



Roj: **STSJ M 4889/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:4889**

Id Cendoj: **28079330032019100271**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **383/2018**

Nº de Resolución: **421/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA DEL PILAR MALDONADO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2018/0010324

Procedimiento Ordinario 383/2018

Demandante: IBERDROLA CLIENTES, SAU

PROCURADOR D./Dña. GERMAN MARINA GRIMAU

Demandado: AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

SENTENCIA NÚM. 421/2018

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

D. Rafael Estevez Pendas

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 383/2018 interpuesto por la representación procesal de la mercantil Iberdrola Clientes SAU contra resolución nº 110/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid habiendo sido parte demandada el Ayuntamiento de Madrid, representado por el Letrado de la Corporación Municipal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.



SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 26 de junio de 2019.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil Iberdrola Clientes SAU interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resolución nº 110/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante TACPCM), que desestimó las recursos especiales en materia de contratación acumulados números 83, 87 y 93 de 2018, formulados por Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Clientes SAU y Endesa Energía SAU, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del " Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (4 lotes)".

En la resolución recurrida se dice que los 3 recursos se dirigen contra el apartado 13 del Anexo I del PCAP, que lleva por título "acreditación de la solvencia técnica" y que dispone " artículo 77.1 del TRLCSP: " Para la acreditación de la solvencia técnica se aportará la siguiente documentación..... Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con los Orden IET/931/2015, de 20 de mayo, que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable", desestimando el recurso especial con base a los siguientes argumentos " **Séptimo.-** El objeto del contrato debe ajustarse a los objetivos de la administración contratante, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer y la mejor manera de verificar su cumplimiento, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma sometida a la justificación de la necesidad de la contratación con las limitaciones de los artículos 22 y 26 del TRLCSP. La contratación es una herramienta útil para conseguir otras finalidades de tipo social o medioambiental, puede incluir un uso estratégico. En el caso que nos ocupa el Ayuntamiento de Madrid quiere contratar energía eléctrica con un criterio medioambiental: que proceda al 100% de fuentes renovables.

Por otro lado 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.

En consecuencia con la configuración del objeto del contrato, se ha de proceder a la determinación de los licitadores que pueden presentar oferta que tengan capacidad y solvencia para su ejecución y se deben también establecer los criterios de adjudicación que permitan seleccionar la oferta más ventajosa y las condiciones de ejecución del contrato.

Para la resolución de los recursos, que discuten la adecuación a derecho de un criterio de solvencia técnica, una vez expuestas las posiciones de las partes, conviene comenzar analizando el requisito que figura en el PCAP que ha dado lugar a varias preguntas y aclaraciones. De la lectura literal del mismo lo exigido es una certificación de que la energía comercializada es 100% renovable.

Esto puede entenderse como que el suministro que se realice al órgano contratante sea de tal composición/ origen o, como parece interpretar el órgano de contratación, como que toda la energía comercializada por el licitador durante el ejercicio 2017 fue de origen renovable. Por tanto no se trataría de una garantía de origen que certifique que el suministro de electricidad que se entregue al Ayuntamiento proceda de energía renovable, sino de la etiqueta de electricidad, en su categoría A, que certifica que la actividad del comercializador en el ejercicio anterior fue exclusivamente de energía renovable al 100% sin mezclar con energía procedente de otras fuentes. Este sería el contenido o la referencia al mix de comercialización que se cita en el informe del Ayuntamiento y que se puede concluir por la referencia a la "energía comercializada" y no a la energía a suministrar que hace el PCAP.

En este punto, tal como se recogió en la Resolución 256/2017, de 19 de septiembre, de este Tribunal, conviene hacer referencia a ambos conceptos.

1. La Garantía de Origen (GdO) se regula en la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. La Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre, modifica la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, incorporando así al derecho español el contenido del artículo 15 de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, en relación con las garantías de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de



alta eficiencia. La nueva Orden tiene en cuenta asimismo lo previsto en el artículo 3.9 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en lo referente a la información a proporcionar al consumidor.

La Circular 6/2012, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Su objeto, declarado en el apartado primero, es establecer las normas de organización y funcionamiento del Sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Así, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como entidad certificadora, certificará oficialmente a año vencido que la energía eléctrica suministrada durante ese año, en este contrato en particular, y no en otro, procede de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

Tal como se define en el apartado 3 de esta Circular "La garantía de origen es una acreditación, en formato electrónico, expedida a solicitud del interesado, que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producidos en una central, en un periodo temporal determinado, han sido generados a partir de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia".

Esta exigencia técnica es la manera de garantizar que la energía que se vaya a suministrar al Ayuntamiento, en los años de posible duración del contrato es de origen renovable, pero comprende también la energía procedente de cogeneración de alta eficiencia.

Según el apartado segundo de la mencionada Circular 6/2012, se entiende por "energía eléctrica procedente de fuentes renovables", la procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir la energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás. Por cogeneración se entiende la generación simultánea en un proceso de energía térmica, eléctrica y mecánica o térmica y eléctrica. Siendo cogeneración de alta eficiencia la que cumpla los requisitos del Anexo III del Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración. Las fuentes de producción suelen ser gas natural y fueloil.

El modelo de certificado GdO se incorpora como Anexo II de la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la CNE, de información al consumidor y su impacto sobre el medio ambiente, que establece "De forma voluntaria un productor que comercialice directamente con clientes finales podrá incluir en sus facturas o separata de las mismas, en su caso en las futuras electrónicas, el modelo anterior utilizado, y en el caso de que hubiera redimido garantías de origen en el cliente deberá añadir, al final del apartado de origen de electricidad, el siguiente texto:

Durante el "año n" usted ha adquirido "x" garantías de origen, lo que se traducen en:

El "X"% de su suministro procede de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

Incluyendo en los Pliegos este requisito como condición de ejecución la empresa comercializadora a ejercicio vencido puede acreditar que la energía suministrada al consumidor final procede de fuentes renovables y cogeneración, pero no garantiza que sea al 100% de origen renovable ni la ausencia de emisiones de CO2 o residuos radiactivos que es el objeto declarado de la contratación.

2. El etiquetado de la electricidad se regula en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de la Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente. Cabe recordar que dicha Circular es desarrollo del artículo 110 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, que establece un sistema de información de las empresas comercializadoras o distribuidoras que vendan electricidad a clientes finales sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto en el medio ambiente. Asimismo la previsión de detalle de las garantías de origen en las facturas de las comercializadoras a los cliente finales está regulada en la disposición final única de la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, citada en el criterio de solvencia técnica del PCAP objeto de impugnación como reguladora del certificado solicitado.

Tal como se define en el apartado 2 de dicha Circular "El etiquetado de la electricidad es un mecanismo diseñado con el fin de suministrar información fidedigna y homogénea a los clientes finales acerca de la electricidad que consumen, proporcionándole un formato uniforme, con independencia del comercializador o distribuidor que le ha vendido la energía, con información precisa sobre:

El desglose de las fuentes de energía que se han utilizado para generar la electricidad que han consumido.

El impacto ambiental que dicha producción ha originado".



La etiqueta de la electricidad informa sobre la mezcla de energías correspondiente a la energía eléctrica vendida por cada empresa comercializadora (renovables, cogeneración de alta eficiencia, cogeneración, gas natural, carbón, fuel/gas, nuclear y otras), sus emisiones de CO2 y residuos nucleares de alta actividad. Según la mezcla de energías de la empresa comercializadora a la que se aplican determinados factores de impacto ambiental regulados en el Anexo VI de la Circular 1/2008, cada empresa recibirá una clasificación graduada en una escala entre la A y la G, siendo la categoría D la que corresponde a la media nacional.

La etiqueta no garantiza ni informa sobre la energía suministrada a un cliente final concreto, eso lo hace la Garantía de Origen, si bien en los consumidores finales dado que la energía que llega es indistinguible de la de otros consumidores conectados al mismo sistema eléctrico, puede entenderse que el desglose de mezclas genérico de la comercializadora es el mismo del que participa su suministro. Cada año la CNMC emite un informe y lo publica y en él se indican las etiquetas que corresponden a cada empresa comercializadora a año vencido. Es decir, a diferencia de la garantía de origen esta etiqueta acredita la composición de la energía comercializada en un ejercicio anterior, de manera que si una empresa obtiene la etiqueta A, eso significa que el 100% de lo que comercializó fue energía procedente de fuentes renovables y probaría que durante la ejecución del contrato que se licita estaría en condiciones de ofertar energía de esa procedencia que es el objeto del contrato. Mientras que las empresas que tengan el resto de letras posibles de la etiqueta han comercializado un mix de procedencias (renovables, cogeneración, carbón, nuclear, etc.) también han comercializado energía eléctrica de procedencia renovable en un determinado porcentaje, pero no pueden garantizar que lo que van a suministrar al Ayuntamiento proceda de estas fuentes dado que la certificación de origen que pudieran aportar posteriormente acreditará conjuntamente el origen renovable y de cogeneración. Por tanto con dichas GdO no podrían acreditar la capacidad de garantizar que cumplirán el objeto del contrato que es el origen renovable de las fuentes de generación de la electricidad al 100%.

Siendo que el certificado de origen acredita indistinta o conjuntamente la procedencia de fuentes renovables y de cogeneración de alta eficiencia, es posible que la generación de este tipo de energía con certificado de origen también tenga un impacto en emisiones de CO2.

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.

Como sostiene Gas Natural, el requisito de solvencia técnica que se pide si se entiende referido a la energía a suministrar en este Acuerdo marco es legalmente imposible obtenerlo en el momento de la presentación de la propuesta del licitador, porque, de conformidad con la normativa reguladora de las Garantías de Origen la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, la CNMC no certifica la redención de las Garantías de Origen hasta el año siguiente al suministro efectuado al punto de suministro en cuestión (n+1).

Por tanto, lo exigido, como ya vimos más arriba, y como confirma el Ayuntamiento en las respuesta a las preguntas formuladas y en el informe al recurso es que la comercializadora que licite al contrato esté calificada con la etiqueta A expedida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El informe del Ayuntamiento de Madrid alude a la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la CNE, referida al etiquetado de electricidad, cuyo objetivo es informar a los clientes finales sobre la empresa comercializadora que contratan y no sobre la energía que le suministran bajo el contrato. Las GdO se refieren al contrato particular en cuestión y por el contrario, el etiquetado de electricidad es general a toda la actividad de la comercializadora como se pide en la cláusula controvertida.

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.

Procede en este momento valorar la adecuación del requisito de solvencia técnica, en los términos del PCAP, a lo dispuesto en el TRLCSP.

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. Recalcamos 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".

SEGUNDO. - Pretende el recurrente se anule la resolución recurrida así como los Pliegos del Acuerdo Marco en relación con la condición de solvencia relativa al origen renovable de la energía comercializada (apartado 13 del anexo I del PCAP) y ordene al Ayuntamiento de Madrid que convoque de nuevo la licitación con arreglo a unos pliegos que sean conformes a derecho, alegando, en síntesis, que la resolución impugnada es contraria a los Pliegos de Acuerdo Marco y al principio contractus lex, en la medida que exige una condición de solvencia que no es la reflejada en los Pliegos, asumiendo el TACPCM una interpretación errónea y más limitativa de la concurrencia que la establecida, ya que el apartado 13 del anexo I del PCAP es claro, requiriendo como condición de solvencia que los licitadores aporten la certificación de la CNMC, de acuerdo con la Orden ITC/1522/2007, modificada por la Orden IET/931/2015, relativa al origen de la energía comercializada. Lo único que regula la Orden es el sistema de garantías de origen, pero no el etiquetado de las empresas comercializadoras que se regula en la Circular 1/2008, a la que no se refieren los Pliegos. Añade que fue el Ayuntamiento de Madrid, quien interpretó los Pliegos en el sentido de que éstos exigen el etiquetado de la empresa comercializadora, lo que confirmó el TACPCM en la resolución impugnada. Por tanto, la literalidad del pliego no alude al etiquetado ni a la Circular 1/2008, sino a la certificación del origen y a la Orden ITC/1522/2007. Por otro lado, no existen elementos de juicio anteriores que permitan inferir que es el etiquetado A lo que se exige a los licitadores. Al revés, estos hechos confirman que no se estaba exigiendo este etiquetado como condición de solvencia. Finalmente, el principio de interpretación pro concurrencial de los pliegos obliga a descartar la interpretación de que éstos exigen el etiquetado A.

En segundo término aduce que la resolución impugnada y los pliegos del acuerdo marco vulneran el artículo 62.2 de TRLCSP, ya que la condición de solvencia consistente en que la energía comercializada sea 100% renovable no guarda la debida relación con el objeto del contrato ni es proporcional al mismo, señalando que una condición de solvencia tendrá relación con el objeto del contrato cuando permita considerar, a priori, que el licitador que la cumple podrá desarrollar el objeto del contrato de manera satisfactoria. Pues bien, el objeto del Acuerdo Marco es el suministro de energía renovable al Ayuntamiento de Madrid, por lo que la finalidad directa consiste en obtener la energía necesaria para el adecuado funcionamiento de las instalaciones y de los servicios municipales. Existe otra finalidad indirecta que tiene que ver con el cumplimiento de los compromisos ambientales, lo que obliga al citado Ayuntamiento a consumir energía 100 % renovable. En consecuencia, las condiciones de solvencia técnica tienen que estar vinculadas con la energía a suministrar al Ayuntamiento, no con toda la energía suministrada a sus demás clientes por la empresa comercializadora, lo cual es ajeno al Acuerdo Marco.

Por otro lado afirma que la condición de solvencia resulta, además, desproporcionada por dos motivos: Por un lado, porque implica un gravamen drástico de los principios de la contratación pública que no guarda la debida relación con el fin a satisfacer, y ello, porque impide participar en la licitación a todas las comercializadoras de energía que no tengan el etiquetado A en el ejercicio 2017, pese a que sean capaces de ejecutar el Acuerdo Marco, (que representan un 36%), y, por otro lado, porque existen varias formas menos gravosas de satisfacer este fin, mencionando al respecto, exigir el suministro de energía renovable como condición esencial de ejecución, de forma que su incumplimiento sea causa de resolución del contrato, o exigir a los licitadores haber suscrito en ejercicios anteriores un determinado número de contratos para el suministro de energía renovable con otros clientes, o haber adquirido y suministrado en ejercicios anteriores un determinado volumen de energía de origen renovable, y la que aluden realmente los pliegos del Acuerdo Marco: la certificación de la garantía de origen de la energía, conforme a la Orden ITC/1522/2007.

En conexión con dicha alegación , argumenta que la resolución impugnada y los pliegos vulneran los principios rectores de la contratación (libertad de acceso, concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad), reiterando de nuevo que impide participar en la licitación a todas las empresas comercializadoras de energía que no hayan obtenido el etiquetado A en el ejercicio de 2017, lo que representa un tercio de las empresas comercializadoras registradas en España, siendo dicha restricción innecesaria por cuanto que empresas que no hayan obtenido dicho etiquetado pueden estar capacitadas para cumplir el objeto del Acuerdo Marco.



El letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que ostenta, se opone a la pretensión actora afirmando que el artículo 118 del TRLCSP permite a los órganos de contratación establecer condiciones especiales de tipo medioambiental y que la cláusula 13 del anexo I del PCAP se ajusta a la legislación contractual para lo cual transcribe el fundamento de derecho séptimo de la resolución administrativa impugnada, añadiendo que los informes técnicos obrantes en el expediente administrativo acreditan, no solo que la recurrente no aporta la certificación solicitada sino que tampoco acredita que el 100% de la energía que comercializa sea renovable. Añade que no existe discriminación, ya que la exigencia de aportar la certificación viene expresamente establecida en los Pliegos y ha sido aportada por determinados licitadores, estando todos ellos en un plano de igualdad, concluyendo que el objeto del Acuerdo Marco no es solo el suministro de energía sino que esta proceda de fuentes 100% renovables.

TERCERO.- Conforme al apartado 1 del anexo I del PCAP "constituye el objeto del presente acuerdo marco el suministro de energía eléctrica **renovable** para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos", estableciendo el apartado 13 del citado anexo, sobre la acreditación de la solvencia técnica que se aportará la siguiente documentación "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". Por su parte la cláusula 17, sobre la forma y contenido de las proposiciones, en su apartado A) "sobre de documentación administrativa", apartado 5 "solvencia económica, financiera y técnica" dispone que los licitadores deberán acreditar dicha solvencia en los términos y por los medios que se especifica en el anuncio de la licitación y que se relacionan en el apartado 13 del Anexo I al presente Pliego.

En el BOE de 6 de marzo de 2018 se publica la convocatoria para la licitación, en cuyo apartado 7.b) "requisitos específicos del contratista", sobre la solvencia técnica y profesional, dice "De conformidad con el apartado 13 del anexo I del Pliego. Art. 77.1 del TRLCSP "relación de suministros y certificación de que la energía comercializada es de origen 100% renovable".

Por tanto, es evidente que el PCAP exige para acreditar la solvencia técnica una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada por el licitador es de origen 100% renovable. El PCAP se refiere a la "energía comercializada" por los licitadores y no a la energía a suministrar al Ayuntamiento de Madrid, a lo que debe añadirse que es con la documentación administrativa donde deberá acreditarse la solvencia técnica en los términos expuestos.

Por ello, hubo muchas consultas planteadas al respecto por los licitadores sobre dicha cláusula del PCAP y así una empresa comercializadora preguntó lo siguiente "en la página 45 del PCAP, para acreditar la solvencia técnica se solicita "certificación emitida por 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 100% renovable". ¿Podrían confirmar si la exigencia de aportar la certificación emitida por la CNMC debe ser en la propuesta del licitador o se trata de una errata en los pliegos. Obsérvese que, según la normativa aplicable, la certificación de las garantía de origen de la CNMC se expide al año vencido, es decir, una vez que la energía ha sido comercializada. Se trata de un documento ex post. En vista de la imposibilidad legal de aportar dicho documento en este momento temporal (en la propuesta), sería aceptable por el órgano de contratación que la licitadora aporte como documento sustitutivo una declaración responsable, conforme a la cual se compromete a que, en caso de resultar adjudicatarios, se solicitarán las GdO correspondientes para que la energía adscrita a este contrato sea 100% renovable", se le contestó por el órgano de contratación que la certificación indicada debe aportarse en la propuesta del licitador.

También otra mercantil preguntó que se confirmase "si la energía comercializada 100% renovable" que se exige como solvencia técnica se refiere únicamente a la incluida en este acuerdo marco o a toda la energía comercializada por la empresa". A dicha pregunta se contestó que se solicita como solvencia técnica certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que recoge el artículo 3 de la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía de origen de la electricidad procedentes de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia".

A la pregunta de ¿Si podrían facilitar el modelo de certificación emitido por la CNMC, conforme a las órdenes IET e ITC indicadas en la página 45 del PCAP?, se les dijo que el Ayuntamiento de Madrid no es el órgano competente para la emisión de dicha certificación, por lo que no es posible facilitarlo.

A otra cuestión formulada, tras reiterar el órgano de contratación que determinados aspectos ya había sido contestado en consultas anteriores, se añadió que certificación que debe aportarse en la propuesta del licitador será la correspondiente al último año disponible por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en la fecha de presentación de la oferta.



A la pregunta de si *¿ los licitadores deben acreditar el suministro de energía 100% renovables al 100% de su cartera de clientes? Se les dijo que si.*

A la consulta de si *¿ Esta circunstancia debe verificarse al tiempo de presentación de las proposiciones y en la adjudicación o durante toda la ejecución del contrato?, se les contestó que la certificación debe aportarse en la propuesta del licitador y durante la ejecución del contrato se debe acreditar el origen de la energía del mismo modo.*

Además la Dirección General de Contratación y Servicios del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, elaboró una nota aclaratoria en relación con el criterio de solvencia técnica exigido en la cláusula XIII del Anexo I del PCAP, en el sentido siguiente: *El artículo 80 del TRLCSP prevé que se reconozcan los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también se acepten otras pruebas de medidas equivalentes de garantía. De lo expuesto cabe concluir... Que la acreditación de la solvencia se efectuará mediante certificación emitida por 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. Que los pliegos no limitan la posibilidad de presentar otros certificados equivalentes u otras pruebas de medidas equivalentes de garantía, posibilidad reconocida expresamente por la normativa contractual. En consecuencia, al efecto de garantizar el principio de concurrencia y publicidad, tras la aclaración general efectuada, se va a proceder a tramitar la ampliación del plazo de presentación de proposiciones en un mes adicional" .*

De lo expuesto se deduce que lo exigido en el PCAP, tal como se comprueba por las respuestas dadas por el órgano de contratación a las consultas formuladas por los licitadores interpretando dicho documento, es que el licitador que se puede presentar ha de ser 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 y para ello deberían aportar con su propuesta un certificado de la CNMC correspondiente al último año disponible en la fecha de presentación de la oferta, de que la energía suministrada a la totalidad cartera de clientes es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que recoge el artículo 3 de la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo.

Este Tribunal no comparte la alegación actora de que la resolución impugnada hace una interpretación errónea del apartado 13 del anexo I el PCAP que requiere como condición de solvencia que los licitadores aporten la certificación de la CNMC, de acuerdo con la orden ITC/1522/2007, modificada por la Orden IET/931/2015, relativa al origen de la energía comercializada, por cuanto que el PCAP exige para acreditar la solvencia técnica, que con la propuesta se aporte una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada por el licitador es 100% renovable, lo que, como ya hemos visto, no es posible con la garantía de origen por los motivos siguientes: En primer término, porque el requisito de solvencia técnica que se pide no se entiende referido a la energía a suministrar en el Acuerdo Marco sino a la energía comercializada por el licitador. Por otro lado, la CNMC no certifica, de conformidad con la Orden IET 931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, hasta el año siguiente al suministro efectuado y el PCAP exige que la certificación se acompañe a la propuesta. Finalmente porque la garantía de origen no garantiza que la energía comercializada sea 100% renovable, al proceder de fuentes renovables y de cogeneración de alta eficiencia, siendo ésta última causante de emisiones de CO2.

Por tanto hay que entender que el PCAP cuando se refiere la Orden IET 931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, lo hace en el sentido dado por el órgano de contratación a una respuesta de la consulta efectuada por un licitador, de que lo solicitado como solvencia técnica es una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que recoge el artículo 3 de la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía de origen de la electricidad procedentes de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, que señala que " a los efectos de esta orden serán de aplicación las siguientes definiciones; a) *energía eléctrica procedente de fuentes renovables: la energía eléctrica procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás" .*

A la vista de lo razonado procede desestimar dicha alegación

CUARTO.- Afirma el recurrente , por otro lado, que la resolución impugnada y los pliegos del acuerdo marco vulneran el artículo 62.2 de TRLCSP, ya que la condición de solvencia consistente en que la energía comercializada sea 100% renovable no guarda la debida relación con el objeto del contrato ni es proporcional al mismo, ya que el objeto del Acuerdo Marco es el suministro de energía renovable al Ayuntamiento de Madrid, por lo que las condiciones de solvencia técnica tienen que estar vinculadas con la energía a suministrar al



Ayuntamiento, no con toda la energía suministrada a sus demás clientes por la empresa comercializadora, lo cual es ajeno al Acuerdo Marco.

Debemos partir para resolver la cuestión planteada de que la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad al decidir con libertad de criterio el objeto del contrato y al redactar los Pliegos, tanto de condiciones administrativas como de prescripciones técnicas que han de regir la adjudicación, respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra normativa sobre contratación administrativa: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa. A ello debe añadirse que la contratación administrativa también puede ser utilizada para conseguir otras finalidades de tipo social o medioambiental, como en el caso enjuiciado en el que el Ayuntamiento de Madrid desea contratar el suministro de energía eléctrica que proceda del 100% de fuentes renovables,

Por otro lado, debemos señalar que el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con la Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que prevé su capacidad técnica y así se exige que los pliegos fijen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica que habrán de ser cumplidas por los posibles licitadores, criterios que deben de estar determinados, estar relacionados con el objeto e importe del contrato, encontrarse entre los enumerados con anterioridad (en los contratos de suministros) y no pudiendo producir efectos de carácter discriminatorio sin que pueda considerarse discriminatorio el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el Pliego. La exigencia de solvencia es un auténtico requisito de capacidad que pretende garantizar que el contratista se encuentra en condiciones de prestar el servicio en la forma exigible.

Dicho lo anterior, pasamos al examen de la normativa aplicable al respecto.

El artículo 54 del TRLCSP: "Condiciones de aptitud" dispone que "Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas" y el artículo 62. Exigencia de solvencia establece que "1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley. 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", disponiendo el art. 77 en relación a la "solvencia técnica o profesional en los contratos de suministros", tal es el presente, lo siguiente: "1. En los contratos de suministros la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario, público o privado, de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se dispongan para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación con que cuenta y sobre las medidas empleadas para controlar de la calidad.

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.



f) certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad de competencia reconocida que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas .

3. En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos, y en su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditara la conformidad de los productos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley" .

El artículo 118 del TRLCSP establece que " los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato: Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo ambiental..."

En el caso enjuiciado, el objeto del contrato es el suministro de energía renovable y así se expresa en el apartado primero del PCAP y del PPT al decir que constituye el objeto del acuerdo marco el suministro de energía renovable. Por tanto, todos los aspectos que tengan relación con dicho objeto tienen vinculación con el contrato. El PCAP exige para acreditar la solvencia técnica, que con la propuesta se aporte una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada por el licitador es 100% renovable. Es decir, para acreditar la aptitud del licitador para ejecutar adecuadamente el contrato, el órgano de contratación les exige que aporten una certificación emitida por un organismo oficial de que la energía comercializada con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, es 100% renovable. Tal y como señala la resolución recurrida son criterios de solvencia vinculados a la experiencia o a la calidad de la actividad realizada en el pasado por la empresa y relacionados con el objeto del contrato y que sirven para acreditar la capacidad del licitador para prestar suministros de especiales características, a lo que hay que añadir que la experiencia previa como requisito de solvencia aparece expresamente mencionada en el artículo 77.1.a) del TRLCSP y también el certificado exigido tiene apoyo legal en el artículo 77.1.f) del TRLCSP.

Dicho requisito de solvencia es el que el órgano de contratación ha considerado adecuado estando relacionado con el objeto del contrato y es conforme a lo previsto en el TRLCSP, sin que pueda considerarse discriminatorio o desproporcionado por el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el Pliego.

Tampoco este Tribunal aprecia que los pliegos vulneren los principios rectores de la contratación (libertad de acceso, concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad), por el mero hecho de que todas las empresas comercializadoras no puedan participar en el procedimiento licitatorio. En efecto dichos principios no han de entenderse en el sentido de facilitar la participación de cualquier licitador, sino de aquellos que cumplan determinados requisitos impuestos razonable y justificadamente en función de la naturaleza y/o especialidad del objeto del contrato y en este sentido la exigencia de la certificación de la CNMC de que la energía es 100% renovable, no se considera desproporcionado o irracional atendiendo al objeto del contrato, máxime cuando, según el informe publicado el 27 de abril de 2017 por parte de la CNMC, 76 empresas comercializadoras, de tamaño grande, mediano y pequeño, suministran energía 100% renovable, por lo que tienen la solvencia requerida para participar en la licitación, por lo que no cabe alegar la existencia de discriminación, ni infracción del principio de igualdad de trato y libertad de acceso de los licitadores. Por otro lado , se ha dividido el Acuerdo Marco en 4 lotes, lo que fomenta la mayor concurrencia de empresas en el procedimiento licitatorio.

A la vista de lo razonado procede desestimar el recurso confirmando la resolución recurrida.

QUINTO.- Procede imponer las costas de este recurso a la parte recurrente al haber sido desestimadas todas sus pretensiones, conforme a lo previsto en el artículo 139 de la LJCA ; si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 1.500 euros, mas IVA.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Iberdrola Clientes SAU, confirmando la resolución recurrida por ser conforme a derecho; con expresa imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0383-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso- Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0383-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOC