LCSP.

Por una parte, la LCSP limita la posibilidad de compensación económica en supuestos de *factum principis*, pero, por otra, reconoce al concesionario un derecho de desistimiento del contrato, como una suerte de compensación ante las restricciones a la posibilidad de reequilibrio económico.

El contratista tendrá derecho a desistir del contrato, sin derecho a indemnización, cuando este resulte «extraordinariamente oneroso» (35) para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

«a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato;

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato» (arts. 270.4, 290.6 LCSP).

El carácter restrictivo con el que se regula las posibilidades de reequilibrio económico en las concesiones, así como la posibilidad de desistimiento en el supuesto de aprobación sobrevenida de normas reglamentarias (derivadas de administraciones distintas a la concedente) y legales (que exijan la incorporación de avances técnicos (36)), plantean problemas para

contratista a riesgo y ventura. De tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide —más bien lo contrario— el reequilibrio financiero (...). «No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos» (GIMENO FELIÚ, J. M. (2018): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente» en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, p. 125, nota 197). Véase en este mismo orden de cosas GIMENO FELIÚ, J. M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, pp. 148 y 149.

(35) «Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar» (arts. 270.4, 290.6, LCSP).

(36) GIMENO entiende, acertadamente, que debería «(...) regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir

garantizar la adecuada prestación y continuidad de los servicios públicos obligatorios (37).

Los actos de modificación de las autorizaciones o declaraciones ambientales y la aprobación de normas ambientales a las que deben adaptarse las instalaciones existentes, forma parte del objetivo de mejora continua y adaptación tecnológica que rige las normas ambientales. En las instalaciones gestionadas con concesiones de larga duración y un componente tecnológico muy marcado, como las actividades de tratamiento de residuos, los avances y modificaciones tecnológicas derivadas de la aplicación o desarrollo Derecho ambiental son parte de su naturaleza. La LCSP no se adapta a esta realidad.

En este contexto, lo razonable hubiera sido, desde la perspectiva del objeto de estudio de este artículo, que la Administración concedente, titular del servicio, asumiera los costes ambientales sobrevenidos derivados de decisiones ambientales o de modificaciones normativas, siempre que supusieran una ruptura sustancial del equilibrio del contrato y con independencia de la administración de origen. Sin embargo, la LCSP solo permite compensar cuando el origen del desequilibrio esta en una modificación contractual o una actuación de la Administración concedente, trasladando al concesionario, en el resto de los supuestos, el coste de eventuales revisiones normativas o actualizaciones de actos ambientales, ofreciendo únicamente al operador económico la posibilidad de «devolver las llaves» a la administración concedente, cuando el contrato resulte «extraordinariamente oneroso». Esta solución no satisface el objetivo de garantizar la continuidad de la prestación de servicios públicos obligatorios, y puede implicar una finalización anticipada, innecesaria e ineficiente de la concesión, por circunstancias sobrevenidas normativas que son eventos ordinarios en el ciclo de vida de algunas instalaciones, como las actividades de tratamiento de residuos.

Además en el caso de que se lleven a cabo modificaciones normativas (reglamentarias, derivadas de una administración distinta a la concedente, o legales que impliquen avances técnicos), pero el impacto en el equilibrio

a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la TIR» [GIMENO FELLÚ, J. M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, pp. 148 y 149].

(37) TORNO MÁS indica que este derecho del contratista «[...] rompe con la obligación propia del contrato de gestión de servicios públicos de continuar prestando el servicio en todo caso (*exceptio non adimpleti contractus*), obligación que se considera inherente a la finalidad del contrato de gestión de servicios públicos, esto es, la garantía de la continuidad de la prestación» [en GIMENO FELLÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, p. 1480].

económico de la concesión no resulte «extraordinariamente oneroso» para el concesionario, éste no podrá desistir del contrato, ni podrá obtener compensación por las nuevas exigencias ambientales en la explotación de la actividad. Esto se producirá en el caso en que la incidencia de las «disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse» supongan un incremento neto anualizado de los costes menor al 5 por ciento «del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma» (arts. 270.4, 290.6, LCSP) (38). Teniendo en cuenta los márgenes tan exigüos con los que a veces compiten los operadores económicos en el mercado público de servicios públicos obligatorios, como el tratamiento de residuos, el régimen de la LCSP genera un contexto idóneo para el surgimiento de conflictos jurídicos y laborales durante la ejecución del contrato, que nada suman, sino restan, a la ejecución adecuada de la concesión, y que pueden dificultar la ejecución de la DIA y del derecho ambiental aplicable a la actividad. Asimismo, los operadores económicos pueden verse tentados a compensar los desequilibrios, no extraordinariamente onerosos, por vía interna, mediante la reducción de costes laborales o de mantenimiento, con las implicaciones que ello puede tener para la precarización del servicio. Este tipo de situaciones de incumplimiento contractual no siempre pueden verse desincentivadas si el régimen de control y de imposición de penalidades previsto en los pliegos no está adecuadamente articulado.

La mejor forma de reducir o evitar los efectos nocivos de estas previsiones de la LCSP es incorporar en los pliegos una cláusula de modificación contractual referida a la incorporación de mejores técnicas disponibles, tanto por el ejercicio de la potestad de modificación del condicionado de las autorizaciones o declaraciones ambientales por parte de los órganos ambientales competentes, como por la concurrencia sobrevenida de avances legales que obliguen a los concesionarios a asumir nuevos avances técnicos. Sería conveniente que esta modificación contractual estuviera vinculada a un determinado porcentaje de incremento de costes, de modo que el concesionario debiera asumir el riesgo económico por debajo del porcentaje determinado. Hay que tener en cuenta igualmente en cuenta que las inversiones en mejores técnicas disponibles, podrían incrementar los ingresos para el contratista. Pensemos por ejemplo en el titular de una instalación de tratamiento de residuos que

(38) LAVILLA RUBIRA, J.J., afirma que «a los efectos de la determinación de tal cifra de negocio —a la que se refiere el artículo 101.1, letra b, de la LCSP/2017 en relación con el cálculo del valor estimado de las concesiones de obras—, parece razonable, aplicando por analogía el criterio establecido por los artículos 280.3 y 282.c), tener en cuenta la cifra de negocios obtenida por el concesionario en los años anteriores en número equivalente al de los que resten hasta la terminación normal de la concesión» [«Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO FELLÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, p. 1432].

debido a las inversiones puede incrementar el porcentaje de recuperación de envases y, en consecuencia, los ingresos derivados del SIGRE correspondiente por este concepto. En ese caso, en el cálculo del incremento de costes derivado de la modificación contractual habría que tomar en consideración los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar, a los efectos de determinación de una eventual compensación económico en términos de reequilibrio contractual.

En este último sentido, cabe señalar, que más allá de lo indicado sobre las posibilidades de reequilibrio contractual en caso de avances técnicos derivados de actuaciones administrativas o reformas legales, no hay que perder de vista el potencial del pliego para generar incentivos económicos a la realización efectiva de la cláusula de progreso en el ciclo de vida de la concesión. Así en el caso de las instalaciones públicas de tratamiento de residuos, el pliego puede prever el pago de un precio por tonelada, de acuerdo con el precio unitario ofertado por el operador, y además un pago indirecto derivado de la posibilidad de cobrar directamente, total o parcialmente, los pagos realizados por el Sistema Integrado de Gestión y Recogida de Envases (SIGRE (39)) por la recuperación de envases y materiales recuperados, los ingresos procedentes de la venta de electricidad a la red eléctrica generada por la valorización energética del biogás o, en su caso, los ingresos derivados de la recuperación de vidrio en proceso. En este plano, el pliego tiene un elevado potencial para incentivar las inversiones en mejores técnicas disponibles, directamente vinculadas con la mejora de la capacidad de valorización de las instalaciones y, en consecuencia, con el incremento de ingresos para el concesionario explotador de la instalación.

5. La exigencia de división en lotes en los contratos públicos y la prohibición de fraccionamiento de proyectos de la normativa de EIA

En la definición del objeto del contrato, la LCSP dispone que «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes» (art. 99.3, LCSP). Esta previsión contrasta con la prohibición del fraccionamiento de proyectos con la finalidad de evitar su sometimiento al trámite de evaluación de impacto ambiental, cuando ésta dependa de las dimensiones del proyecto (40). Debe compaginarse por tanto la exigencia de la normativa de

(39) Es el caso de ECOEMBES, en relación a la recogida de envases.

(40) La LEA dispone que serán sometidas a evaluación de impacto ordinaria los «proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del anexo I mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados» (art. 7.1,

contratos de dividir las prestaciones en lotes, cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, con la finalidad de fomentar la participación de las PYME en el mercado público, con el objetivo de la normativa de evaluación ambiental de evitar el fraccionamiento de proyectos, para evitar el sometimiento de aquellos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

La división del contrato en lotes (o la licitación separada en varios contratos) de un contrato de obras no puede implicar la consideración aislada de los diferentes lotes (o contratos), a los efectos de evaluación ambiental, ni implicar, en consecuencia, el no sometimiento a evaluación de impacto ambiental de proyectos que considerados en conjunto conforman un proyecto único, por cuya magnitud estaría sometido a EIA. En estos casos la aprobación de los proyectos, a los efectos de la LCSP, sólo podrá llevarse a cabo válidamente cuando se verifique el sometimiento de los proyectos a un procedimiento de EIA, que valore de forma integral el proyecto (que conforman los diferentes lotes o proyectos parciales licitados de forma autónoma) en su conjunto. Adquiere nuevamente sentido la colaboración entre el órgano de contratación y el órgano ambiental, para evitar que en la fase de preparación del contrato se tomen decisiones que puedan implicar la vulneración de la exigencia de evaluación ambiental de la LEA.

La LCSP establece la posibilidad de excepcionar la regla general de división en lotes de la prestación. Así, el órgano de contratación «podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras» (art. 99.3, LCSP). En todo caso se considerarán motivos

letra a, LEA). También será sometidas a evaluación de impacto ambiental simplificada los «proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del anexo II mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados» (art. 7.2, letra d, LEA). Esta regulación trae causa de la doctrina del TJUE. Véase en este sentido las Sentencias del 16 de septiembre de 2004, asunto C 227/2001): «52 En efecto, como ha alegado acertadamente la Comisión, el proyecto controvertido forma parte de una línea ferroviaria de 251 km de longitud entre Valencia y Tarragona, que está comprendida en el proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo», que comunica el Levante español con Cataluña y la frontera francesa. 53 Si se admitiera la alegación del Gobierno español, el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva». Véanse igualmente las sentencias de 21 de septiembre de 1999, C-392/1996, apartado 76; de 25 de julio de 2008, asunto C-142/07, ap. 44; de 17 de marzo de 2011, asunto C-275/2009, ap. 36. La doctrina del Tribunal europeo ha sido incorporada por el Tribunal Supremo: STS de 16 de diciembre de 2004, recurso 4723/2001; de 8 de octubre de 2008, rec. 542/2006, F. 5.º. Véase también la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2005, n.º de recurso 780/2001.

válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, «el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes» (art. 99.3, LCSP). El cumplimiento de objetivos ambientales en la ejecución de una prestación o de las exigencias de la DIA o, en su caso, de la AAI pueden ser elementos a valorar a estos efectos, ya que la división en lotes puede generar dificultades para la gestión ambiental integrada o la coordinación de la ejecución de diferentes prestaciones o instalaciones de un establecimiento (41), que es lo que persigue la normativa de evaluación de impacto ambiental o de prevención y control integrado de la contaminación.

IV. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO A LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1. El papel de la contratación pública como mecanismo de refuerzo de las medidas de prevención del impacto ambiental, mediante la definición de prescripciones técnicas en la fase de preparación del contrato

El Derecho ambiental establece la obligación de evaluar el impacto medioambiental de determinados proyectos antes de su autorización, lo cual afecta evidentemente a la determinación del objeto del contrato en el caso de los contratos de obras o de las concesiones de obras públicas o de servicios. Estos proyectos públicos deben integrar de forma obligatoria exigencias de prevención ambiental, determinadas por el órgano ambiental competente, en su diseño y ejecución. Así, la libertad de definición del objeto del contrato por el órgano de contratación está delimitada por el marco tuitivo del Derecho ambiental y de los actos administrativos de aplicación, que predeterminan en buena medida las características técnico-ambientales de las prestaciones.

Con todo, la filosofía de la contratación pública verde (42), expresada en la LCSP, aboga por la definición de prescripciones técnico-ambientales que

(41) Pensemos nuevamente en un establecimiento de tratamiento de residuos, en la que se integran diferentes instalaciones: vertedero de gestión de rechazos; instalación de producción de energía derivada de biogás; planta de recuperación de envases y materiales de envases; nave de tratamiento de materia orgánica, etc.

(42) No es objeto de este estudio el análisis de las posibilidades y límites para la determinación de criterios o cláusulas ambientales en la preparación de los contratos. Esta

vayan más allá de el condiciones definidas por la declaración de impacto ambiental, aunque siempre que se trate de exigencias proporcionadas. «Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente», las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental (art. 126.4, LCSP). El hecho de que objeto del contrato afecte, o pueda afectar, al medio ambiente activa el mandato de integración ambiental dirigido al órgano de contratación. Esta circunstancia será apreciada por el órgano de contratación en atención al conocimiento y la información ambiental disponible, para lo cuál es relevante que existan vías de comunicación y colaboración con las autoridades ambientales, integradas en la propia administración licitadora o en otras administraciones territoriales, dependiendo de la naturaleza de la prestación en cuestión. No obstante, esta afectación es indudable en los proyectos de obras con repercusiones importantes para el medio ambiente, que son identificados por la legislación ambiental, particularmente, en la normativa de evaluación de impacto ambiental o de prevención y control integral de la contaminación, o en la propia normativa sectorial (atmósfera, residuos, etc.). Por tanto, en el caso de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental, el órgano de contratación estará obligado a definir prescripciones técnicas aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, aunque es cierto que una declaración de impacto ambiental de calidad puede reducir de forma importante las necesidades de establecer especificaciones técnicas complementarias.

2. La solvencia técnica y la calidad de los estudios de impacto ambiental

El órgano de contratación podrá exigir, «en los casos adecuados», la acreditación de la solvencia técnico-ambiental a los licitadores mediante la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario «podrá aplicar al ejecutar el contrato» de obras (88.1, letra d, LCSP) o de servicios (90., letra f, LCSP). En el caso de proyectos públicos sometidos a evaluación de impacto ambiental, claramente nos encontramos ante uno de esos «casos adecuados» para exigir la acreditación de la capacidad de gestión ambiental del contrato. Esta es una medida claramente necesaria y proporcionada en los contratos referidos a proyectos sometidos a EIA, que requieren, por ejemplo, de la adecuada gestión de residuos o de emisiones de polvo durante su ejecución.

cuestión ya la hemos analizado en *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012 y otros trabajos posteriores. Además, sobre la nueva LCSP, se ha publicado diversos trabajos colectivos: LAZO VITORIA, Ximena (Directora) (2018): *Contratación pública verde*, Atelier; GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla; RAZQUIN LIZARRAGA, M. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.

Entre las posibles medidas de gestión, podrá pedirse que los licitadores presenten «certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental» (EMAS, ISO 14000, UNE 216:301:2007, etc.), con las condiciones y límites que ya analizados en otros trabajos previos (art. 94, LCSP) (43).

Para la Directiva 2014/52/UE, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, uno de los objetivos prioritarios es incidir en la mejora de la calidad de los estudios de impacto ambiental. En este sentido su considerando 33 indica lo siguiente:

«Los expertos que participen en la preparación de los informes de evaluación de impacto ambiental deben estar cualificados y ser competentes. Para garantizar que la información proporcionada por el promotor sea completa y tenga un nivel de calidad elevado, se requieren conocimientos especializados suficientes en el ámbito del proyecto de que se trate a efectos de su examen por las autoridades competentes».

Para dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva (44), La Ley 21/2013 dispone lo siguiente:

«El promotor garantizará que (...) el documento inicial, el estudio de impacto ambiental y el documento ambiental, en el caso de la evaluación de impacto ambiental, han sido realizados por personas que posean la capacidad técnica suficiente de conformidad con las normas sobre cualificaciones profesionales y de la educación superior, y tendrán la calidad y exhaustividad necesarias para cumplir las exigencias de esta ley. Para ello, los estudios y documentos ambientales mencionados deberán identificar a su autor o autores indicando su titulación y, en su caso, profesión regulada. Además, deberá constar la fecha de conclusión y firma del autor» (art. 16, LEA).

La falta (creciente) de medios suficientes y/o de capacidad técnica de las administraciones públicas lleva en la práctica, habitualmente, a que los promotores públicos de proyectos se vean abocados a la externalización de los servicios de redacción y elaboración no sólo de los proyectos, sino también de los estudios de impacto ambiental. Así, la exigencia de capacidad técnica de la LEA debe trasladarse a las empresas que prestan estos servicios a las administraciones públicas. Los pliegos de estos contratos de servicio de con-

(43) PERNAS GARCÍA, J.J. (2012): *Contratación pública verde*, La ley, Madrid.

(44) Véanse los artículos 5.3, Directiva 2011/92, en su versión tras la modificación operada por la Directiva 2014/52.

sultoría ambiental deben definir requisitos proporcionados (45) de solvencia, que permitan garantizar que el personal del que dispone la eventual empresa contratista tiene la suficiente capacidad técnica y profesional. Esta exigencia comunitaria de solvencia técnica en la elaboración de estudios o documentos ambiental del documentos públicos más que marcar el camino hacia una adecuada profesionalización de las administraciones públicas, nos remite, en el contexto de actual de precarización progresiva de las administraciones públicas, a la necesidad de establecer requisitos técnicos rigurosos de admisión a las empresas que concurren a los contratos de servicios de consultoría ambiental (o a los contratos de obra o concesiones de obras o servicio, en donde se contrata igualmente la redacción y elaboración de proyecto y estudio ambiental), para la prestación de servicios técnicos vinculados a la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y a la vigilancia ambiental durante su ejecución y explotación.

Así, en los supuestos de contratos o concesiones de obras o servicios en los que se licita proyecto y obra o en los casos de contratos de consultoría para la realización de estudios de impacto ambiental, el órgano de contratación podrá exigir la indicación de los nombres y de la cualificación profesional (art. 76.1, LCSP) del concreto personal encargado de la realización de este trabajo de evaluación ambiental.

La LEA no establece ninguna formación específica. La concreción de las titulaciones exigidas debe llevarse a cabo dejando abierta «la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar» (46). De acuerdo con el «principio de libertad con idoneidad», frente al «principio de exclusividad y monopolio competencial», que debe ceder, y en ausencia de una previsión normativa sobre el técnico o titulación idónea o adecuada, serán idóneos en consecuencia los técnicos «que hayan adquirido esa formación [en materia de estudios de impacto ambiental] en los estudios referidos cursados para la obtención del título» (47). La exigencia de formación debe configurarse de modo abierto para evitar eventuales recurso derivados de la exclusión de determinadas titulaciones que capacitarían, de acuerdo con las premisas indicadas, para la realización de los trabajos técnicos ligados a la normativa de EIA.

(45) Resoluciones 58/2015, de 13 de febrero, 148/2016, de 19 de febrero, 252/2019, de 15 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

(46) Resoluciones 122/2013, de 31 de julio, 126/2013, de 27 de marzo, 112/2012, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

(47) Resoluciones 122/2013, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, FJ. 5º.

Para garantizar que el personal que va a intervenir en la realización del estudio de impacto ambiental es «competente», no solo es necesario acreditar su formación académica, sino que debe contar con la experiencia adecuada (48). Así, la experiencia del personal podrá acreditarse mediante la exigencia de la presentación de los estudios de impacto llevados a cabo. En coherencia con las previsiones de la LEA, los estudios de impacto ambiental presentados deberán identificar claramente a su autor o autores, así como la fecha de conclusión y firma del autor. También puede exigirse la experiencia de la empresa en trabajos similares, requiriendo por ejemplo la realización de un número mínimo de estudios de impacto ambiental en los últimos años, referidos incluso a una determinada tipología de proyectos o con una determinada localización en espacios sensibles (RED NATURA, etc.) (49). La acreditación de la experiencia de la empresa y del personal responsable de la ejecución del contrato deberá referirse a un período cercano a la licitación del contrato (dos últimos años, p.e.), de modo que pueda garantizarse que la experiencia se corresponda con el estado del arte más reciente.

La previsión de concretos requisitos de formación y experiencia en los pliegos contractuales y la posibilidad de excluir de la licitación a los operadores económicos que no acrediten la capacidad para desarrollar estudios de impacto de calidad, permiten dotar de mayor rigor y contenido a las previsiones del artículo 16 de la Ley 21/2013.

Las exigencias de solvencia técnica, referidas a la cualificación profesional y la experiencia, del concreto personal que va a llevar a cabo las labores de evaluación ambiental y/o seguimiento y aplicación del plan de vigilancia ambiental de una obra o servicio, deben cumplirse no solo en el momento de la admisión de los operadores en el marco del procedimiento de adjudicación, sino durante toda la ejecución del contrato. Por este motivo, debe articularse en los pliegos administrativos un régimen de imposición de penalidades, que desincentive cambios en el personal, sin el control administrativo correspondiente, que reduzcan la calidad de los profesionales que intervienen en el

(48) GARCÍA URETA indica, con buen criterio, que la competencia nos remite a un criterio de experiencia: «puede tratarse de un experto, debido a sus cualificaciones formales (títulos académicos) pero no competente, v. gr., porque no ha tenido oportunidad de trabajar en este contexto. Por lo tanto, el hecho de que la Directiva haya precisado la noción de experto mediante dos requisitos cumulativos requiere que, en primer lugar, una norma general lo exija y determine y, en segundo lugar, que se verifique si los redactores de los informes de impacto cumplen, en realidad, con dicha exigencia, v. Gr., a través de una relación de los trabajos realizados con anterioridad» [«La Directiva 2014/52 de evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 209].

(49) Resolución 582/2018, de 12 de junio de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

contrato. Asimismo, el órgano de contratación puede atribuir a estas exigencias de solvencia técnica el carácter de obligación esencial del contrato en los pliegos contractuales (art. 211.1, letra f, LCSP), de modo que todos aquellos cambios no autorizados que precaricen la capacidad técnica de la prestación puedan dar lugar a la resolución contractual.

No obstante, además de la acreditación de la solvencia técnica, el órgano de contratación, en atención a la especialidad del trabajo de evaluación ambiental, podrá exigir a los licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para la ejecución de la prestación (art. 76.2, LCSP). Se podrá exigir, en este sentido, que se disponga de un grupo mínimo de profesionales, con concretas titulaciones, para las labores técnicas de evaluación ambiental, con la finalidad de que quede garantizada la necesidad de contar con la perspectiva de diferentes profesionales y atender, así, al carácter multidisciplinar de las evaluaciones ambientales. De acuerdo con la doctrina del TACRC, la exigencia de medios personales mínimos está justificado por la especialización y el carácter multidisciplinar de la materia, y no debe entenderse como restricción o establecimiento de derechos exclusivos a favor de los profesionales recogidos (50).

(50) Véase en este sentido la Resolución 122/2013, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. Destacamos el siguiente extracto de la Resolución: «Centrándonos en la adecuación a derecho del indicado anexo, debe partirse de que la normativa reguladora de la Evaluación de Impacto Ambiental estatal o autonómica no exige una titulación concreta para la realización de tales estudios por su carácter pluridisciplinar. La tendencia jurisprudencial señala que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad y los principios de contratación del Sector Público tienden a favorecer la competencia.

Es cierto que, como decíamos, la tendencia jurisprudencial es evitar las prácticas restrictivas que impidan el acceso o reserven en exclusiva la realización de actividades a determinados profesionales, y no lo es menos que la titulación de Ingeniero Técnico Forestal capacita, de acuerdo con la Orden CIN 326/2009, para la realización de la evaluación de impacto ambiental, por lo que estos profesionales en buena lógica pueden acceder a todo tipo de contrato que implique el ejercicio de esta actividad.

Ahora bien, debe tenerse también en cuenta el carácter de la exigencia contenida en el Anexo I del PCAP, derivada del artículo 64.2 del TRLCSP cuando señala que los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores que además de acreditar su solvencia se comprometan a adscribir medios personales o materiales suficientes para ello, que implica que como mínimo y para garantizar la satisfacción del objeto del contrato, de todo el personal que la empresa adjudicataria pueda tener, el contemplado en el Anexo I deberá destinarse al proyecto licitado.

Dado el carácter pluridisciplinar de las actividades que lleva consigo la realización tanto del estudio de impacto ambiental, como el estudio de indicadores de la duplicación de la M-501, y el informe de las alegaciones evacuadas en trámite de información pública, es lógico que se exija un mínimo de personal a adscribir al objeto del contrato, muy especializado, —piénsese que se trata de un Ingeniero Técnico Superior de Montes, un licenciado en Biología,

Estos compromisos de adscripción de medios se integrarán en el contrato, «debiendo los pliegos o el documento contractual» atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los de una eventual resolución contractual en caso de incumplimiento (art. 211), o establecer penalidades (art. 192.2, LCSP) para el caso de que se incumplan por el adjudicatario (art. 76.2, LCSP). El órgano de contratación tienen la obligación de dotar a estos compromisos de uno u otro carácter en los pliegos contractuales, con la finalidad de garantizar que durante la ejecución de la prestación concernida se mantienen los mismos medios adscritos al contrato.

El artículo 16.2, LEA, exige igualmente que los autores de los documentos iniciales, los estudios de impacto ambiental o los documentos ambientales «serán responsable del contenido y fiabilidad de los estudios y documentos ambientales citados en el apartado anterior». Los pliegos que rijan el contrato (p.e., consultaría para la realización de un estudio de impacto ambiental) o concesión (p.e., de obra o servicio para la instalación o remodelación y gestión de una instalación de tratamiento de residuos) correspondiente deberían articular un régimen de imposición de penalidades que prevea detracciones en el supuesto de falta de calidad técnica del contenido de estos documentos ambientales, previendo incluso la calificación de estos incumplimientos como una condición esencial del contrato, que pueda dar lugar a la propia resolución del contrato en caso de no atender al nivel de calidad pretendido.

3. Criterios de valoración de las ofertas como una forma de reforzar el contenido de la declaración de impacto ambiental

La LCSP permite utilizar las «características ambientales» como criterios de adjudicación de las ofertas (145.2, LCSP), de acuerdo con los límites y las posibilidades ya analizadas en estudio previos, que no procede reiterar aquí (51). Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía

un Profesor Titular, Catedrático, Profesor de Investigación, Científico titular, Investigador titular o Investigador Científico perteneciente en cada caso como corresponda a un Centro, Instituto, Organismo Científico Oficial o Universidad.

Este es el personal que el adjudicatario debe poner a disposición de este contrato, como mínimo, sin perjuicio de que como es obvio este no será todo el personal a adscribir.

Desde esta óptica, y sin desconocer que la titulación propuesta por el Colegio recurrente, sí que es adecuada para la realización de parte del objeto del contrato, debe concluirse que sin embargo, el PCAP no supone restricción o establecimiento de derechos exclusivos a favor de los profesionales recogidos en el mismo, como prevención de adscripción mínima de medios, ante la especialidad del ámbito en el que incide el objeto del contrato..

(51) *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012.

procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (art. 145.2, LCSP).

Asimismo, la LCSP dispone que en los «contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente» se valorarán «condiciones ambientales mensurables», «tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos» (art. 145.3, letra h, LCSP) (52). Así, en el caso de contrato que tengan un impacto ambiental significativo deberán de utilizarse varios criterios de adjudicación, y entre ellos «condiciones ambientales mesurables».

La norma no precisa que se debe entender por «contratos cuya ejecución pueda tener impacto significativo en el medio ambiente». No obstante, en el caso de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental, es clara, en consecuencia la exigencia de introducir criterios de valoración ambiental de las ofertas para la adjudicación de contratos o concesiones de obras o servicios, ya que lo que hace precisamente esa normativa ambiental es identificar los proyectos con efectos adversos significativos.

Esta posibilidad permite reforzar las exigencias básicas de la DIA de un proyecto. Los pliegos podrían establecer un criterio de valoración que tome en consideración las ofertas que incluyan especificaciones técnicas o que adopten un plan de gestión ambiental, destinado a superar el nivel de protección de la Declaración de Impacto Ambiental ("DIA"), en particular en lo referente a las medidas protectoras, correctoras o compensatorias y al programa de vigilancia ambiental, y a reducir en consecuencia el impacto ambiental derivado del ciclo de vida del proyecto. Esto es habitual en la definición de pliegos administrativos referidos a las concesiones de servicios de instalaciones de tratamiento de residuos, donde se puede poner igualmente el acento en aspectos específicos vinculados a la naturaleza propias de estas actividades, como pueden ser la producción de olores. En el caso de que se trate de actividades no sometidas a evaluación de impacto ambiental, los pliegos pueden primar aquellas ofertas que incorporen aspectos medioambientales que no consten en el proyecto aprobado por la Administración o en la normativa técnica de aplicación, «tales como (...) estudios de identificación y evaluación de impactos y propuestas de medidas protectoras o compensatorias» (53).

(52) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenibles (LES) LES reitera la exigencia del artículo 150.3, letra h, con relación a las empresas públicas (35.2). Esta exigencia de la LES afecta a los contratos sometidos tanto a regulación armonizada como no.

(53) Propuestas en este sentido se incluían en el Proyecto de Orden Ministerial sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas

Los pliegos administrativos y técnicos ofrecen un marco de flexibilidad con un gran potencial para reducir el impacto ambiental de los proyectos, especialmente aquellos que tienen un período largo de explotación, y que no se agotan con la realización de la obra. La utilización de las mejoras cuya cuantificación no depende de un juicio de valor ofrecen interesantes posibilidades, siempre que vayan acompañadas de una definición completa y precisa y de una valoración económica que permita determinar su viabilidad, sin riesgo para la viabilidad del contrato. Me remito aquí a las consideraciones que sobre este asunto realizaremos en el apartado referido a la coordinación de la preparación de las concesiones de obra y servicios y del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Asimismo, el pliego de condiciones puede incentivar la adopción de medidas compensatorias, como mecanismo de apoyo a los objetivos de los planes ambientales de las administraciones públicas, como las estrategias de cambio climático o de infraestructura verde.

4. El contrato como un mecanismo de apoyo para garantizar el cumplimiento de la DIA y el informe de impacto ambiental y, con carácter general, las normas ambientales

A) Consideraciones generales

La integración de consideraciones ambientales en los contratos públicos permite a los órganos de contratación exigir o valorar estándares ambientales que van más allá de las exigencias legales básicas o, en su caso, estándares ambientales establecidos en fase de propuesta de Directiva o reglamento comunitario o en una norma que se encuentra en plazo de transposición, anticipando así la aplicación de sus previsiones en el marco de un determinado contrato.

No obstante, el régimen de contratación ofrece también instrumentos que permiten contribuir a una mejor aplicación de la legislación ambiental en la ejecución del contrato por parte de los diferentes operadores económicos que intervienen en ella (54). Así, uno de los aspectos más novedosos del cuarto

que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y de los organismos públicos de él dependientes (Informe 31/03, de 17 de noviembre de 2003, Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

(54) SANZ RUBIALES indica, acertadamente, que «estamos asistiendo, en materia de contratos, a una *transformación del Estado meramente comprador en el Estado «ordenador»*, como confirma el nuevo texto legislativo de contratos públicos, en virtud del cual la Administración utilizará la potestad de compra con fondos públicos como instrumento de políticas ambientales, para ordenar la actuación privada hacia el interés general mediante los estímulos a la producción verde y mediante el control de la legalidad ambiental de la actuación de las empresas contratistas» [SANZ RUBIALES, I. (2018): «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, p. 78].

paquete de directivas comunitarias sobre contratación pública, es el reforzamiento del papel del Derecho de contratos como medio para velar por el cumplimiento de la legislación ambiental:

«En aras de la integración adecuada de los requisitos medioambientales ambientales (...), resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores (...) tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de la legislación medioambiental (...) tanto nacionales como de la Unión Europea» (cdo. 37, Directiva 2014/24, cdo. 55, Directiva).

«Ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger (...) la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas ambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE» (cdo. 41, Directiva 2014/24, cdo. 59, Directiva 2014/23).

Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contratos públicos, los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental establecidas en el Derecho comunitario o nacional, los convenios colectivos o en los convenios internacionales previstos en el anexo V (art. 201, LCSP (55)).

Los pliegos, proyectos de obras y documentos contractuales de los contratos de concesión de obras o de servicios integran la DIA y la AAI, pasando a ser documentos que definen la relación contractual y el contenido ambiental de la prestación, cuya ejecución debe quedar plenamente garantizada por el concesionario.

Los pliegos deben prever la obligación de los contratistas de garantizar el cumplimiento de las normas ambientales y de las autorizaciones o evaluaciones ambientales, de modo que el contrato pueda configurarse así como un instrumento complementario de apoyo al cumplimiento de la DIA y de las autorizaciones ambientales (56). Como hemos apuntado, la consulta de expedientes de contratación de concesiones de servicios de instalaciones de tratamiento de residuos nos permite observar que, en unos casos, la Administración consta

(55) Este artículo recoge las previsiones del artículo 18 de la Directiva 2014/24, y del artículo 30.2 de la Directiva 2014/23.

(56) Véase sobre el papel complementario de los órganos de contratación en el cumplimiento del Derecho ambiental por los contratistas, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018): «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, pp. 84 y ss. Esta cuestión la hemos abordado en relación al proyecto de Directiva también en «Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde», en LÓPEZ RAMÓN, F. (2014): *Observatorio de Políticas Ambientales*, Aranzadi, pp. 458 y ss.

como «promotor» y, en su caso, «titular» de la instalación en su relación con la administración ambiental, atribuyendo al contratista la ejecución material de las actuaciones para garantizar el cumplimiento de la DIA y la AAI, del plan de vigilancia ambiental de las instalaciones y de todos los documentos e informes sobre el seguimiento de la instalación. En otros casos, los pliegos encargan al contratista la realización del proyecto y la tramitación de las correspondientes evaluaciones y autorizaciones ambientales, adquiriendo así la condición de «promotores» del proyecto y, en su caso, «titulares» de la instalación, asumiendo así la responsabilidad directa sobre el cumplimiento de los actos de autorización y declaración ambiental.

B) Información y consultas sobre las obligaciones en materia de evaluación de impacto ambiental

La LCSP dispone que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente (artículos 129.1, LCSP). En ese caso, el órgano de contratación que facilite esta información «solicitará» a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que «manifiesten haber tenido en cuenta» en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del medio ambiente (art. 129.2, LCSP).

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenibles (LES) permite a las empresas y personas físicas, que así lo deseen, compensar sus emisiones de CO₂ a través de inversiones en incremento y mantenimiento de las masas forestales, programas agrarios de reducción de CO₂ y otros programas que establezca la Administración general del Estado, en colaboración con las CCAA (art. 90.1). La LES dispone que podrá tenerse en cuenta a los efectos de lo dispuesto en el artículo 119, TRLCSP (actual artículo 129). No está clara la finalidad de esta previsión. El artículo 90.3, LES, parece querer incitar, simplemente, a los órganos de contratación a informar sobre los órganos que puedan facilitar información sobre las posibilidades de compensación de las emisiones de CO₂, con la única finalidad de animar a los contratistas a aplicar de forma voluntaria estas vías de compensación en la ejecución del contrato. Los pliegos de contratos o concesiones pueden prever condiciones especiales de ejecución destinadas a fomentar la compensación de los impactos ambientales, más allá de las propias previsiones de la DIA, estableciendo por ejemplo la exigencia de llevar a cabo proyectos ambientales por un determinado porcentaje anual sobre la base de precio anual del contrato. Asimismo, sería posible establecer mejoras a cargo del operador que definan expresamente posibles fórmulas de compensación de emisiones o de otros impactos, como pueden ser proyectos

de infraestructura verde vinculadas a la definición de soluciones basadas en la naturaleza, que contribuyan a reducir el impacto de las actividades.

En la aplicación de los criterios de adjudicación, los órganos de contratación pueden solicitar «informes técnicos que considere precisos» (art. 146.2, letra b, 150.1, 157.5, LCSP). Así mismo, estos informe podrán solicitarse «cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego» (art. 157.5, LCSP). En el caso de procedimientos de adjudicación de concesiones de servicios, referidas a la instalación o remodelación de instalaciones de tratamiento de residuos, la solicitud de informes a los órganos ambientales competentes en materia de EIA y/o AAI o organismos científicos o académicos, pueden ser una buena fórmula para evitar la adjudicación del contrato a empresas que no hayan tomado suficientemente en consideración las obligaciones derivadas de las normas ambientales (o incluso urbanísticas). Esta previsión enlaza con la previsión de la LEA que permite a los órganos ambientales solicitar informes a «organismos científicos, académicos u otros que posean dichos conocimientos», con la finalidad de garantizar que dispone de los conocimientos necesarios para evaluar los estudios y documentos de impacto ambiental (art. 9.5, LEA).

No obstante, somos conscientes que el realismo de esta propuesta puede estar condicionado por factores políticos, distorsionadores de la colaboración interadministrativa, o plantear dificultades prácticas para unos órganos ambientales, seguramente no sobrados de capacidad técnica para dar respuesta a la valoración preliminar de varias ofertas, de gran volumen y complejidad técnica, como ocurre en el caso de las instalaciones de tratamiento de residuos. Esta fórmula es en todo caso interesante para rechazar ofertas técnicas que «adolecen de error» o que incurrir en «inconsistencia que la hagan inviable» (art. 84, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) desde un punto de vista ambiental, evitando así la adjudicación a contratistas que no van a poder ejecutar las obras con las características o la localización propuestas.

La LCSP también prevé la posibilidad de «(...) requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales» (art. 157.5, LCSP). Este puede ser un instrumento interesante para reforzar la precisión y motivación de la valoración de las ofertas (57), siempre que hablemos de organizaciones no gubernamenta-

(57) Sobre el tema de la participación en el procedimiento de EIA, véase NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2016): «La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad», en

les con capacidad para aportar información técnica de calidad. En el caso de licitación de un proyecto de obra, que fue sometido a evaluación de impacto ambiental en la fase de preparación del contrato, esta posibilidad permitiría la participación reforzada de las ONG con capacidad técnica, de especial interés en el caso de que los licitadores hayan podido presentar mejoras o variantes ambientales al proyecto ya evaluado, que no pudieron ser tomadas lógicamente en consideración en la evaluación de impacto ambiental ya realizada. Asimismo, en el caso de licitación de proyecto y obra, la participación de ONG con capacidad técnica podría aportar información técnica relevante en la valoración de los anteproyectos desarrollados por los licitador y/o del programa de explotación ambiental de la instalación. También permitiría tener mayor información a la hora de apreciar la adaptación de la alternativa propuesta al cumplimiento de la normativa de evaluación de impacto ambiental, y del resto de la regulación ambiental de aplicación. Con todo, en el caso de que se opte por solicitar informes a las citadas entidades, el órgano deberá de adoptar todas las medidas necesarias para la prevención de conflicto de intereses (art. 64.2, LCSP).

Los pliegos de cláusulas administrativas pueden ser una herramienta para garantizar que los licitadores elaboran sus ofertas, tomando en consideración las implicaciones y límites de la normativa ambiental. Con todo, en el caso de que el proyecto haya sido aprobado por la administración concedente, la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental con carácter previo a la licitación permite al operador elaborar la oferta con precisión y da mayores garantías sobre la viabilidad técnico y económica de la propuesta del adjudicatario. En caso de licitación de proyecto y obra, el contratista deberá elaborar el proyecto, con carácter previo a la ejecución de la obra. En este supuesto sería oportuno establecer una condición de ejecución que obligue a realizar consultas previas a la Administración ambiental (art. 34, LEA), de modo que la elaboración del proyecto se desarrolle con la máxima precisión y corrección, reduciendo así los tiempos derivados de la subsanación de defectos en el marco del procedimiento de evaluación ambiental (una de las causas principales del incumplimiento de los plazos legales de estos procedimientos en la práctica). Armonizar el contenido de la propuesta técnica que deben presentar los licitadores, con el contenido de la consulta sobre el alcance del estudio de impacto ambiental, previsto en el artículo 34.2, LEA, puede facilitar la presentación temprana de la consulta por parte del contratista y reducir así el impacto en los plazos de elaboración del proyecto.

GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, pp. 117 y ss.

C) La determinación de condiciones de ejecución para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, de las autorizaciones y evaluaciones ambientales y, en su caso, de las cláusulas ambientales complementarias a la DIA en la fase de ejecución del contrato o concesión

Los órganos de contratación pueden fijar requisitos aplicables a la ejecución de las prestaciones (art. 202.1, LCSP), lo que ofrece diversas posibilidades de integrar los aspectos medioambientales. Con todo, la definición de las condiciones de ejecución ambientales pueden venir predeterminadas de forma precisa por las condiciones ambientales derivadas del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y de concesión de la autorización ambiental integrada. El Derecho ambiental y sus actos de aplicación reducen la libertad del órgano de contratación para la definición de la forma de ejecutar el contrato por parte del adjudicatario.

En todo caso, las condiciones de ejecución pueden ir más allá. Sobre la base de las normas ambientales, los pliegos podrán establecer, por ejemplo (58), medidas más exigentes sobre la conservación del lugar en el que se desarrollan las obras, que pueden reforzar el nivel de exigencia de la DIA o de la AAI. Así también, en el caso de que se licite proyecto y obra, las condiciones especiales de ejecución pueden predeterminar el nivel de protección ambiental que debe alcanzar el proyecto que deberá desarrollar el contratista, en la fase de ejecución del contrato o concesión (59). También se podrán establecer exigencias al contratista ligadas a la forma de presentación y a la claridad y comprensión del estudio de impacto ambiental (art. 36, LEA), de modo que en el trámite de información pública, propio del procedimiento de EIA, se facilite la participación del público en general (60).

(58) La LCSP dispone, en particular, que «se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica» (art. 202, LCSP).

(59) Comunicación interpretativa de la Comisión (2001), p. 7.

(60) NOGUEIRA LÓPEZ afirma que «las nuevas tecnologías pueden contribuir a apreciar la representación física del impacto de ciertos proyectos mediante la simulación virtual». Entiende que podría exigirse que «el resumen no especializado se acompañase de archivos gráficos que permitan apreciar, cuando menos su impacto físico en el territorio» [«La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, 2016, p. 149].

Estas condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo (art. 202.4, LCSP). Esta previsión es relevante en el marco de las concesiones de servicio o de obra, en las que el concesionario opte por subcontratar, como es habitual en algunos ámbitos, las labores de realización y ejecución del proyecto o del estudio de impacto ambiental, la prestación parcial del servicio público afectado o las labores de seguimiento del plan de vigilancia ambiental de la DIA o, en su caso, de la AAI.

D) La posibilidad de rechazar ofertas que no cumplan con las normas de protección ambiental y, particularmente, con las previsiones de la DIA o el IIA

Los poderes adjudicadores «podrán decidir» no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económica más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones del Derecho ambiental (art. 56.1, *in fine*, Directiva 2014/24). Por tanto, un licitador que presente una oferta técnica que no cumple con las exigencias de la DIA (del informe de impacto ambiental (IIA), en el caso de proyectos sometidos a evaluación ambiental simplificada, u otras previsiones de la normativa ambiental) podrá ver rechazada su oferta por incumplimiento de sus previsiones. Con todo es preciso notar que la Directiva 2014/23 de concesiones no establece una previsión similar.

El artículo 56.1, *in fine*, de la Directiva 2014/24 no ha sido transpuesto de forma precisa por la LCSP. No se entiende esa imprecisión. La redacción de la norma comunitaria es suficientemente clara, habilitando expresamente la posibilidad de rechazar la OEV en estos supuestos. La norma española reconoce «(...) la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental (...) en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, (...) o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental (...) que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V» (art. 201, párr. 2º). Sus previsiones son más genéricas. No reconocen expresamente esa posibilidad de exclusión de ofertas. Con todo, esta previsión, a la luz de la Directiva 2014/24, debe interpretarse en el sentido de que permite excluir las ofertas que contradigan las previsiones de las normas ambientales o de las decisiones ambientales que afectan a la actividad (DIA, IIA, AAI) (61).

(61) Véase en este mismo sentido LAZO VITORIA, Ximena (2018): *La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, especial referencia al coste de ciclo de vida*, en LAZO VITORIA, X. (2018): «Compra pública verde», Atelier, p. 133. La autora indica,

Esta posibilidad introduce un instrumento de especial importancia en aquellos casos de contratos, en la fase final de ejecución de los contratos, que se resisten al cumplimiento de exigencias normativas, que pueden implicar costes elevados, pero que son exigibles en el marco de sus obligaciones ambientales y contractuales. La expectativa de poder llegar a ser excluidos del procedimiento de adjudicación puede intervenir como un incentivo al comportamiento diligente del contratista en la ejecución plena de sus obligaciones normativas y concesionales.

De todas formas, esta ausencia de precisión va a retraer sin duda a los órganos de contratación a la hora de adoptar esta medida (62), con relación a aspectos, como los ambientales, que, en estos momentos, no están precisamente en el frontispicio del orden de prioridades de estas órganos. Por ello, consideramos relevante que se clarifique este aspecto de la LCSP, introduciendo una transposición literal del artículo 56.1, in fine, de la Directiva 2014/24, que extienda su aplicación igualmente al ámbito de las concesiones.

Por otra parte, el poder adjudicador exigirá al operador económico que explique el precio o los costes propuestos en la oferta, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras o los servicios de que se trate (art. 69.1, Directiva 2014/24). Estas explicaciones podrán referirse al cumplimiento de las obligaciones de Derecho ambiental, social o laboral, comunitario o nacional o previsto en los convenios internacionales recogidos en el anexo X (art. 69.2, Directiva 2014/24, letra d, en relación con el art. 18.2). Cuando los poderes adjudicadores comprueben que una oferta es anormalmente baja debido a que no cumple la legislación citada, la «rechazarán» (art. 69.3, Directiva 2014/24, transpuesta a través del artículo 149.4, LCSP).

La oferta de un concreto licitador puede plantear dudas sobre su viabilidad en relación al grado de exigencia técnica (y, en consecuencia, económica) de la DIA o del IIA o, en su caso, de la AAI. No obstante, esta apreciación no es sencilla. Los órganos de contratación tienen una capacidad muy limitada para llevar a cabo este análisis, especialmente en el caso de proyectos de gran complejidad técnica y con inversiones relevantes. Contar con el apoyo de los órganos ambientales competentes o, incluso, de los servicios de empresas de consultoría ambiental (con las salvedades apuntadas sobre eventuales conflicto de intereses), puede ser una vía para suplir las carencias de los órganos de contratación a los efectos de realizar esta apreciación y de motivar

a este respecto, que «el texto de la Directiva es prevalente y es obligatorio interpretar las normas internas de modo que se permita la plena aplicación y efectividad de las disposiciones europeas de contratación».

(62) LAZO VITORIA indica, con relación al artículo 201 de la LCSP, que «esta redacción puede desincentivar su aplicación (en los términos fijados por el legislador europeo) al entenderse que la atribución no es explícita (rechazo OEV)» (*idem*).

adecuadamente sus decisiones sobre la anormalidad de las ofertas. Esto es especialmente relevante si tenemos en cuenta que el órgano de contratación que toma la decisión de excluir una oferta por anormalmente baja, sobre la base de que no cumple la legislación ambiental, deberá refutar razonada y suficientemente las explicaciones del licitador afectado, sobre la base normalmente de un informe técnico concluyente que realice un análisis crítico de las razones expuestas por aquel (63).

E) La definición de un régimen de penalidades, que sirva de herramienta de apoyo para la mejor realización de los objetivos de la normativa de evaluación de impacto ambiental

Como hemos indicado los órganos de contratación deberán tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contratos públicos, los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental establecidas en el Derecho comunitario o nacional, los convenios colectivos o en los convenios internacionales previstos en el anexo V (art. 201, LCSP). Entre las medidas posibles, destaca la configuración de un régimen de imposición de penalidades que, en atención a la naturaleza de la actividad y el régimen ambiental aplicable, defina un sistema de infracciones que aludan al incumplimiento de las obligaciones ambientales exigibles al proyecto en cuestión.

El incumplimiento de las normas ambientales «dará lugar» a la imposición de penalidades, de acuerdo con las previsiones y límites del artículo 192 (art. 201, párr. 3º, LCSP). El órgano de contratación deberá definir en el pliego de forma precisa el régimen de penalidades, que garantice el cumplimiento de las condiciones de la DIA (o IIA) y, en su caso, de la AAI. Esto no solo es relevante en la medida en que el contrato puede ser una herramienta de apoyo importante para el cumplimiento de las normas ambientales, sino también para el cumplimiento del propio contrato, ya que las situaciones de cumplimiento defectuoso de las prestaciones contratadas, pueden derivarse de la resistencia de las concesionarias al cumplimiento de las obligaciones ambientales, cuando impliquen costes elevados.

Los pliegos podrán establecer penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de las características ambientales de la prestación objeto del mismo, para el incumplimiento de los compromisos de adscripción de medios

(63) Véanse en este sentido las Resoluciones 256/2015, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales. Véase también las Resoluciones 832/2014, de 7 de noviembre, del TARC y 306/2015, de 3 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Véase sobre esta cuestión igualmente ALBA PACHECO, Marta (2018): «Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales», en LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra pública verde*, Atelier, pp. 157 y 158.

(art. 76.2, LCSP) o de las condiciones especiales de ejecución (art. 202, LCSP) (art. 192, LCSP). El órgano de contratación podrá definir así un régimen de penalidades que garantice el cumplimiento de las cláusulas ambientales de los pliegos, como las referidas a los medios personales y materiales necesarios para un adecuado cumplimiento de la LEA o las obligaciones ambientales de ejecución del contrato, de carácter complementario a las previstas en la DIA.

Asimismo, al compromiso de adscripción de medios suficientes o a las condiciones especiales de ejecución de carácter ambiental (referidas, por ejemplo, al cumplimiento de las condiciones de la DIA), pueden otorgárseles en el pliego el carácter «obligaciones contractuales esenciales» (arts. 76.2; 202.3, LCSP), a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211, que prevé la posibilidad de resolución contractual (64). Asimismo, cuando el incumplimiento de condiciones especiales de ejecución no se tipifique como causa de resolución del contrato (art. 202.3, LCSP), el incumplimiento de cláusulas ambientales podrá ser considerado en los pliegos como infracción grave, a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71. Esto implica que en caso de incumplimiento de estas cláusulas el empresario se verá afectado por una prohibición de contratación, siempre que concurra «dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios» (art. 71.2, letra c, LCSP), cuyo alcance se limitará al ámbito contractual del órgano de contratación que la declare (art. 73.1, LCSP).

De todas formas, el régimen sancionador no siempre es la mejor herramienta para solventar los problemas de cumplimiento contractual y ambiental en la prestación de un servicio público. El mejor enfoque siempre es el preventivo, que se concreta en una definición clara y precisa de las prestaciones y de las condiciones de ejecución en los pliegos que rigen el contrato o concesión, particularmente de las ambientales en este caso, en la adecuada ponderación y determinación de los costes ambientales y de personal en la determinación del presupuesto base de licitación o, en su caso, en la correcta definición del plazo de duración y de una TIR que haga viable la concesión. Si esto no se cumple en la definición del contrato o de la concesión, de poco servirá la determinación de cláusulas ambientales que refuercen las previsiones de la DIA (o del IIA) o la AAI, ya que es probable que la ejecución de la prestación sea

(64) «Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general» (art. 211.1, letra f, LCSP).

deficitaria y que, incluso, esté en tela de juicio el cumplimiento de las exigencias mínimas de la normativa ambiental por parte del contratista.

V. LA COORDINACIÓN DE LA FASE DE PREPARACIÓN DE LAS CONCESIONES CON EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1. La integración del estudio de impacto ambiental en el estudio de viabilidad de la concesión

La LCSP prevé una serie de reglas que hablan de la coordinación del régimen de contratación pública con la normativa de EIA, con relación a los contratos de concesión de obra pública o de servicios. Así, «con carácter previo» a la decisión de construir y de explotar en régimen de concesión una obra pública, la Administración concedente tiene que realizar un estudio de viabilidad de las mismas (art. 247.1, LCSP). La tramitación de expediente de los contratos de concesión de servicios irá precedida, igualmente, de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad (art. 285.2, LCSP).

Entre la documentación que debe integrar este estudio de viabilidad en la preparación de las concesiones de obra, la LCSP menciona expresamente la definición de las «características esenciales» de la obra (247.2, letra a, LCSP) y «estudio de impacto ambiental, cuando este sea exigido por la legislación vigente» (art. 247.2, letra e, LCSP), es decir, cuando la obra que se pretenda realizar esté sometida a la exigencia de evaluación de impacto ambiental —de acuerdo con los anexos del Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, o de la normativa adicional de protección autonómica en esta materia—. La LCSP no precisa el contenido del estudio de viabilidad en el caso de las concesiones de servicio, por lo que debe entenderse que el contenido será el mismo que el de la concesión de obra, de acuerdo con la aplicación analógica del 247 de la LCSP. Por tanto, en el caso de concesiones de servicio, que comprendan la ejecución de obra, como en el caso de la construcción o renovación de una instalación de tratamiento de residuos, podrá igualmente ser exigible la presentación del estudio de impacto ambiental.

En el momento de la elaboración del estudio de viabilidad, la Administración debe tomar una decisión sobre si acudir al régimen de concesión de obras o servicios para la construcción y explotación de una determinada obra pública. No se está autorizando el proyecto, función que corresponderá *a posteriori* al órgano sustantivo que, en su caso, corresponda, ni se está aprobando el proyecto por parte del órgano de contratación. De hecho, en este momento no existe ni anteproyecto, ni proyecto de obra. La Administración concedente deberá definir solo sus «características esenciales». Así, pese a las previsiones de la LCSP, se nos plantea la duda sobre si este debe ser el momento adecuado

para evaluar los efectos de la obra propuesta y, en consecuencia, para la presentación del estudio de impacto ambiental.

La evaluación ambiental implica el análisis ambiental de los efectos significativos que tienen, o pueden tener, los «proyectos», antes de su adopción, aprobación o autorización (art. 5.1, LEA). El trámite de información pública, trámite previo a la iniciación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria, exige la puesta a disposición del público del «proyecto y el estudio de impacto ambiental» (art. 36.1, LEA). La iniciación en sentido estricto del citado procedimiento exige la presentación por el promotor de una solicitud de iniciación del procedimiento, que contendrá «el documento técnico del proyecto» y «el estudio de impacto ambiental» (art. 39.1, LEA).

Parece en consecuencia que el proceso de evaluación ambiental y el estudio de impacto ambiental deben llevarse a cabo sobre la base de un proyecto de obra. La LEA no define el concepto de proyecto, como documento técnico en donde se define las características técnicas de la actuación. La LCSP sí define el concepto de proyecto (art. 233) (65). ¿Debe llevar a cabo el estudio de impacto ambiental solo a partir del momento en que el promotor público disponga de un proyecto con el contenido expresado en la LCSP?

Entiendo que procede, en coherencia con la doctrina del TJUE, hacer una aproximación material, no meramente formal, a esta cuestión. El TJUE ha indicado que el momento en el que se debe llevar a cabo la evaluación es aquel

(65) Los proyectos de obras deben contener al menos:

«a) Una memoria en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

b) Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.

c) El pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que esta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución.

d) Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración. El presupuesto se ordenará por obras elementales, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

e) Un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

f) Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra.

g) El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.

h) Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario» (art. 233.1, LCSP).

que permita «identificar y evaluar *todos los efectos* que dicho proyecto pueda producir en el medio ambiente» (66). Por tanto, la presentación del estudio de impacto ambiental tiene sentido en aquel momento en que el promotor, sobre la base del nivel de definición de las características técnicas de la actuación, pueda identificar y llevar a cabo una valoración ambiental de todos los efectos ambientales potenciales de la actuación prevista.

Desde la perspectiva de la LCSP, esto podría ser posible en fase de preparación tanto de un proyecto, como de un anteproyecto de obra e, incluso, en el momento de preparación del estudio de viabilidad. Con todo, desde la perspectiva del cumplimiento efectivo de la LEA, parece menos probable que el momento de realización del estudio de viabilidad sea el más adecuado, cuando menos en la generalidad de los casos. Para la determinación efectiva del momento idóneo para la realización del estudio de impacto ambiental, creo que es relevante que el órgano de contratación realice consultas a las administraciones u órganos ambientales con competencia en la evaluación de impacto ambiental del proyecto correspondiente, de modo que estos, en función del grado de detalle de la obra y de la filosofía, más o menos flexible, que se pretenda dar a los pliegos contractuales, podrán dar indicaciones sobre en qué momento debe llevarse a cabo el estudio de impacto ambiental y dar impulso al procedimiento de evaluación.

Si se da la premisa indicada, que el documento técnico permita identificar y valorar todos los efectos ambientales, anticipar la evaluación ambiental a la fase de estudio de viabilidad de una concesión, permite, en principio, cumplir uno de los objetivos básicos de la regulación ambiental: que la integración de consideraciones ambientales y la participación pública se puedan anticipar en una fase de preparación del proyecto en el «estén abiertas todas las opciones relativas a la determinación del contenido, la extensión y la definición del proyecto» (art. 36, LEA).

Con todo, hay que ser consciente que en ese momento de la preparación del contrato no existe un proyecto, sino una mera evaluación sobre la decisión inicial sobre la viabilidad de la concesión, por lo que dependiendo de la complejidad del proyecto y del nivel de maduración de la idea técnica de la obra, puede que este no sea el mejor momento para iniciar el procedimiento de evaluación ambiental, debido a la imposibilidad para identificar y poder evaluar en consecuencia todos los efectos ambientales de los procesos técnicos que integran la obra y, en su caso, su explotación. Por ello, más que de un «estudio de impacto ambiental de un proyecto» (en el sentido del artículos

(66) Véanse las sentencias de 7 de enero de 2004, *Wells*, asunto C201/02, apartado 52, y de 28 de febrero de 2008, *Abraham y otros*, asunto C2/07, apartado 26.

5.3, letra c (67), y 35 de la LEA) podríamos pensar que en estos casos lo más razonable sea buscar la coherencia con las actuaciones previas de la normativa de evaluación ambiental. Así, en el caso de proyectos sometidos a evaluación ambiental *ope legis* (anexo I, LEA, proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental ordinaria), lo más razonable en este sentido sería exigir al órgano de contratación, más que un estudio de impacto ambiental, un «documento inicial» con el contenido del artículo 34 de la Ley 21/2013 (68). Así, con carácter general, entendemos que en las fases iniciales de preparación de las concesiones, debería ser exigible que los órganos de contratación tuvieran que solicitar el alcance del estudio de impacto ambiental al órgano ambiental en el caso de los proyectos en régimen de concesión. Recordemos, sin embargo, que la LEA ha configurado la solicitud del alcance del estudio como una mera posibilidad en manos del promotor; no estando obligado a su presentación con carácter previo a la iniciación del procedimiento ordinario de evaluación de impacto ambiental. En el caso de los proyectos públicos debería haberse establecido como un trámite previo obligatorio (69).

La determinación del alcance del estudio por parte del órgano ambiental facilita la preparación del anteproyecto y/o proyecto al órgano de contratación y del correspondiente estudio de impacto ambiental. Contribuye también a una mejor definición del objeto del contrato y a una mayor eficiencia y calidad de las decisiones administrativas ambientales que afectan a la aprobación del proyecto. En el caso de que el proyecto sea elaborado por el contratista

(67) Estudio de impacto ambiental: «documento elaborado por el promotor que acompaña al proyecto e identifica, describe, cuantifica y analiza los posibles efectos significativos derivados o que puedan derivarse del proyecto, así como la vulnerabilidad del proyecto ante riesgos de accidentes graves o de catástrofes, el riesgo de que se produzcan dichos accidentes graves o catástrofes y el obligatorio análisis de los probables efectos perversos significativos en el medio ambiente en caso de ocurrencia. También analiza las diversas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, y determina las medidas necesarias para prevenir, corregir y, en su caso, compensar, los efectos adversos sobre el medio ambiente» (art. 5.3, letra c, LEA)

(68) El contenido básico del documento de inicio es el siguiente: «a) La definición y las características específicas del proyecto, incluida su ubicación, viabilidad técnica y su probable impacto sobre el medio ambiente, así como un análisis preliminar de los efectos previsibles sobre los factores ambientales derivados de la vulnerabilidad del proyecto ante riesgos de accidentes graves o de catástrofes. b) Las principales alternativas que se consideran y un análisis de los potenciales impactos de cada una de ellas. c) Un diagnóstico territorial y del medio ambiente afectado por el proyecto» (art. 34.2. LEA).

(69) ROSA MORENO entiende, acertadamente a mi juicio, que si se trata de un proyecto público, y teniendo en consideración que el órgano ambiental se ubica dentro de la misma Administración pública, hubiese sido preferible exigir dicha participación del órgano ambiental desde las actuaciones previas, participación que, en virtud de la obligada coordinación competencial, debería realizarse en todo caso» [«Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 127].

y el procedimiento de evaluación sea impulsado por aquel, la emisión del «documento de alcance» del estudio de impacto ambiental permitiría definir de forma más precisa el objeto del contrato, así como reduciría el riesgo de presentación de ofertas inviables desde el punto de vista ambiental, con los consiguientes riesgos jurídicos en la fase de adjudicación del contrato.

La integración de la determinación del alcance de estudio de impacto ambiental o la propia elaboración, en su caso, del estudio de impacto ambiental en la fase de preparación del contrato, requiere de una planificación que no es la regla común en la formación de las concesiones, bien sea por falta de previsión del órgano de contratación, bien sea por las urgencias del cortoplacismo político. Esta planificación exige un esfuerzo de previsión importante, ya que en el caso de concesiones de obra o de servicio, hablamos en algunos contratos, como los de gestión de instalaciones de tratamiento de residuos, de procesos contractuales (preparación, adjudicación y puesta en marcha de la obra y servicio) que pueden durar varios años.

En el caso de proyectos incluidos en el anexo II de la LEA (proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental simplificada), el órgano de contratación debe integrar en el estudio de viabilidad un «documento ambiental» en el sentido del artículo 45 de la LEA, en vez del estudio de impacto indicado por el artículo 247 LCSP. Antes de la aprobación del anteproyecto o proyecto, previamente a la licitación, el órgano de contratación, en función del resultado del procedimiento de evaluación ambiental simplificada, deberá, o bien, integrar directamente en el contenido del anteproyecto o proyecto el informe de impacto ambiental (IIA), o bien, impulsar el procedimiento de evaluación ambiental ordinaria y obtener la correspondiente DIA favorable. En el caso de que la administración elabore un anteproyecto puede trasladar al contratista, mediante los pliegos de la concesión, la exigencia de preparar el proyecto definitivo y el impulso del correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria. Esto puede tener sentido cuando el grado de detalle del anteproyecto no permita identificar y valorar todos los efectos sobre el medio ambiente, cuando los pliegos técnicos definan objetivos de rendimiento funcional (como conseguir una determinado nivel de recuperación de envases, o de porcentaje de rechazo en una instalación de tratamiento de residuos) y configuren el anteproyecto como una mera referencia técnica para los licitadores, de modo que estos dispongan de libertad para la definición de la propuesta técnica de obra, o, incluso, cuando sea el concesionario el que debe de proponer la ubicación del proyecto en cuestión, al no disponer la administración concedente de terrenos de su titularidad.

La LCSP indica igualmente que en los supuestos en que la obra planteada no esté sometida a evaluación de impacto ambiental, el estudio de viabilidad

contendrá de todas formas «un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias» (art. 112.2, letra d, LCSP). Aunque no se precisa el contenido de este análisis, parece que debería tratarse de un análisis de contenido similar «documento inicial simplificado», al que hace referencia la LEA en su artículo 34.2. No se precisa el procedimiento para llevarlo a cabo. Se trata de una exigencia de evaluación ambiental preliminar e impropia que afecta a todas los proyectos de obras públicas en régimen concesional, aunque no estén sometidas expresamente al procedimiento de EIA. Una análisis de estudios de viabilidad de diferentes concesiones parece mostrar que en los supuestos en los que el órgano de contratación entiende, previa consulta o no a las autoridades ambientales, que el proyecto no está sometido a la exigencia de evaluación ambiental, se omite, generalmente, cualquier estudio del análisis de alternativas y de medidas correctoras y protectoras.

En el caso de las concesiones de obra, la Administración concedente podrá acordar «motivadamente» la sustitución del estudio de viabilidad por un «estudio de viabilidad económico-financiera» (art. 247.6, LCSP). En caso de realización exclusiva de un estudio de viabilidad económico-financiera, el estudio de viabilidad se vacía de su perspectiva ambiental. No es exigible la realización del estudio de impacto ambiental, ni un análisis de alternativas ambientales. Solo permanece un análisis estrictamente económico.

La LCSP indica que se podrá sustituir el estudio de viabilidad por uno de carácter económico-financiero, «cuando por la naturaleza y la finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida considerara que este es suficiente» (art. 247.6, LCSP). Este supuesto de hecho habilitante es impreciso. Parece razonable entender que ello puede ser posible en relación a actuaciones de escasa complejidad técnica o de menor cuantía. Podría justificarse el recurso a la realización directa del estudio económico-financiero, por ejemplo, cuando estemos hablando de renovación de una concesión de servicios de una instalación de tratamiento de residuos ya existente (cuya viabilidad ya fue valorada en su momento), que implique exclusivamente la renovación interna de equipos o técnicas, sin transformación física de las instalaciones del establecimiento, y se disponga de un informe del órgano ambiental competente indicando que la modificación prevista tienen un carácter no sustancial.

En relación a las concesiones de servicio, la LCSP prevé igualmente posibilidad de realizar un estudio de viabilidad «o en su caso» un estudio de viabilidad económico-financiera». No indica expresamente en que supuesto procede este último, por lo que parece razonable que el órgano de contratación deba motivar esa decisión en los mismo términos que lo previsto para las concesiones de obras en el art. 247.6, LCSP.

2. La trámite único de información pública para el estudio de viabilidad y el estudio de impacto ambiental

El estudio de viabilidad en las concesiones de obras tiene que someterse al trámite de información pública, por el plazo de un mes, aunque podrá prorrogarse por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo (art. 247.3, LCSP). Esta exigencia (y el resto de los requisitos que se indican en este epígrafe) deberá entenderse aplicable analógicamente a la aprobación del estudio de viabilidad en las concesiones de servicio, aunque es cierto que no hay una previsión específica al respecto en la LCSP.

Por otra parte, en el procedimiento de evaluación ambiental ordinaria el «estudio de impacto ambiental», que en principio se integra en el estudio de viabilidad, debe ser sometido igualmente a esta exigencia (at. 36, LCSP). No obstante, en el caso de tratarse de actividades sometidas al procedimiento de evaluación ambiental simplificada, no se daría el caso, ya que este tipo de proyectos estarían sometidos exclusivamente al trámite de consultas a las administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas (art. 46, LEA).

La LCSP coordina ambas obligaciones de transparencia y participación: el trámite de información pública del estudio de viabilidad «servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva» (art. 247.4, LCSP) (70). Se trata de una medida de integración y simplificación procedimental. Con todo, pese al loable intento integrador del legislador, el trámite de información pública previsto en la LEA implica la presentación del «proyecto» y del «estudio de impacto ambiental», razón por la que no siempre el trámite de información pública del estudio de viabilidad permitirá cumplir las exigencias del artículo 36 de la LEA. Entendemos que no se cumplirían las exigencias de la normativa ambiental citada cuando el nivel de detalle y definición de las características esenciales de la obra en el estudio de viabilidad, impida disponer tanto de una identificación y valoración completa de todos los efectos ambientales, como de la información precisa para que se pueda llevar

(70) Informe 4/2005, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid, sobre aplicación del título V del Libro II de la Ley de contratos de las Administraciones públicas en las concesiones de obras públicas de carreteras de la Comunidad de Madrid: «De lo expuesto se desprende claramente que el trámite de información pública a que se someta el estudio de viabilidad servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 29 de la LEACM, al objeto de no reiterar los mismos trámites, con la consiguiente complicación y ralentización del procedimiento y evitar colusión con la regulación prevista en la LCAP. Igualmente se entiende que el traslado del estudio de viabilidad para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y corporaciones locales afectadas cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico que deberán emitirlo en el plazo de un mes, cumple con el trámite de consulta previa a los citados organismos».

efecto una participación efectiva en el procedimiento. Cuando esta premisa no se cumpla, el trámite de información pública podría servir al menos para dar cabida a las «consultas a la administraciones afectadas y a las personas interesadas», que prevé el procedimiento de determinación del alcance del estudio de impacto ambiental (art. 34, LEA), en el caso de que se impulse por el órgano de contratación.

Por otra parte, cuando se sustituye el estudio de viabilidad por el de viabilidad económico-financiera, no es exigible el trámite de información pública. Por ello, con buen criterio, la LCSP obliga a la Administración concedente a elaborar, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto para asegurar que se realiza el trámite de información pública, en el que se integrará el correspondiente estudio de impacto ambiental (art. 247.6, LCSP).

3. La elaboración y aprobación del anteproyecto y/o proyecto de construcción de la obra pública y la integración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental

En el contrato de concesión de obra pública, la Administración concedente podrá acordar, una vez aprobado el estudio de viabilidad, la redacción del correspondiente anteproyecto de construcción y explotación de la obra, «en función de la complejidad de las obras y del grado de definición de sus características» (artículo 248.1, LCSP). De acuerdo con estos mismo parámetros, procederá también la elaboración y aprobación de un «anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización», en el caso de las concesiones de servicio que comprendan ejecución de obra (art. 285.2, LCSP).

El órgano de contratación puede optar motivadamente por la elaboración de un anteproyecto, en vez de un proyecto, en el supuesto en que la complejidad técnica del proyecto y la necesidad de contar con el conocimiento y las soluciones aportadas por los operadores económicos del sector, haga más oportuna la licitación conjunta de proyecto y obra (71). Esta parece ser

(71) En el caso del régimen aplicable a los contratos de obras se prevé la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes, que tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente: «a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra; b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas» (art. 234, LCSP). Es importante señalar que la posibilidad de licitar proyecto y obra en el caso de concesiones de obra pública y servicios no tienen el carácter excepcional con el que se plantea en el caso del contrato de obra. Véase en este sentido lo que dispone la Resolución 48/2015 de 25 de

la opción más razonable en aquellos supuestos en donde el conocimiento técnico de las instalaciones concernidas y sus modalidades de gestión esté en los operadores económicos del sector, y el grado de complejidad y diversidad de las propuestas haga más oportuno permitir a los licitadores expresar su conocimiento y capacidad innovadora. Además, la licitación sobre la base de un anteproyecto que establece objetivos de rendimiento o exigencias funcionales permite un margen más amplio de creatividad en el mercado y, en algunos casos, permitirá el desarrollo de soluciones innovadoras desde un punto de vista ambiental y más eficientes en el plano económico (72). Este es el caso de las licitaciones de contratos de gestión de instalaciones de tratamiento de residuos, normalmente articuladas con este esquema.

En estos casos la empresa adjudicataria, como concesionaria, presentará el proyecto definitivo al órgano de contratación para supervisión y aprobación del proyecto, antes de la ejecución de las obras. En el procedimiento de supervisión técnica de proyectos (art. 235, LCSP) deberá quedar acreditada la tramitación del correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental (y, en su caso, del procedimiento de concesión de la autorización

marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: «No se aprecia ningún obstáculo, como ya señalábamos en nuestra Resolución 18/2011, de 8 de junio, citada más arriba, para que sea el adjudicatario del contrato de concesión de obras el encargado de la redacción del proyecto, sin necesidad de su licitación separada, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 124 del TRLCSP en cuanto a la excepcionalidad de contratación conjunta de proyecto y obras, puesto que el régimen jurídico de la preparación del contrato de obras y del de concesión de obras es distinto, sin que quepa la aplicación supletoria del indicado precepto a este último tipo contractual. Esto último se relaciona directamente con la naturaleza y contenido del contrato ante el que nos hallamos que se caracteriza por la asunción del riesgo derivado de la explotación por el concesionario de la obra, tal y como se desprende de la jurisprudencia derivada de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, y de la propia regulación de la actual Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, de concesiones. En toda concesión, a la Administración le corresponde lógicamente la apreciación de la necesidad pública que se trata de cubrir, la realización de un estudio de viabilidad en los términos del artículo 128 y, en su caso, la redacción del correspondiente anteproyecto en el que la obra se defina y presupueste, en una primera aproximación a la misma. Ahora bien, a partir de ese momento, el concesionario (incluso antes los licitadores) tienen un papel activo y protagonista en la operación y, así, «podrán introducir en el anteproyecto las variantes o mejoras que estimen convenientes» (artículo 129.5 TRLCSP); más aún, en la mayor parte de los casos a él le corresponde la redacción del proyecto (esto, que es muy excepcional en el contrato de obra, es lo habitual en las concesiones). Todo ello es lógico, porque es él quien va a explotar la obra y debe realizarla de modo que se incentive su utilización. Pero justamente por ello, sobre él recaerá también la responsabilidad y el riesgo de sus errores o defectos. Así lo establece el artículo 130.4 TRLCSP, cuando dice: «El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración».

(72) COMISIÓN EUROPEA, *Buying green. A handbook on green public procurement*, 2ª edición, 2011, p. 30.

ambiental integrada), con carácter previo a la aprobación del proyecto. La redacción del proyecto definitivo y la ejecución de las obras estará condicionada a la obtención de la DIA favorable (73). Así es razonable que en estos supuestos el cómputo de los plazos para la ejecución del proyecto de obra, fijado en los pliegos contractuales, se lleve a cabo desde la obtención de la DIA favorable o, en su caso, de la autorización ambiental integrada. Como hemos comentado en epígrafes previos, en este caso, el concesionario es el que debería tener la consideración de «promotor» del proyecto a los efectos de la normativa de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, de «titular» de la autorización ambiental integrada.

La LCSP dispone un contenido mínimo para el anteproyecto en las concesiones de obra (art. 248.2, LCSP). Esta exigencia de contenido mínimo del anteproyecto, pese a la ausencia previsión legal expresa, deberá entender aplicable analógicamente al contenido del anteproyecto en el caso de las concesiones de servicio, que comprendan la ejecución de obra.

El anteproyecto deberá contener entre su documentación, entre otros documentos, una memoria en la que se expondrán, entre otras cuestiones, «los factores medioambientales» considerados «para atender el objetivos fijados y la justificación de la solución que se propone» (artículo 248.2, letra a, LCSP). Así, deberá recoger en consecuencia información sobre los «factores ambientales» considerados, con independencia de si el proyecto está sometido o no a evaluación de impacto ambiental. La norma no precisa cuáles son esos factores a tener en cuenta, ni el nivel de detalle con el que deben ser abordados. Si el proyecto está sometida a la exigencia de EIA, ello no representa un gran inconveniente, ya que la LEA sule claramente esta carencia a través de la aplicación de esta técnica preventiva. Si la actividad no está sometida a EIA, la calidad de la integración de los factores ambientales va a depender en definitiva de la capacidad, los medios, el conocimiento y la formación de la entidad responsable de la elaboración del anteproyecto, así como de la voluntad del órgano de contratación de introducir la perspectiva ambiental en el diseño del contrato.

El anteproyecto y la documentación que lo acompaña se someterán a información pública para que puedan formularse cuantas observaciones se consideren oportunas «sobre la ubicación y las características de la obra». Este trámite de información pública servirá también para cumplimentar el conceniente al estudio de impacto ambiental, «en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva y no se hubiera efectuado dicho trámite anteriormente en el supuesto previsto en el artículo 247.6, LCSP» —es decir,

(73) Resolución nº 430/2019, de 25 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

cuando la Administración concedente acuerde motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico-financiera, cuyo procedimiento de aprobación omite el trámite de información conjunta para el estudio de viabilidad y el estudio de impacto ambiental— (art. 248.3, LCSP). En todo caso, intuimos que la realización integrada del trámite de información pública para dar cumplimiento a un tiempo a la LCSP y la LEA, requerirá de un cierto grado de coordinación entre el órgano de contratación y el órgano sustantivo o ambiental (competente, según el caso, para la realización de la información pública en el procedimiento de EIA), para evitar la probable duplicidad de este procedimiento en la práctica, pese a las previsiones de la LCSP, en el caso de que se trate de órganos de administraciones diferentes. Por otra parte, nos remitimos en este punto también a las reflexiones ya realizadas anteriormente sobre el momento de presentación del estudio de impacto ambiental y de tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, en función del nivel de detalle del correspondiente documento técnico y la necesidad de identificar y valorar todos los efectos ambientales de la intervención prevista.

En el marco del trámite de información pública, se dará traslado del anteproyecto para informe a los «órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados» (artículo 248.3, letra a, LCSP). En los casos en que se someta a información pública el estudio de impacto ambiental con el anteproyecto, esta previsión es plenamente coherente con las consultas a las «administraciones públicas afectadas» (74) que prevé el artículo 37 de la LEA, con relación a los proyectos sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria. No obstante, estas consultas de la LEA tienen un alcance más amplio, ya que se extiende a las «personas interesadas (75) sobre los posibles efectos significativos del

(74) La LEA define el concepto de administraciones públicas afectadas: «aquellas Administraciones Públicas que tienen competencias específicas en las siguientes materias: población, salud humana, biodiversidad, geodiversidad, fauna, flora, suelo, subsuelo, agua, aire, ruido, factores climáticos, paisaje, bienes materiales, patrimonio cultural, ordenación del territorio y urbanismo» (art.5.1, letra h, LEA).

(75) La LEA define el concepto de «personas interesadas» del siguiente modo:

«1.º Todas aquellas en quienes concurran cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2.º Cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que, de conformidad con la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), cumplan los siguientes requisitos:

i) Que tengan, entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular, y que tales fines puedan resultar afectados por la evaluación ambiental.

proyecto». Por ello, para que se lleve a cabo un trámite de información pública cumpla con las exigencias de la LEA, debería ampliarse el alcance de las consultas realizadas en el sentido indicado en el artículo 37 de la LEA.

Con todo, y como ya hemos apuntado al hablar del estudio de viabilidad, la LEA no establece el contenido mínimo que deba tener un proyecto, como documento técnico, para ser objeto de evaluación de impacto ambiental. Como ya hemos comentado, en el caso de un anteproyecto sometido a la LEA, parece oportuno que el órgano de contratación traslade una consulta a los órganos ambientales competentes para la evaluación ambiental, con la finalidad de determinar si procede, de acuerdo con el nivel de detalle del anteproyecto y la flexibilidad prevista en los pliegos contractuales, el sometimiento del anteproyecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Esta consulta se puede hacer extensiva a la tramitación del procedimiento de autorización ambiental integrada, en aquellos casos en que sea preceptiva. Ante la ausencia de un proyecto definitivo, que debe elaborar el contratista, y un anteproyecto que no permita identificar y valorar todos los efectos ambientales, quizás hubiera sido más oportuno que la documentación que acompaña al anteproyecto en el trámite de información pública fuera, más que el propio estudio de impacto ambiental, el «documento inicial» para la determinación del alcance del estudio de impacto ambiental (en el caso de proyectos del anexo I), que prevé el artículo 34 de la LEA.

La Administración concedente aprobará el anteproyecto de las obras, considerando las alegaciones formuladas e «incorporando las prescripciones de la declaración de impacto ambiental (76)» (art. 248.4, LCSP). Debe entenderse la previsión del artículo 248.4, referida no sólo a la declaración de impacto ambiental, sino también al informe de impacto ambiental (77), emitido en el caso de proyecto sometidos a evaluación de impacto ambiental simplificada, cuando se determine que no es preciso impulsar el procedimiento ordinario de

ii) Que lleven, al menos, dos años legalmente constituidas y vengan ejerciendo, de modo activo, las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

iii) Que según sus estatutos, desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el plan, programa o proyecto que deba someterse a evaluación ambiental» (art. 5.1, letra g, LEA).

(76) La LEA define la declaración de impacto ambiental como el «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el cese, el desmantelamiento o demolición del proyecto» (art. 5.3, letra d, LEA).

(77) El informe de impacto ambiental es el «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental simplificada» (art. 5.3, letra e, LEA).

evaluación. Además, en el caso de que por el nivel de detalle no sea posible impulsar en este momento el procedimiento de evaluación ambiental, simplificado u ordinario, sería oportuno que el órgano de contratación solicitara al órgano ambiental la elaboración del «documento de alcance» (78) del estudio de impacto ambiental. De ese modo, el contratista adjudicatario, que ha recibido el encargo de redactar el proyecto definitivo y de impulsar los procedimientos ambientales, dispondrá con el documento de alcance de la información precisa, no solo para la preparación del proyecto definitivo y, en su caso, del estudio de impacto ambiental, sino de un contexto contractual más concreto que refuerce la capacidad del operador para hacer una oferta viable y precisa.

El acto de aprobación del anteproyecto es susceptible de impugnación autónoma, sin esperar al acto de aprobación de proyecto, motivo por el cual pueden esgrimirse en ese momento los motivos de impugnación que fueren predicables de la declaración de impacto ambiental (79). Esto permite anticipar

(78) La LEA define el concepto de «documento de alcance» del siguiente modo: «pronunciamiento del órgano ambiental dirigido al promotor que tiene por objeto delimitar la amplitud, nivel de detalle y grado de especificación que debe tener el estudio ambiental estratégico y el estudio de impacto ambiental» (art. 5.1, letra c, LEA).

(79) SAN, Contencioso sección 1, de 3 de junio de 2014, recurso 486/2012: «Por consiguiente, en tanto que el acto administrativo recurrido supone la aprobación del anteproyecto expresado y simultáneamente condiciona los términos del proyecto de construcción resultante de aquel que elaborará el contratista, previa celebración del correspondiente contrato, imponiéndole las consideraciones expuestas en la Declaración de Impacto Ambiental, ha de considerarse un acto de trámite del procedimiento administrativo de contratación, concretamente de la fase preparatoria del contrato de obras, con sustantividad propia y susceptible de impugnación, en la que, sin duda, cabe esgrimir los vicios de que adolezca la declaración de impacto ambiental.

La anterior afirmación se sustenta en lo dispuesto en el artículo 107.1, párrafo primero, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), por cuanto el acto administrativo recurrido predetermina directamente en parte el contenido del proyecto de obras y, por tanto, decide el fondo del asunto, resultando susceptible de causar perjuicios irreparables a derecho o intereses legítimos...».

«...Conviene destacar al respecto que la Abogacía del Estado centra su alegación de inadmisibilidad en que el recurso, en realidad, se dirige contra la declaración de impacto ambiental, no contra la aprobación del anteproyecto. Afirmación que, aunque resulta ajustada a la realidad, no constituye obstáculo alguno para que en el recurso interpuesto contra el acto de aprobación del anteproyecto se esgriman los motivos de impugnación que fueren predicables de la declaración de impacto ambiental, considerada un mero acto de trámite del mismo procedimiento, no impugnables separadamente, tal y como preceptúa el artículo 107.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA).

En análogo sentido se ha pronunciado ya esta Sala en su auto de seis de marzo de 2014, Rec. 251/2012, citando algunos otros precedentes donde esta Sala había admitido la impugnación de actos administrativos de aprobación de anteproyectos como el que ahora nos ocupa». Véase en este mismo sentido STJ Galicia, 600/2015, de 8 de octubre de 2015.

notablemente la posibilidad de recurso en las que alegar los vicios referidos a la declaración de impacto ambiental y su procedimiento de adopción; antes del propio desarrollo del proyecto, que llevará a cabo el contratista, previa adjudicación de la correspondiente concesión.

Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo autorice, los licitadores a la concesión podrán introducir en el anteproyecto las variantes que estimen convenientes (art. 248.5, LCSP). Así, el órgano de contratación podrá permitir la presentación de variantes (art. 142, LCSP), con la finalidad de que los licitadores puedan ofrecer alternativas en sus propuestas técnicas, que refuercen los objetivos funcionales o de rendimiento de carácter ambiental previstos en el anteproyecto o que satisfagan en mejor medida los fines ambientales perseguidos. Esto implica que el órgano de contratación debe establecer unos requisitos mínimos para las especificaciones técnicas, que serán exigibles tanto a una oferta basada en la solución estándar, como a la que ofrezca una variante ecológica o social. Para esta última se añadirá una dimensión ambiental (reducción de olores, capacidad de recuperación de envases y materiales de envases, sustitución o eliminación de sustancias tóxicas o peligrosas en productos, etc.) a las especificaciones técnicas (80). El uso de variantes es un recurso de utilidad que puede permitir reforzar los niveles de protección establecido en la DIA (o IIA) o la autorización ambiental integrada, en caso de que hayan sido emitidas en fase de preparación, o incentivar la integración de consideraciones ambientales en la propuesta técnica del licitador, dejando espacio para la presentación de ofertas innovadoras, que permitirán el desarrollo de un proyecto con objetivos ambientales más ambiciosos.

Tras la aprobación del estudio de viabilidad (o del estudio de viabilidad económico-financiera), en vez de redactar un mero anteproyecto, la Administración concedente podrá querer definir todas las características de la obra objeto de la correspondiente concesión. Ello va a depender de la naturaleza del proyecto y su complejidad técnica y de la capacidad y de la calidad del conocimiento del que disponga la Administración concedente. En caso de que en atención a estas circunstancias se estime conveniente precisar las características de la obra a desarrollar en la fase de preparación de la concesión, el órgano de contratación redactará, supervisará y aprobará el correspondiente proyecto (arts. 249.1, concesión de obras, 285.2, concesión de servicio, LCSP).

En este caso la administración concedente actuará como «promotor» en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, ordinaria o simplificada, solicitando su iniciación de acuerdo con las previsiones de la LEA (o, en su caso, como «titular», solicitando la autorización ambiental integrada,

(80) COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones ecológicas, Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed. (2016), p. 33.

que como sabemos integra el propio procedimiento de EIA). Así, como ya hemos apuntado, la declaración de impacto ambiental (o el informe de impacto ambiental) o, en su caso, la autorización ambiental integrada delimitarán el objeto de la concesión desde una perspectiva ambiental. Aunque la elaboración de un proyecto y la tramitación de los correspondientes procedimientos ambientales en la fase de preparación del contrato supone una inversión de tiempo razonable, que retrasa el inicio del procedimiento de adjudicación, los licitadores van a poder realizar sus ofertas con la seguridad de disponer de un marco de condiciones ambientales claro y preciso, lo cual reduce los riesgos de presentación de ofertas técnicas y económicas inviables y, en consecuencia, de posibles conflictos jurídicos vinculados a la inviabilidad, parcial o total, de las propuestas o a reclamaciones de reequilibrio económico contractual. Con todo, como hemos apuntado, está no va a ser siempre la mejor estrategia, ya que en el caso de proyectos de especial complejidad técnica y en donde el *know-how* reside casi plenamente en el mercado, la elaboración de un mero anteproyecto en la fase de preparación y la realización de unos pliegos contractuales que den flexibilidad a los licitadores para presentar ofertas innovadoras y eficientes, puede ser la mejor opción.

Antes de la aprobación del proyecto por parte del órgano de contratación, la supervisión técnica del proyecto, en los casos en que sea preceptiva, requiere la verificación «que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto» (art. 235, LCSP). No puede ser aprobado un proyecto que no haya obtenido la DIA (o IIA) favorable o, en su caso, la autorización ambiental integrada, o cuando no se hayan tramitado los correspondientes procedimientos de modificación en el caso de instalaciones existentes.

En relación a proyectos públicos hemos observado en la práctica, en algún caso, cierta falta de rigor en la aplicación de estas exigencias ambientales, con carácter previo a la aprobación contractual de los proyectos de obras. Factores como los intereses político-partidistas, los conflictos laborales en la gestión de servicios públicos, la ausencia de planificación, las urgencias derivadas de la existencia de infraestructuras o servicios de baja calidad, la falta de independencia de los órganos ambientales de evaluación en los proyectos públicos, etc., debilita el potencial de la técnica de EIA, como instrumento de prevención del impacto ambiental, en la medida en que generan un contexto de presión sobre el funcionamiento de las administraciones públicas, que dificulta la adecuada planificación de los contratos y su articulación con procedimiento ambientales de calidad.

Cuando no existiera anteproyecto, la Administración concedente someterá el proyecto, antes de su aprobación definitiva, al trámite de información

pública, en los mismo términos indicados para el anteproyecto, de acuerdo con las previsiones de los párrafos 3 y 4 del artículo 248. Nos remitimos aquí a los comentarios ya realizados con relación a la exigencia de trámite de información pública en el procedimiento de aprobación del estudio de viabilidad y del anteproyecto.

Los licitadores podrán introducir las «mejoras» que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las «medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales», o a «mejoras sustanciales», pero no a su ubicación (art. 250.1, letra d, punto 7, LCSP). Esta opción también es posible en el caso en que el órgano de contratación opte por realizar un anteproyecto, licitando proyecto y obra. Asimismo, tal y como hemos comentado con relación al anteproyecto, nada impide que el órgano de contratación permita en los pliegos la posibilidad de presentar variantes (art. 142, LCSP) con características ambientales, aunque en este caso no haga referencia a ello el artículo 250, LCSP.

Hay que tener en cuenta, si consideramos la posibilidad de introducir mejoras ambientales como criterio de adjudicación, cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, que los órganos de contratación no podrán asignarles una puntuación superior a 2,5 por ciento (art. 145.7, LCSP). En este sentido, tiene más recorrido ambiental, en cuanto a la posibilidad de reforzar los objetivos de la DIA, la configuración de las mejoras de forma precisa y completa, como criterios de adjudicación de aplicación automática, de modo que el licitador obtenga una puntuación determinada cuando asume el compromiso de ejecutar la mejora ambiental, tal y como está definida en los pliegos contractuales. Esta última opción es preferible ya que da mayor margen para la introducción de mejoras ambientales para los operadores, y ofrece mayores garantías desde la perspectiva de los principios de igualdad de trato y transparencia. Con todo, la introducción de mejoras ambientales, como criterio de adjudicación de aplicación automática, requiere no solo una adecuada determinación técnica, sino también una idónea valoración económica, de modo que permita al órgano de contratación valorar su proporcionalidad y la sostenibilidad de su impacto en la viabilidad de la concesión. Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta que los operadores económicos en las concesiones de elevada cuantía tienden a asumir los compromisos de realización de mejoras planteadas por el órgano de contratación, incluso en el caso de que representen riesgos excesivos para la viabilidad económica del contrato.

Las mejoras introducidas por los contratistas en su ofertas, con relación a las previsiones del proyecto, deberían ser comunicadas al órgano ambiental a los efectos de determinar sus consecuencias en el condicionado ambiental del proyecto, para que se valoren sus implicaciones y se determine, en su

caso, la necesidad de adaptar o modificar la DIA (o IIA) o la AAI e, incluso, la necesidad de someter el proyecto nuevamente a EIA ordinaria o simplificada. Las consecuencias de las mejoras presentadas y/o comprometidas por el operador en el condicionamiento de la DIA y/o la AAI va a depender de si las modificaciones operadas sobre el proyecto que ha sido objeto de la licitación tienen, o no, carácter «sustancial» o «significativo».

3. La remodelación de instalaciones existentes y el carácter sustancial o no de las modificaciones y su impacto en el procedimiento de contratación

En el caso de instalaciones existentes, la elaboración de un proyecto de remodelación en el que se prevén inversiones en renovación de las mejores técnicas disponibles de la actividad, remite necesariamente a la cuestión de si las modificaciones planteadas están sometidas a evaluación ambiental ordinaria o simplificada (81), o si simplemente se trata de cambios sin efectos adversos significativos, no sometidos a dicha exigencia. En el caso de tratarse de una instalación sometida igualmente a control integrado de la contaminación, se plantearía la misma cuestión, es decir, si nos encontramos ante una modificación sustancial, que requiere de la adaptación de la autorización ambiental, o de una modificación no sustancial (82), que simplemente debe ser comunicada al órgano ambiental (art. 10, LPCIC).

(81) Esta sometida a evaluación de impacto ambiental ordinaria «cualquier modificación de las características de un proyecto consignado en el anexo I o en el anexo II, cuando dicha modificación cumple, por sí sola, los umbrales establecidos en el anexo I» (art. 7.1, letra c, LEA). Está sometida a evaluación de impacto ambiental simplificada «cualquier modificación de las características de un proyecto del anexo I o del anexo II, distinta de las modificaciones descritas en el artículo 7.1.c) ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución, que pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente». La LEA define, aunque de forma imprecisa, lo que debe entenderse por modificación con «efectos adversos significativos sobre el medio ambiente»:

- «1.º Un incremento significativo de las emisiones a la atmósfera.
- 2.º Un incremento significativo de los vertidos a cauces públicos o al litoral.
- 3.º Incremento significativo de la generación de residuos.
- 4.º Un incremento significativo en la utilización de recursos naturales.
- 5.º Una afección a Espacios Protegidos Red Natura 2000.
- 6.º Una afección significativa al patrimonio cultural» (art. 7.2, letra c, LEA).

(82) La LPCIC define la «modificación sustancial» como «cualquier modificación realizada en una instalación que, en opinión del órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada y de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 10.4 y 5, pueda tener repercusiones perjudiciales o importantes en las personas y el medio ambiente» (art. 3.14, LPCIC). También define las modificaciones no sustanciales como «cualquier modificación de las características o del funcionamiento, o de la extensión de la instalación, que, sin tener la consideración de sustancial, pueda tener consecuencias en la seguridad, la salud

En fase de preparación del anteproyecto o proyecto de obras, el órgano de contratación debería comunicar la modificación proyectada al órgano ambiental competente (o, en su caso, órganos ambientales) y solicitarle informe para que se pronuncie sobre el carácter significativo o sustancial de la modificación planteada y, en consecuencia, sobre la necesidad de someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental ordinaria o simplificada y, en su caso, de adaptar la autorización ambiental integrada. En el caso de que el órgano de contratación prepare un anteproyecto, y que licite proyecto y obra, puede darse la circunstancia, cuando el nivel de detalle de aquel no permita identificar y valorar todos los efectos ambientales, de que el órgano ambiental considere que no es el momento adecuado para hacer esa valoración, y que remita la cuestión al momento de la elaboración del proyecto definitivo por parte del concesionario en la fase de ejecución.

El carácter significativo o sustancial, o no, de la modificación proyectada es relevante desde la perspectiva de la planificación de la adjudicación y ejecución de la concesión, ya que los tiempos administrativos van a ser diversos. Por ello, en el caso de que el órgano de contratación considere que la actividad tiene carácter no sustancial, sería importante, si es posible, que se clarifique esta cuestión en fase de preparación del contrato, en vez de trasladar al contratista la carga de impulsar todos los procedimientos ambientales en la fase de ejecución del contrato. Esto introduciría un factor de incertidumbre sobre los plazos de ejecución de la obra, así como, en algunos casos, sobre los ingresos derivados de su explotación —pensemos por ejemplo en una instalación de tratamiento de residuos, en la que se prevé que el concesionario cobre parte de los ingresos derivados de la mayor o menor capacidad de recuperación de envases. Así los retrasos en la puesta en marcha de nuevas inversiones que permitirán recuperar nuevos materiales o reforzar la capacidad de reciclado de otros, pueden tener un impacto económico considerable para la explotación económica que desarrolla el contratista.

En caso de que se determine en la fase de preparación que la renovación del proyecto no tiene carácter sustancial o significativo, el órgano de contratación podrá limitar en los pliegos la capacidad innovadora de las propuestas técnicas de los licitadores, restringiendo la posibilidad de que presenten propuestas técnicas que impliquen una modificación con efectos adversos significativos o sustancial del proyecto. Esto permitirá tanto limitar el impacto ambiental de las propuestas, como para agilizar los plazos de construcción y puesta en marcha de las nuevas inversiones. No obstante, este

de las personas o el medio ambiente» (art. 3.13, LPCIC). La LPCIC además de las definiciones indicadas establece una serie de criterios a tomar en consideración para la determinación del carácter sustancial de una modificación (arts. 10.4, 10.5, LPCIC), que han sido precisados a nivel reglamentario (art. 14, Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre).

tipo de planteamiento deben ser analizados caso por caso con la finalidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre eficiencia económica y ambiental y capacidad innovadora.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo tenía como objetivo visibilizar las interacciones que se producen en la práctica entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental (y otras formas de intervención ambiental) y de los contratos públicos, así como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Hemos identificado tanto posibles interacciones negativas que se pueden dar, a nuestro juicio, entre ambos sistemas jurídicos, como realizado propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones.

La realización de un estudio de esta naturaleza permite adquirir conciencia de que el cumplimiento de los principios y objetivos del derecho ambiental, está condicionado por las disfunciones de otros sistemas jurídicos y por su contexto aplicativo. Asimismo, también puede mostrarnos como los principios y técnicas del Derecho ambiental, en este caso la evaluación de impacto ambiental, pueden ser una herramienta que facilite el cumplimiento de principios y objetivos de otros sistemas jurídicos, como el de la contratación pública. Si no somos conscientes de esa relación, podemos incurrir en análisis equivocados sobre los incumplimientos ambientales en la ejecución y explotación de proyectos públicos. En algunos casos, puede que las razones no estén principalmente en la regulación ambiental o en los defectos de su aplicación práctica, sino en la inadecuada preparación o ejecución de los contratos públicos que permiten su realización y gestión.

El legislador está habituado a un desarrollo compartimentado de los sistemas jurídicos, sin establecer los necesarios puntos de conexión e interrelación entre diferentes técnicas y formas de actividad administrativa, que permitirían evitar incoherencias e ineficiencias en las decisiones de las administraciones públicas concurrentes en el impulso de proyectos públicos. El legislador debería tener en cuenta la interrelación e interdependencia que se establece entre las potestades de evaluación y autorización ambiental y las diferentes fases de los procesos de contratación pública, y plasmarlas en el desarrollo de ambos sistemas jurídicos. Ello redundaría en procedimientos de evaluación más efectivos, desde la perspectiva de la prevención ambiental, y en procesos de gestión contractual económica y ambientalmente más eficientes y mejor planificados y que generen prestaciones de mayor calidad.

Somos conscientes de que algunas de las reflexiones o propuestas que realizamos en el presente trabajo caerán «en saco roto», en tanto no mejoren

las condiciones en las que desarrollan su actividad tanto los órganos de contratación, como los órgano con competencia ambiental. Desde la perspectiva de los órganos de contratación, una mayor articulación de los objetivos contractuales y ambientales solo puede venir de la mano de un avance efectivo en la profesionalización del personal y en una mejora de la planificación contractual de las concesiones administrativas. Este horizonte no se atisba cercano si observamos la precariedad de recursos personales y técnicos en los que desempeña su actividad la administración, especialmente la local.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA PACHECO, Marta (2018): «Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales», en LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra pública verde*, Atelier.
- ALENZA GARCÍA, J. F. (2018): «Contratación pública y residuos», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- (2014): en RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CUBERO MARCOS (2016): «La transposición de la Directiva en el estado español» en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018): «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla.
- GARCÍA URETA, A. (2014): «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental», *RAP*, núm. 194.
- (2016): «La Directiva 2014/52 de evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- GIMENO FELLIÚ, J. M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi.
- (2018): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo

- estratégico, eficiente y transparente» en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi
- LAVILLA RUBIRA, J.J. (2018): «Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi.
- LAZCANO BROTONS, I. (2016): «Normativa ambiental vasca y Directiva europea de impacto ambiental: problemas de articulación», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- LAZO VITORIA, Ximena (2018): «La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, especial referencia al coste de ciclo de vida», en LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra pública verde*, Atelier.
- (Directora) (2018): *Contratación pública verde*, Atelier.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2016): «La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (2012): *Contratación pública verde*, La ley, Madrid.
- (2014): «Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde», en LÓPEZ RAMÓN, F. (2014): *Observatorio de Políticas Ambientales*, Aranzadi.
- (2015): «La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa», *RADA*, núm. 30.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- ROSA MORENO (2014): «Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor.
- SANTAMARÍA ARINAS (2016): «Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.

- (2019): «Justicia ambiental en tiempos de economía circular», en ARAGAO, Alexandra, GOMES DOS SANTOS, J. (2019): *Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas*, Universidade de Coimbra.
- SANZ RUBIALES, I. (2018): «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente "comprador" al Estado "ordenador"», *Revista de Administración Pública*, 205.
- TORNOS MÁS (2018): en GIMENO FELLIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi.