



Expte.: R-17/2016

ACUERDO 21/2016, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “EMAPS, S. COOP.” contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para las instalaciones de la Junta Municipal de Aguas de Tudela.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de febrero de 2016 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para las instalaciones de la Junta Municipal de Aguas de Tudela, procedimiento en el que presentó oferta la empresa “EMAPS, S. COOP.”

SEGUNDO.- Con fecha 17 de marzo de 2016 la Mesa de Contratación designada por la entidad adjudicadora para la valoración de las ofertas acuerda inadmitir la oferta de “EMAPS, S. COOP.” por el siguiente motivo: *“No presenta la documentación que acredite la procedencia de la energía vendida/comercializada, expresada en tanto por ciento, para el sistema de “garantía de origen”, según resulte en la acreditación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

TERCERO.- Frente a su exclusión, con fecha 1 de abril de 2016 “EMAPS, S. COOP.” interpone reclamación en materia de contratación pública, que se fundamenta, en síntesis, en que resulta improcedente que se inadmita su oferta puesto que se aportó documentación suficientemente acreditativa de la procedencia de la energía comercializada, por lo que dicha actuación supone una infracción del principio de concurrencia y transparencia en la licitación establecidos en el art. 201.3.c) (*sic*) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP). Y ello es así, porque la

entidad adjudicadora no ha llevado a cabo una labor mínimamente integradora de la documentación en la que se concluye que la oferta era admisible y, en segundo lugar, porque no cabe inadmitir una oferta por no aportar un documento imposible de obtener el día del fin del plazo de presentación de ofertas.

En consecuencia, solicita que el Tribunal declare que se debe proceder a la admisión de la oferta de “EMAPS, S. COOP.” en la licitación y solicita también la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 6 de abril de 2016, la Junta Municipal de Aguas aporta el expediente de contratación y alega, en síntesis, que la reclamante no presentó el documento de la CNMC acreditativo de la energía renovable vendida/comercializada exigido en el Pliego sino una serie de facturas de compra de energía y otras de venta a sus clientes, por lo que cualquier otra decisión que no fuera de la de inadmisión de la oferta de la reclamante vulneraría el principio de igualdad de trato. Por ello, solicita que se declare ajustado a derecho el acto de inadmisión y sea confirmada su legalidad.

QUINTO.- Mediante Acuerdo 16/2015, de 8 de abril, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra estimó la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación del contrato.

SEXTO.- Notificada la reclamación a los demás licitadores el día 11 de abril de 2016, no se presenta alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra una decisión adoptada en el seno de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por parte de una entidad adjudicadora sometida a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), según determina su artículo 2.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, por persona legitimada y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

TERCERO.- La cláusula 7 del documento *“Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas y Técnicas”* que rige la licitación objeto de la reclamación determina que las proposiciones de los licitadores se presentarán en sobre único, en el que se incluirán otros tres sobres (Sobre 1: documentación general; Sobre 2: Documentación técnica y Sobre 3: Oferta económica). En el apartado de la citada cláusula correspondiente al Sobre 2 se recoge literalmente lo siguiente:

*“Se presentará la declaración de los ofertantes, que incluya el compromiso de que el origen de la electricidad a suministrar a la Junta es 100% renovable. Deberán adjuntar la documentación que acredite la procedencia de la energía vendida/comercializada por la licitadora, expresada en tanto por ciento, para el sistema de “garantía de origen”, según resulte en el organismo competente (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).”*

Atendiendo al requerimiento del Pliego, la reclamante incluyó en el Sobre nº 2 una declaración responsable en la que se expresa lo siguiente:

*“Que el 100% de la energía eléctrica que ha adquirido y comercializado en el año 2015 ha sido de origen renovable. Que para ello ha obtenido en 2015 de productores de energía renovable Garantías de Origen Renovables suficientes para toda la energía comercializada en 2015 (10 MWh = 10.000 kWh), las cuales han sido transferidas a EMASP (R2-595 CNMC), según se ve en el documento adjunto de la CMNC. Que esta circunstancia constará en los listados a publicar por la CNMC antes de abril de 2016, sin que en este momento ni EMASP ni ninguna otra comercializadora puedan disponer de ningún certificado de Garantía de Origen*

*Renovable de 2015. EMASP no figura en los listados de la CNMC del año anterior (2014), ya que en ese año aun no había empezado a operar.*

*Que los 10 MWh de garantías de origen renovable transferidos a EMASP R2-55 superan los MWh adquiridos en 2015 en el mercado eléctrico regulado por el OMIE.”*

Para justificar las ventas de electricidad, la declaración se acompaña de las facturas desglosadas de todas las compras de energía realizadas al operador del Mercado (OMEL) en 2015; facturas de a empresa distribuidora (Iberdrola Distribución SAU) por los peajes de la energía suministrada en 2015 a los CUPS de los 3 clientes a los que vendió electricidad en 2015 y facturas emitidas por EMASP a sus 3 clientes en 2015.

Con ello, declara la reclamante en su oferta, *“está más que garantizado que el 100% de la energía eléctrica que ha adquirido y comercializado en el año 2015 ha sido de origen renovable”* y que *“caso de resultar adjudicatarios de este contrato, el 100 % de la energía a suministrar a la Junta Municipal de Aguas de Tudela será de Origen renovable, asignando a los correspondientes CUPS de la Junta las Garantías de Origen Renovable suficientes”*.

Posteriormente, en su escrito de reclamación, EMASP significa que fue inscrita como comercializadora de energía eléctrica el 13 de octubre de 2015, si bien su actividad comercializadora no comenzó hasta el mes de diciembre de ese año. Dado que los listados sobre garantía de origen de la energía comercializada que elabora la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) no se publicaron hasta el día 31 de marzo de 2016 y la fecha en que terminaba el plazo de presentación de ofertas era el 7 de marzo de este año, es por lo que presentó un documento acreditativo, expedido por la CNMC, de que durante el año 2015 fueron transferidas a “EMAPS, S. COOP.” “garantías de origen renovable” equivalentes a 10 MWh= 10.000 kWh, aportando copia de dicho documento.

Asimismo, señala, para garantizar que la energía comercializada/vendida durante 2015, que fue inferior a los 10 MWh adquiridos en dicho año, aportó facturas

desglosadas de todas las compras de energía realizadas al operador del mercado (OMEL), así como las facturas que la distribuidora (Iberdrola Distribución, S.A.U.) ha girado por los peajes de distribución y las facturas emitidas a los clientes, con el fin de demostrar el origen renovable de la energía vendida/comercializada durante 2015.

Como prueba de todo, dice también, en los listados publicados por la CNMC el día 31 de marzo de 2016 –del que aporta copia junto con la reclamación- y, en concreto, en su página 14, “EMAPS, S. COOP.” aparece como comercializadora de energía 100% renovable.

Considera, por tanto, que resulta improcedente que se inadmita su oferta puesto que se aportó documentación suficientemente acreditativa de la procedencia de la energía comercializada, por lo que dicha actuación supone una infracción del principio de concurrencia y transparencia en la licitación establecidos en el art. 201.3.c) (*sic*) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP). Y ello es así, porque la entidad adjudicadora no ha llevado a cabo una labor mínimamente integradora de la documentación en la que se concluye que la oferta era admisible y, en segundo lugar, porque no cabe inadmitir una oferta por no aportar un documento imposible de obtener el día del fin del plazo de presentación de ofertas.

Por su parte, la entidad reclamada alega que la reclamante no presentó el documento de la CNMC acreditativo de la energía renovable vendida/comercializada sino una serie de facturas de compra de energía y otras de venta a sus clientes, afirmando que no pudo aportar ese documento porque en el año 2014 no era comercializadora y la energía que había vendido en 2015 no podía ser acreditada hasta el 31 de marzo de 2016. Así mismo, afirma que todos los requisitos que exige el pliego de condiciones se deben cumplir antes de finalizar el plazo de presentación de proposiciones por lo que cualquier otra decisión que no fuera de la de inadmisión de la oferta de la reclamante vulneraría el principio de igualdad de trato. En consecuencia, solicita que se declare ajustado a derecho el acto de inadmisión y sea confirmada su legalidad.

CUARTO.- Para terminar de delimitar el objeto de la reclamación es preciso destacar, dentro del contenido del “*Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas y Técnicas*” que rige la licitación, en lo que aquí interesa, un aspecto relativo a los criterios de adjudicación del contrato.

Así, en la cláusula 10 del Pliego se recogen los criterios de adjudicación del contrato, entre los que aparece, con un máximo de 30 puntos a adjudicar en su aplicación, el siguiente criterio:

*“a) Origen de la electricidad a suministrar a la Junta 100% renovable.*

*Se darán los 30 puntos a las ofertas que trabajen/comercialicen únicamente con energía procedente 100% de energías renovables, según resulte de la acreditación de la CNMC en que conste el porcentaje de electricidad procedente de energías renovables con el que ha trabajado/comercializado la licitadora en el año inmediatamente anterior, respecto de su actividad total de comercializadora.*

*Las demás ofertas se puntuarán mediante una regla de tres directa en relación con el porcentaje de energía renovable acreditado.”*

De lo expuesto puede deducirse que el Pliego incurre en cierta contradicción ya que en la cláusula 7 parece exigirse que los ofertantes deben incluir en el sobre 2 el compromiso de que el origen de la electricidad a suministrar a la Junta es 100% renovable, debiendo adjuntar la documentación que acredite la procedencia de la energía vendida/comercializada por la licitadora, expresada en tanto por ciento, para el sistema de “garantía de origen”, según resulte en el organismo competente (CNMC), para luego en la cláusula 10 señalar que se darán los 30 puntos a las ofertas que trabajen/comercialicen únicamente con energía procedente 100% de energías renovables, puntuándose las demás ofertas (es decir, las que no comprendan al 100 % energía renovable) mediante una regla de tres directa en relación con el porcentaje de energía renovable acreditado.

Por tanto, el compromiso de la cláusula 7 (100 % de energía renovable) no es exigible dado que luego cabe, y por ello se valora de forma proporcional, que el

porcentaje de energía renovable no alcance ese 100%. De este modo, si un ofertante no acreditara de ninguna manera el origen renovable de la energía que oferta debería entenderse que este es el 0 %, lo que implicaría que en este apartado se le otorgarían cero puntos.

A mayor abundamiento, la cláusula 17 del Pliego, titulada “Penalidades por incumplimiento”, determina que en caso del “*suministro de energía renovable por debajo del compromiso presentado en la oferta, se podrá imponer una penalidad equivalente al 10% del valor estimado del contrato*”, lo que indica que el porcentaje de energía renovable ofertado puede no ser el del 100 % antes señalado ya que se penaliza por el suministro de energía renovable en un porcentaje inferior al ofertado y no por que este sea inferior al 100 %.

Finalmente, en ningún apartado del Pliego se establece que la oferta de un 0 % de energía renovable constituya causa de exclusión de la licitación.

QUINTO.- Determinado el objeto de la litis procede recordar que es doctrina constante de este Tribunal y de los demás tribunales administrativos que resuelven este tipo de recursos (por todas, Resoluciones 56/2011, de 11 de septiembre, y 35/2012, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales-TACRC), atendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009), que los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos y tienen fuerza vinculante tanto para los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, como para las entidades promotoras del procedimiento. Ello significa que de no haber sido los pliegos impugnados en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho (último inciso del artículo 213.2 LFCP).

No obstante, es también doctrina constante (por todas la reciente Resolución nº 281/2015, de 15 de abril de 2016, del TACRC) que en la interpretación de los pliegos es

posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Así mismo, señala el TACRC, “*Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.*

*En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.*

También se deberá tener en cuenta que el artículo 1.288 del Código Civil dispone que “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.*”, lo que implica, como afirma el TACRC en su Resolución nº 147/2016, de 19 de febrero de 2016, que “*Acoge así el legislador el principio “contra proferentem”, que prohíbe que la interpretación de las estipulaciones dudosas o ambiguas perjudique a la parte inocente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 28 de enero de 1989 –Roj STS 9141/1989-) y que impone, incluso, que favorezca a ésta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 8 de noviembre de 2001 –Roj STS 8713/2001-)*”.

Finalmente, en relación con la interpretación de los contratos, también debemos traer a colación el principio general recogido en el artículo 1.285 del Código Civil,



según el cual “*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”.

SIXTO.- En el caso que nos ocupa es clara la pretensión de la entidad adjudicadora, manifestada en el Pliego que rige la licitación, de otorgar superior puntuación a aquellas proposiciones que contengan un mayor porcentaje de energía procedente de fuentes renovables y esta pretensión está perfectamente amparada en el artículo 51.1 de la LFCP. No obstante, como hemos visto, también es claro que aquellas ofertas que contengan un porcentaje inferior al 100 % de energía renovable hasta llegar, incluso, a un porcentaje del 0 %, no pueden ser excluidas, aunque obtendrán menos valoración en aplicación de los criterios de adjudicación del contrato que aquellas que oferten un porcentaje mayor.

El conflicto se suscita en relación con el documento establecido en el Pliego mediante el que las empresas licitadoras pueden acreditar el origen de la energía que ofertan. Y se suscita el conflicto porque el documento oficial acreditativo del origen de la energía que fija el Pliego (la acreditación de la CNMC en que conste el porcentaje de electricidad procedente de energías renovables con el que ha trabajado/comercializado la licitadora en el año inmediatamente anterior) no está disponible a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones ya que este finaliza el 7 de marzo de 2016 y la CNMC no emite su acreditación hasta finales del mismo mes.

A estos efectos, debemos tener en cuenta que la documentación obligatoria que en la cláusula 7 del Pliego se establece (*documentación que acredite la procedencia de la energía vendida/comercializada por la licitadora, expresada en tanto por ciento, para el sistema de “garantía de origen”, según resulte en el organismo competente*), debe ser, en aplicación de los criterios interpretativos antes señalados (especialmente los artículos 1.281 y 1.285 del Código Civil), la “*acreditación de la CNMC en que conste el porcentaje de electricidad procedente de energías renovables con el que ha trabajado/comercializado la licitadora en el año inmediatamente anterior* (el subrayado es nuestro), *respecto de su actividad total de comercializadora*”, según dispone la cláusula 10 del mismo Pliego.

Por ello, es imposible que una empresa que ha iniciado su actividad en el año inmediatamente anterior pueda presentar el documento exigido, como ocurre con la reclamante, aunque haya presentado otros documentos que, distintos del exigido, acreditan el origen renovable de la energía que oferta.

Pero es que ninguna de las demás empresas interesadas en la licitación han podido cumplir este requisito y prueba de ello es que ninguna de las licitadoras lo ha cumplido estrictamente ya que si bien presentaron la acreditación correspondiente al año 2014, no presentaron la de 2015 (era imposible ya que aun no se había emitido por la CNMC) y el Pliego, cuyo anuncio se publicó el 18 de febrero de 2016, exige certificación correspondiente al “*año inmediatamente anterior*”, como se ha dicho.

En consecuencia, ninguna de las empresas licitadoras ha cumplido el imposible requisito impuesto en el Pliego, aunque todas ellas, incluida la excluida y ahora reclamante, han acreditado por otros medios el origen renovable de la energía que ofertan y su porcentaje.

En esta tesitura, dado que no se ha impugnado el Pliego ni se aprecia nulidad de pleno derecho en sus cláusulas; interpretando las mismas con arreglo a los criterios establecidos en el Código Civil; habiendo acreditado la reclamante el origen renovable de la energía que oferta así como su porcentaje; teniendo en cuenta que el artículo 1.288 del Código Civil dispone que “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”; atendiendo los principios de igualdad y no discriminación y concurrencia recogidos en nuestra Constitución y en el artículo 21 de la LFCP y conforme al principio antiformalista que preside nuestra legislación administrativa en general (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 7 de diciembre de 1989) y la de la contratación pública en particular (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004), este Tribunal debe estimar la reclamación formulada y declarar la admisibilidad de la oferta presentada por “EMAPS, S. COOP.”.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “EMAPS, S. COOP.” contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para las instalaciones de la Junta Municipal de Aguas de Tudela.

2º. Notificar este acuerdo a “EMAPS, S. COOP.”, a la Junta Municipal de Aguas de Tudela y los demás interesados que figuren en el expediente y ordenar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 5 de mayo de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla.