



Expediente: 76 y 78/2018

ACUERDO 120/2018, de 26 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestiman las reclamaciones especiales en materia de contratación pública formuladas por don P. Y. G., en representación de “IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.”, y por don J. C. F. G., en representación de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.”, frente a las Condiciones reguladoras del Acuerdo Marco para el suministro de energía (eléctrica renovable y gas natural) al Ayuntamiento del Valle de Egüés en el periodo 2018-2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2018 el Ayuntamiento del Valle de Egüés publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de energía (eléctrica renovable y gas natural) al Ayuntamiento del Valle de Egüés en el periodo 2018-2021. El mismo día fue enviado el anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), donde fue publicado el 2 de octubre de 2018.

SEGUNDO.- El día 3 de octubre de 2018 don P. Y. G., en representación de “IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.” (en adelante “IBERCLI”), presenta ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente a las Condiciones reguladoras del citado Acuerdo Marco para el suministro de energía (eléctrica renovable y gas natural) al Ayuntamiento del Valle de Egüés en el periodo 2018-2021.

Afirma la empresa que el Pliego de Condiciones Reguladoras y de Prescripciones Técnicas no se ajusta a Derecho, en concreto, los apartados 4 y 21.1 punto 4.2.b del primero y 8.1 del segundo, en lo referido a la acreditación de los criterios de solvencia técnica o profesional al indicar como condición esencial la

presentación de certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo, que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable. Entiende la empresa que estas cláusulas restringen sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia.

Además, señala que la vinculación al objeto del contrato impide que los criterios de solvencia puedan utilizarse para primar empresas que ostentan ciertas condiciones importantes para políticas públicas distintas de la contractual pero irrelevantes para acreditar su capacidad para ejecutar el contrato especialmente cuando supongan, de hecho, ampliar el listado de prohibiciones de contratar del artículo 22 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Igualmente afirma que exigir como criterio de solvencia que el 100% de la energía vendida por una comercializadora sea renovable es arbitrario e ilegal, aplica un criterio completamente discriminatorio y que anula completamente la competencia.

Finaliza concluyendo que exigir como criterio de solvencia que el 100% de la energía comercializada sea renovable no debe admitirse porque ya que existe otro requisito medioambiental similar y más específico, esto es, las Garantías de Origen, que como prescripción técnica es mejor ya que está directamente vinculado con el objeto del contrato, es proporcional y no incumple la normativa precisamente porque incentiva la concurrencia y no es discriminatorio.

TERCERO.- El 5 de octubre de 2018 el Ayuntamiento del Valle de Egüés remite el expediente de contratación y sus alegaciones a la reclamación formulada por IBERCLI.

La entidad local considera que la reclamación carece de fundamento, por cuanto los apartados de los pliegos reguladores para los que se solicita la nulidad son ajustados a derecho, a lo que se suma que la argumentación que el reclamante emplea para impugnar el requisito de solvencia ya ha sido utilizada en otros procedimientos de

contratación y resuelta por otros tribunales administrativos de contratación pública, citando expresamente la Resolución 110/2018, de 18 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la que se desestima una impugnación de pliegos idéntica a la que nos ocupa.

Igualmente significa que es objetivo del Ayuntamiento del Valle de Egüés con esta contratación contribuir a la lucha contra el cambio climático tal y como se especifica en el apartado 8.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas y cuyo objetivo es establecer la “Hoja de Ruta de la Energía para 2050” y los mecanismos y directivas que la Unión Europea facilita como la de contratación pública 2014/24/UE, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo que establece que “*la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020*”, y las pretensiones de los operadores económicos que tratan de ser licitadores en ningún caso pueden condicionar la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y los fines que pretende conseguir con el mismo, sino al contrario, estos deben adecuar su actuación a cumplir lo demandado, siempre en el marco del respeto a los principios que deben regir la contratación pública.

A ello añade que lo que se pide es que la comercializadora que licite al contrato debe tener la calificación A expedida por la CNMC, siendo adecuada para acreditar la solvencia técnica relativa a las empresas comercializadoras de energía eléctrica en cuanto a garantizar que sólo han sido suministradoras de energía 100% renovable y, además, que en sus garantías de origen no aparece otro tipo de energía con el fin de asegurarse que únicamente dicha comercializadora vende energía renovable y no un mix energético con una cierta presencia de energías renovables en mayor o menor medida. Este requisito, entiende, es una obligación que todas las empresas comercializadoras pueden cumplir, no supone ninguna discriminación entre los licitadores, no limita la concurrencia y garantiza una igualdad de trato a los licitadores.

Finalmente considera que el mero hecho de que Iberdrola Clientes sea la primera comercializadora en cuanto a fuentes renovables no indica acreditar que el Ayuntamiento del Valle de Egüés tendrá suministro exclusivamente de producción de

fuentes renovables y este hecho afectaría notablemente a su Huella de Carbono final y el informe publicado el 27 de abril de 2017 por la CNMC establece que existen directamente 76 empresas comercializadoras que suministran energía 100% renovable, siendo empresas de tamaño grande, mediano y pequeño, lo que supone el 64% de las comercializadoras, lo que el PCT da la posibilidad de que se puedan presentar multitud de empresas que cumplen los requisitos. Por ello afirma que en ningún caso el criterio de solvencia técnica establecido produce discriminación o desigualdad de trato, y ni tan siquiera impide la concurrencia del reclamante, por lo que solicita la desestimación de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 11 de octubre de 2018 don J. C. F. G., en nombre y representación de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” (en adelante “ENDESA”), presenta también ante este Tribunal reclamación especial en materia de contratación pública frente al anuncio de licitación y los pliegos del citado Acuerdo Marco para el suministro de energía (eléctrica renovable y gas natural) al Ayuntamiento del Valle de Egüés en el periodo 2018-2021.

En lo relativo a la admisión de su reclamación, ENDESA manifiesta que el anuncio de licitación se envió al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) con fecha 29 de septiembre de 2018, pero no se publicó en el citado Diario hasta el 2 de octubre y, sin embargo, en contra del procedimiento previsto en la norma, se publicó el anuncio de licitación en el Portal de Contratación de Navarra el mismo día en que se envió al DOUE y, por tanto, sin haber recibido la confirmación de la publicación en el Diario comunitario. Por tanto, en vista de la irregularidad existente en materia de publicidad, entiende que la publicación a tener en cuenta a efectos de cómputo del plazo para la interposición de la reclamación es la fecha de publicación en el DOUE por lo que su reclamación está interpuesta en plazo.

En cuanto a los apartados del Pliego impugnados, señala los mismos que se recogen en la reclamación especial formulada por IBERCLI el 3 de octubre de 2018, significando que los requisitos de solvencia han de encontrarse entre los previstos en la LFCP, estar vinculados al objeto contractual, deben ser proporcionales al mismo y no

discriminatorios, permitiendo que cualquier operador económico que pueda ejecutar el contrato esté en condiciones de participar en la licitación, sin encontrar trabas injustificadas que deriven de la exigencia de unos requisitos excesivos. Por ello entiende que desde la óptica de la correcta prestación del contrato que se licita, la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, no es un documento incluido dentro de los medios que se relacionan en el artículo 17.2 LFCP, siendo ésta una lista exhaustiva.

Subsidiariamente, en caso de que el Tribunal considere que el certificado exigido sí es un medio válido para la acreditación de la solvencia técnica, de entre los previstos en el artículo 17.2 de la LFCP, entiende que no es un medio que acredite la capacidad de las empresas, afirmando que ENDESA tiene una capacidad acreditada de volumen de energía comercializada de origen renovable muy superior al que supone el suministro objeto de licitación y, paradójicamente, podría resultar que una empresa con menos capacidad acreditable, para ejecutar el contrato, que comercialice anualmente un volumen inferior al de ENDESA, pueda acceder a la licitación, por el mero hecho de que su actividad se restrinja a comercializar exclusivamente energía con origen renovable, y por tanto, estar calificada con la Etiqueta A.

Añade también que el hecho de contratar exclusivamente con empresas comercializadoras calificadas con la Etiqueta A, que es el medio que acredita la comercialización exclusivamente de energía 100% renovable al conjunto de los clientes, podría vulnerar, incluso, la libertad de empresa, pues, una comercializadora con capacidad sobradamente contrastada para ejecutar el contrato, vería limitado su acceso a una licitación pública, por el hecho de que, en su actividad privada, además de energía renovable, comercialice otro tipo de energías, lo cual implica que no disponga del Etiquetado A emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

A los efectos de comprobar si el requisito de solvencia de estar calificada con la Etiqueta A es proporcional, respeta el principio de libre competencia, y si realmente

acredita la capacidad de las empresas comercializadoras de ejecutar el contrato, la reclamante hace referencia a las características del sistema eléctrico, señalando, en primer lugar, que las características del sistema eléctrico hacen que la electricidad generada por las distintas instalaciones que componen el mix de generación se mezcle al entrar en las redes de transporte y distribución, no siendo posible, por tanto, diferenciar el origen de la electricidad que se consume, una vez que entra en las redes de transporte y distribución, ya que la electricidad que en cada momento suministran las comercializadoras a través de las redes es la mezcla de la que en ese momento están produciendo las distintas instalaciones de generación (mix de generación), que va variando y en el que predominan las fuentes de origen no renovable.

En segundo lugar, significa que el que una comercializadora haya obtenido en un año determinado la categoría A en el etiquetado de la electricidad, no la capacita para suministrar energía de origen renovable, simplemente porque toda la electricidad suministrada por las distintas comercializadoras es la misma, al mezclarse en la red. Por tanto, no tiene sentido exigir el etiquetado de la electricidad como requisito de solvencia técnica, siendo que la energía eléctrica suministrada es la misma, independientemente de la comercializadora que la suministre. Por ello entiende que la exigencia de este requisito limita la concurrencia de comercializadoras y no garantiza que aquellas a las que se reconoce el etiquetado en la categoría A, tengan una especial capacidad para suministrar energía de origen renovable.

Así mismo, entiende que se trata de un medio en todo caso desproporcionado, al no tener en cuenta al volumen de energía que supone el contrato que se licita, en comparación con el volumen de energía de origen renovable comercializado por las empresas, que demostraría efectivamente la capacidad de esas empresas para ejecutar este contrato.

Por todo ello, afirma que la obligación de presentar un Certificado relativo al origen de la electricidad no es válido como medio acreditativo de la solvencia técnica, al no ser uno de los medios previstos en el artículo 17 LFCP, así como por ser contrario al principio de libre concurrencia y resultar excesivamente desproporcionado.

En relación con las condiciones especiales de ejecución, la reclamante significa que el artículo 106 LFCP exige que las condiciones especiales de ejecución estén vinculadas al objeto del contrato, debiendo considerar que están vinculadas al objeto del contrato cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 64 LFCP, esto es, cuando se refieran a las prestaciones objeto del mismo y, desde su punto de vista, la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable no está relacionada con el objeto de la contratación, que es el suministro que se realizará a posteriori al Ayuntamiento, sino que se refiere al suministro realizado con anterioridad a la ejecución del Acuerdo Marco, dirigido a terceros ajenos a la relación contractual con el Ayuntamiento.

En conclusión, entiende que la obligación de aportar en la fase de presentación de ofertas la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable no es conforme a derecho, al contravenir principios, reglas y exigencias legales contenidas en la normativa que resulta de aplicación a la contratación pública, y por tanto, no puede exigirse ni como medio acreditativo de la solvencia técnica, ni como condición especial de ejecución y por ello solicita declarar nulas las cláusulas relativas a la exigencia de aportar en la fase de presentación de ofertas la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable y ordenar la retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la aprobación de los pliegos y documentos que rigen la licitación, toda vez que los vicios de legalidad identificados en los pliegos impiden la conservación de los actos posteriores que no se vieran afectados.

QUINTO.- El 5 de octubre de 2018 el Ayuntamiento del Valle de Egüés remite el expediente de contratación y sus alegaciones a la reclamación formulada por

ENDESA, reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la reclamación formulada por IBERCLI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento del Valle de Egüés, entidad contratante, es una entidad local sita en Navarra y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- Las reclamaciones han sido interpuestas por personas legitimadas al tratarse de empresas interesadas en la licitación, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de las reclamaciones se ha realizado en la forma y en el plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

Ya se ha recogido en los antecedentes que el Ayuntamiento del Valle de Egüés publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación el día 28 de septiembre de 2018 y el mismo día lo envió al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), donde fue publicado el 2 de octubre de 2018.

Como bien señala ENDESA, en este caso se ha producido una irregularidad en materia de publicidad dado que para contratos como este, en los que el valor estimado supera el umbral comunitario, el artículo 89 de la LFCP, además de obligar a publicar el anuncio de licitación en el DOUE (apartado 1), dispone en su apartado 3 lo siguiente:

“3. El envío del anuncio al “Diario Oficial de la Unión Europea” deberá preceder a cualquier otra publicidad. El anuncio se publicará además en el Portal de Contratación de Navarra, una vez recibida la confirmación de la publicación en el

Diario Oficial de la Unión Europea o transcurridas 48 desde la confirmación de la recepción del envío. En todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo.”

En consecuencia, el anuncio de licitación no debió ser publicado en el Portal de Contratación de Navarra antes del día 2 de octubre de 2018.

Este tipo de irregularidades no tendrían mayor trascendencia si no afectaran, en algunos casos, tanto a los plazos mínimos de presentación de proposiciones, que en muchos casos se comienzan a contar desde la fecha de publicación del anuncio, como al fundamental derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el cómputo de los exiguos plazos establecidos para impugnar los anuncios o los Pliegos reguladores de la contratación también comienza en el momento de la publicación del anuncio.

De este modo, pudiera pensarse que en este caso, en el que la reclamación especial formulada por ENDESA se ha presentado con fecha 11 de octubre de 2018, se ha superado el plazo para reclamar ante este Tribunal que establece el artículo 124.2.a) de la LFPC (téngase en cuenta que el anuncio en el Portal de Contratación de Navarra se hizo el 28 de septiembre de 2018), resultando la reclamación extemporánea. Pero no es esta la conclusión a la que se debe llegar.

El artículo 124 de la LFPC determina que el plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él.

Respecto al cómputo de plazos la LFPC fija una regla general en su artículo 47, apartado 1, al establecer:

“1. Todos los plazos establecidos en esta ley foral se entenderán referidos a días naturales salvo que expresamente se disponga lo contrario.”

Pues bien, en aplicación de la norma citada y dado que el artículo 124 de la misma fija un plazo de diez días para reclamar sin indicar si estos son hábiles o naturales, deberemos entender que se trata de días naturales. A esto no obsta que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 30.2, determine que *“cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos”* puesto que el mismo precepto también establece una excepción, *“siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo”* y la LFCP lo ha hecho. Por tanto el plazo es de diez días naturales.

En cuanto al “dies a quo” en el cómputo del plazo para reclamar es, en el caso que nos ocupa, el día de publicación del anuncio de licitación en el DOUE, es decir, el 2 de octubre de 2018.

A estos efectos se debe tener en cuenta que el artículo 89, apartado 3, de la LFCP determina que el envío del anuncio al “Diario Oficial de la Unión Europea” deberá preceder a cualquier otra publicidad; que el anuncio se publicará además en el Portal de Contratación de Navarra, una vez recibida la confirmación de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea o transcurridas 48 desde la confirmación de la recepción del envío y que, en todo caso, esta última publicidad deberá indicar la fecha de aquel envío y no contener indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio europeo.

En este mismo sentido se pronuncia el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que en su artículo 19.1 dispone:

“Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este

medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.»

En consecuencia, en este caso, siendo el día de inicio del cómputo del plazo para reclamar el día siguiente al día en el que se publicó el anuncio de licitación en el DOUE (el 2 de octubre de 2018), es claro que las dos reclamaciones se han presentado en plazo.

CUARTO.- Las reclamaciones se fundamentan en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3.c) de la LFCP, y el acto impugnado es uno de los actos susceptibles de reclamación conforme al artículo 122.2 de la misma norma.

QUINTO.- Conforme al artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), procede la acumulación de las dos reclamaciones presentadas ya que ambas guardan identidad sustancial e íntima conexión, siendo en ambos casos la entidad adjudicadora del contrato la misma, los actos que se impugnan también los mismos y coincidentes los motivos de impugnación.

SEXTO.- Constituye el objeto de ambas reclamaciones la exigencia en los pliegos, como requisito de solvencia, que el origen de la energía eléctrica comercializada sea 100% renovable y, en particular, su acreditación mediante la certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable.

Conviene aclarar que aunque la primera referencia en los pliegos a esta exigencia y a su acreditación aparecen bajo el título “CONDICIONES ESPECIALES DE SUMINISTRO DE LA ENERGÍA”, lo que pudiera dar lugar a cierta confusión en cuanto a su verdadero carácter, la exigencia queda determinada con toda claridad en el apartado 16 en relación con el 21,4, 2 b), que establece los requisitos de solvencia y, en particular, el modo de acreditación del requisito de comercialización del 100% de energía renovable. Así el punto 16 señala:

“16. SOLVENCIA TÉCNICA Y PROFESIONAL

Los licitadores que pretendan concurrir a la presente licitación, deberán acreditar su solvencia técnica en la forma prevista en estipulación 21.1 (4) de las presentes Condiciones Regulatoras.”

Y el 21.4.2.b), que regula el modo de acreditación de esta solvencia:

Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable.

Sobre esta cuestión el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid mediante la Resolución 110/ 2108, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Tanto la Directiva 2014/24/UE, como el TRLCSP habilitan la posibilidad de incluir consideraciones medioambientales incluso aunque se refieran a procesos que tienen lugar durante todo el ciclo de vida de la prestación. Se pueden incluir tanto en la definición de las prescripciones técnicas como en fase de análisis de la capacidad técnica de los candidatos, como criterios de adjudicación o en fase de ejecución.

Se pide en el Pliego que la energía a suministrar sea efectivamente renovable, pero no se configura como una condición esencial de ejecución que puede conllevar penalizaciones, cuya posibilidad fue admitida por este Tribunal en la Resolución

256/2017, de 19 de septiembre, y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 1148/2017, de 1 de diciembre, sino que se le pide que se trate de una empresa comercializadora en exclusiva de energía renovable, no admitiendo a la licitación a aquellas que comercializan un mix de fuentes de generación de energía.

Una vez determinado el objeto del contrato, con los posibles condicionantes medioambientales (origen de la energía en este caso) procede seleccionar aquellos contratistas capacitados para su ejecución a través de los criterios de solvencia, entre los cuales puede figurar algún aspecto medioambiental, que, en ese caso, deben cumplir los requisitos legales.

El art. 62 del TRLCSP dispone:

“2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

De conformidad con el artículo 77.1 del TRLCSP, la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios en los contratos de suministro deberá acreditarse por uno o varios de los medios que enumera. Esa lista tiene carácter de numerus clausus. Por tanto debemos analizar si el certificado exigido tiene cabida en alguno de ellos.

La solvencia técnica, debe acreditar la aptitud del licitador para poder acometer la futura ejecución del contrato. La norma determina unos parámetros que permitan su acreditación y que, en algunos de los casos, vienen referidos a prestaciones o actividades realizadas por los licitadores con anterioridad a la fecha final del plazo de licitación, como es el caso de criterios de solvencia vinculados a la experiencia o a la calidad. Evidentemente son criterios subjetivos relativos a la actividad realizada en el pasado por la empresa, relacionados con el objeto del contrato y se proyectan en la acreditación de la capacidad de prestar otros suministros de similares características,

no son propiedades o cualidades de la oferta que permitan compararla con otras según lo valorado en los criterios de adjudicación.

La certificación exigida aparece como adecuada para acreditar la solvencia técnica relativa a las empresas comercializadoras de energía eléctrica en cuanto a garantizar que solo han sido suministradoras de energía 100% renovable y en sus garantías de origen no aparece otro tipo de energía. Por lo tanto es idónea para cumplir el cometido que el TRLCSP le asigna.

Se limita la concurrencia a solo aquellas empresas que comercializan únicamente energía renovable con la intención de que, de esa manera, el suministro al Ayuntamiento sea de ese origen y no incluya otras fuentes como puede ser la cogeneración. No admite que otras comercializadoras habilitadas legalmente para el desarrollo de la actividad y que también pueden vender energía renovable puedan acceder al contrato por el hecho de que en su cartera de ventas se incluya un mix de fuentes de energía con otros orígenes que no se compran en este contrato. Admitirlas supondría que la energía incluida en el mix que entreguen en el Ayuntamiento aun con su certificado de garantía de origen no tendría un origen acreditado 100% renovable y por tanto no harían entrega cierta del objeto del contrato con la condición medioambiental que se ha establecido en cuanto a su origen.

La aplicación de un criterio ex ante, es decir, un valor histórico y público, es un criterio objetivo y vinculado al objeto del contrato. Recuérdese que sería posible cubrir el 100% del objeto del contrato con energía de origen renovable a través del mecanismo de GdO, pero el sistema de emisión de certificados por la CNMC no permite garantizar dicho origen exclusivo.

Es cierto que la etiqueta de electricidad tampoco acredita que la energía comercializada a futuro sea 100% renovable, ni que aquellas empresas que lo obtengan tengan mayor capacidad de ejecutar el contrato suministrando energía renovable que otras que comercializando un mix de fuentes, pero sí que la ya comercializada en un periodo temporal determinado previo tuvo tal origen renovable. En consecuencia, si

solo comercializa energías de origen renovable la que suministre tendrá necesariamente dicha composición sin mezclas y como hemos señalado los criterios de solvencia se refieren a la experiencia y calidad de la actividad realizada con anterioridad por los licitadores. La posibilidad de requerir experiencia previa como criterio de solvencia técnica se recoge en el artículo 77.1.a) del TRLCSP.

En cuanto a la posible inclusión del criterio de solvencia en el artículo 77.1.f) del TRLCSP, conviene tener en cuenta que las acreditaciones de solvencia técnica en contratos de suministro mediante certificados de calidad han de referirse al producto concreto o a su productor. En este sentido, la Resolución 368/2017, de 29 de noviembre, de este Tribunal, señaló que “es evidente que la documentación la tiene que presentar el licitador y lo que ha de acreditar es que sus productos se producen de conformidad con dichas normas. Recalamos que se trata de certificados de conformidad de los productos tal como destaca el anexo XII de la Directiva 2014/124/UE, el artículo 77.1.j) del TRLCSP y el propio pliego. Normalmente dichos certificados estarán expedidos a nombre de la empresa licitadora cuando sea a la vez productora y distribuidora. No obstante, en determinados casos, como el que nos ocupa, se separan ambas fases del circuito comercial, uno es el productor de los muebles y otro el distribuidor o comercializador. Pretender en estos casos que los certificados estén expedidos a nombre del comercializador es algo imposible y nada aporta a la calidad de los muebles, el certificado que esta empresa pudiera obtener se referirá a las fases de comercialización y/o instalación pero no puede acreditar la calidad del producto o medioambiental del proceso de fabricación que no ha realizado”.

La garantía de origen 100% renovable de la energía comercializada por una empresa en el ejercicio precedente es subjetiva y se refiere a una cualidad del comercializador que afecta al producto que vende y que el Ayuntamiento quiere comprar y prueba su capacidad de cumplir con el objeto del contrato entregando solo energía renovable y no un mix de producción. Efectivamente, la CNMC es un organismo o servicio oficial encargado de certificar la calidad medioambiental de la energía para conocimiento de los usuarios finales.

Aunque una empresa podría ser perfectamente capaz de suministrar energía de origen renovable sin necesidad de que la totalidad de la energía que comercializa, y que vende a los demás usuarios, lo sea, no podría acreditar que lo hace exclusivamente con fuentes renovables. Al exigir que la empresa licitadora suministre toda su energía con origen íntegramente renovable se consigue al menos garantizar que está capacitada para hacerlo. Al exigir además como objeto del contrato el suministro de energía renovable, dicha exigencia se proyecta durante la ejecución del contrato y la condición de aptitud debe mantenerse a lo largo de la vida del contrato.

En consecuencia, debiendo interpretarse la exigencia como criterio de solvencia técnica de la Certificación en el sentido indicado por el Ayuntamiento de Madrid (como acreditativa de que el 100% de la energía comercializada por el licitador es de origen renovable), a juicio de este Tribunal, la misma se ajusta al TRLCSP.”

SÉPTIMO.- Volviendo al supuesto que nos ocupa, debemos comenzar por la determinación de la naturaleza y alcance de la certificación exigida. Así, resulta que, conforme a la normativa específica (circular 6/2012, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) y la circular 1/2008, de 7 de febrero CNE, las Garantías de Origen de la energía (GdO), acreditan indistintamente la procedencia de fuentes renovables y de cogeneración, mientras que el etiquetado de la electricidad es un mecanismo diseñado con el fin de suministrar información sobre la composición concreta de la energía suministrada. De ello resulta que la certificación exigida, es decir, la emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, que se corresponde con la clasificación A del etiquetado de electricidad, es la única que prueba que el origen de la energía es exclusivamente de fuentes renovables.

OCTAVO.- En cuanto a los motivos de la reclamación objeto de análisis, comenzaremos por señalar, como hemos hecho en Acuerdos previos, que la configuración del objeto del contrato pertenece al ámbito de la discrecionalidad del órgano de contratación. Así en nuestro Acuerdo 68/2017, de 30 de octubre, decíamos

que *“Debe advertirse, en este sentido, que la competencia para delimitar el objeto de la obra, suministro o asistencia que se desea contratar corresponde al órgano de contratación, que debe justificar su necesidad antes de comenzar el proceso de licitación que corresponda. De hecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 LFCP ·Todo expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la necesidad, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato (...)”*

Por otra parte, como alega el Ayuntamiento del Valle de Egüés y señala en el apartado 8 del pliego técnico objeto de esta reclamación, el considerando segundo de la Directiva 2014/ 24/UE, establece:

“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.

En esta misma línea el preámbulo de la LFCP establece:

“De acuerdo con la “Estrategia Europa 2020”, la contratación pública desempeña un papel muy relevante como instrumento que debe colaborar a que emerja un modelo de desarrollo económico que genere altos niveles de empleo, productividad y cohesión social, al tiempo que se garantiza un uso eficiente de los fondos públicos. En este marco, las Directivas contemplan objetivos tendentes a alcanzar esta finalidad, como son promover un mercado más competitivo, facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y proporcionar herramientas para la utilización de la contratación pública como un instrumento en las políticas sociales, ambientales o de investigación, todo ello con afán de modernización teniendo en cuenta el contexto de globalización económica.

Estos son por tanto, los objetivos que comparte esta ley foral y que pretende adaptar al ordenamiento jurídico navarro, de forma que resulten plenamente aplicables. (...)

La utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer cada contrato. Por ello, se establecen en esta ley foral lo que pueden denominarse “cláusulas horizontales” en estos ámbitos: el cumplimiento de la normativa de igualdad de género entre mujeres y hombres, social, laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado.(...)”.

Y como afirma El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución de referencia, las Directivas Comunitarias habilitan la incorporación de consideraciones de tipo medioambiental, también en el momento de la determinación de la capacidad técnica necesaria para la ejecución del contrato.

Así pues, ningún reproche puede hacerse al objeto de contratación consistente en el “suministro de energía eléctrica de procedencia 100 % renovable”.

De esta determinación del objeto del contrato deriva también la vinculación al mismo, del requisito de solvencia consistente en la certificación del origen 100 % de energías renovables, por lo que no puede admitirse el alegado motivo de falta de vinculación.

De otra parte, esta determinación del objeto del contrato, es decir que la energía a suministrar sea de origen exclusivamente renovable, invalida la alegación realizada por ENDESA, en el sentido de que al mezclarse en la red eléctrica los distintos tipos de

energía suministrada, la etiqueta exigida no prueba una especial capacidad para el suministro de energía renovable, y ello porque no se trata tanto del suministro de energía renovable como del suministro de energía eléctrica con certificado de garantía de origen acreditado 100 % renovable. Como más arriba se ha señalado, la necesidad a satisfacer por este objeto va más allá del suministro de energía eléctrica, pues el Ayuntamiento reclamado ha optado, en virtud de la discrecionalidad que le asiste, por determinar un objeto del contrato que responde igualmente a la satisfacción de otras necesidades, como son los objetivos relacionados con su estrategia energética y, en particular, con la reducción de su Huella de Carbono.

NOVENO.- En lo que se refiere a los motivos de la reclamación relacionados con la solvencia, debemos comenzar por señalar que la Certificación de la CNMC, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, acredita a año vencido que tal es el origen de la energía suministrada por la empresa certificada, por lo que, como afirma el Tribunal de Contratos de la Comunidad de Madrid, en la resolución citada, se trata de un criterio vinculado a la experiencia, acreditativo de la capacitación de la empresa para el suministro de energía con el origen exigido.

Por tanto, este requisito es asimilable al recogido en el artículo 17, 2, b) LFCP que establece:

“Relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante como máximo los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho”.

Es este mismo artículo el instrumento que establece los requisitos que debe cumplir la solvencia para resultar acorde con los principios y normas de contratación al determinar en su apartado primero, que:

“El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada”.

A estos efectos, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, Sentencias de 16 de diciembre de 2008 -Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis- y 19 de mayo de 2009 -Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano), en relación con la exclusión de licitadores por causas objetivas relacionadas con la aptitud profesional, ha significado que en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

Pues bien, encontramos que estos requisitos y principios en la determinación de la solvencia, no resultan afectados en el caso que se analiza y ello por lo ya señalado en lo que se refiere a la vinculación con el objeto del contrato, así como en relación con su adecuación a la determinación de la capacitación necesaria para la ejecución de dicho objeto contractual.

Por otra parte, a la vista del informe de la CNMC, publicado el 27 de abril de 2017, conforme al cual, existen 76 empresas comercializadoras de diverso tamaño que suministran energía 100% procedente de fuentes renovables, contradice sin necesidad de más argumentación, la afirmación del carácter discriminatorio y limitativo de la concurrencia, del referido requisito de solvencia.

Por último, consideramos, como el Tribunal de Madrid, que aun cuando las empresas que no cuentan con esta certificación, sino con otras garantías de origen, son capaces de suministrar energía eléctrica, incluso por encima de los niveles requeridos en el pliego objeto de reclamación, no cuentan sin embargo con la aptitud necesaria para el suministro objeto del contrato que se enjuicia, pues tal garantía de origen no prueba que

lo sea de origen 100% renovable, sino un mix de renovable y de cogeneración que no puede por ello satisfacer el objeto del contrato.

Así pues, resultando que la certificación exigida es el único modo de acreditar la capacidad para la ejecución del contrato, certificación que es posible obtener por todas las empresas que apuesten por la comercialización exclusiva de energía procedente de fuentes renovables, encontramos que la exigencia de dicha certificación es ajustada a las normas y principios de la contratación y en consecuencia a la LFCP, por lo que deben desestimarse las reclamaciones presentadas.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Acumular las reclamaciones especiales en materia de contratación pública formuladas por don P. Y. G., en representación de “IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.”, y por don J. C. F. G., en representación de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.”, frente a las Condiciones reguladoras del Acuerdo Marco para el suministro de energía (eléctrica renovable y gas natural) al Ayuntamiento del Valle de Egüés en el periodo 2018-2021. Contra este acuerdo de acumulación no procede recurso alguno.

2º. Desestimar las reclamaciones especiales en materia de contratación pública formuladas por don P. Y. G., en representación de “IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.”, y por don J. C. F. G., en representación de “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.”, frente a las Condiciones reguladoras del Acuerdo Marco para el suministro de energía (eléctrica renovable y gas natural) al Ayuntamiento del Valle de Egüés en el periodo 2018-2021.

3º. Notificar este Acuerdo a “IBERDROLA CLIENTES, S.A.U.”, a “ENDESA ENERGÍA, S.A.U.” al Ayuntamiento del Valle de Egüés y a cuantos figuren como interesados en el procedimiento y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

4º. 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, 26 noviembre de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.