

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por:

- doña M.A.B., en nombre y representación de Gas Natural Comercializadora, S.A.,
- don P.Y.G., en nombre y representación de Iberdrola Clientes, S.A.U. y
- don J.S.G., en nombre y representación de Endesa Energía, S.A.U.,

contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas 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)”, número de expediente: 135/2017/00252, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Madrid ha publicado el 3 de marzo de 2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea, y el 5 de marzo de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante

PPT) de la licitación 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)”. El valor estimado asciende a 82.641.923,18 euros.

Segundo.- Es objeto del Acuerdo marco, según se pone de manifiesto en el propio título de ambos Pliegos, el suministro de energía renovable. Así se indica expresamente en el apartado primero del Anexo I del PCAP: *“Constituye el objeto del presente acuerdo marco el suministro de energía renovable y su acceso a redes para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos”*.

En relación a la solvencia técnica, entre otros criterios, se pide en el apartado 13 del Anexo I del PCAP “Acreditación de la solvencia técnica”:

“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 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”.

Gas Natural Comercializadora, el día 6 de marzo de 2018, realizó la siguiente consulta al órgano de contratación:

“Pregunta: En la página 45 del PCAP, para acreditar la Solvencia Técnica se solicita 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”.

Por favor, ¿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 garantías de

origen de la CNMC se expide a 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 el caso de resultar adjudicatarios, se solicitarán las GdO correspondientes para que la energía adscrita a este contrato, sea 100% renovable? Muchas gracias”.

“Pregunta: ¿Podrían facilitarnos el citado modelo de certificación emitido por la CNMC conforme a las órdenes IET e ITC indicadas en la página 45 del PCAP? Gracias”.

El día 8 de marzo, el órgano de contratación responde a la primera pregunta lo siguiente: *“Respuesta: La certificación indicada debe aportarse en la propuesta del licitador”.*

A las otras preguntas se contesta:

“Respuesta: 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 art. 3 de 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”.

“Respuesta: El Ayuntamiento de Madrid no es el órgano competente para la emisión de dicha certificación, por lo que no es posible facilitarlo”.

También otros interesados pidieron información sobre este asunto, así Iberdrola solicitó: *“Por favor, se solicita confirmar si la energía comercializada de origen 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”, obteniendo la siguiente respuesta:

“Se solicita como solvencia técnica certificación emitida por la CNMC de que le energía comercializada es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que se recoge en el art. 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 procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia”.

En contestación a otra cuestión al respecto, al ser preguntado sobre si “los licitadores deben acreditar el suministro de energía 100% renovable al 100% de su cartera de clientes”, la respuesta ha sido “SÍ”. Y en otra: “La 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 la Competencia en la fecha de la presentación de la oferta”.

El 22 de marzo se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público una nota aclaratoria sobre la solvencia exigida en el apartado 13 del Anexo I al PCAP, ampliándose en un mes el nuevo plazo para la presentación de ofertas:

“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 equivalentes de garantía. De lo expuesto cabe concluir, a modo de aclaración general, lo siguiente:

Que la acreditación de la solvencia se efectuará mediante 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.

Que los pliegos no limitan la posibilidad de presentar otros certificados equivalentes u otras pruebas de medidas equivalente de garantía, posibilidad reconocida expresamente por la normativa contractual.

En consecuencia, al efecto de garantizar el principio de concurrencia y de publicidad tras la aclaración general efectuada, se va a proceder a tramitar la ampliación del plazo de presentación de proposiciones en un mes adicional”.

Tercero.- El 16 de marzo de 2018 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Gas Natural Comercializadora, S.A. El 21 de marzo tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Iberdrola Clientes, S.A.U. y el 23 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Endesa Energía, S.A.U.

Cuarto.- Con fecha 4 de abril, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación a partir del momento previo a la apertura de las ofertas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En virtud de lo dispuesto en la D.T.1ª de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, tanto el procedimiento de contratación como el de recurso se rigen por el TRLCSP, dado que ha sido iniciado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley y el recurso se dirige contra un acto dictado también antes de dicha entrada en vigor.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver los recursos.

Segundo.- Los tres recursos (Gas Natural Comercializadora, S.A., Iberdrola Clientes, S.A.U. y Endesa Energía, S.A.U.) han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de comercializadoras de energía eléctrica, personas jurídicas potenciales licitadores, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*

(artículo 42 del TRLCSP). Al efecto señalan su interés por participar en la licitación y verse perjudicadas al tener que presentar la oferta por cláusulas contrarias a Derecho, pues su redacción actual les impide concurrir en igualdad de condiciones a la licitación y con la impugnación se pretende conseguir la anulación del Pliego y poder participar en otra licitación sometida a un Pliego ajustado a Derecho removiendo las dificultades que advierten en esta licitación.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- Los recursos se plantearon en tiempo, pues el anuncio en el DOUE fue publicado el 3 de marzo, siendo interpuestos los recursos, los días 16, 21 y 23 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Los tres recursos se interponen contra los Pliegos de un Acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de conformidad con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, siendo el acto recurrido el mismo (los Pliegos y el mismo criterio de solvencia técnica) y siendo aquellos esencialmente iguales en sus términos, necesariamente debe apreciarse identidad

en el asunto. El Tribunal es el mismo órgano que debe resolver todos los recursos. Procede por tanto la acumulación de los tres recursos.

Sexto.- El fondo de los tres recursos se dirige contra el apartado 13 del Anexo I del PCAP. En resumen, Endesa Energía considera que el anuncio y el Pliego son inválidos por exigir como requisito de solvencia técnica una Certificación que no está relacionada ni con las empresas licitadoras, ni con el concreto objeto del Acuerdo marco, ni con la específica necesidad municipal a cubrir, y que tampoco es proporcionada con respecto al objeto del Acuerdo marco.

El recurso de Gas Natural Comercializadora considera que se trata de un criterio de capacidad técnica de imposible cumplimiento legal puesto que los certificados de garantía de origen de la energía suministrada a un consumidor se expiden una vez cumplido el contrato y por tanto no se pueden adjuntar en la documentación acreditativa de la solvencia de los licitadores.

Iberdrola sostiene que no existe vinculación de la solvencia exigida con el objeto del contrato y tampoco es proporcional al mismo.

El Ayuntamiento de Madrid mantiene, en su informe, que resulta posible exigir, como medio de garantía de la aptitud del licitador, el cumplimiento de normas de aseguramiento de la calidad o gestión medioambiental, que en todo caso, deben estar vinculadas al objeto del contrato y ser proporcionales. La certificación que se solicita hace referencia a la “mezcla de comercialización”, es decir al porcentaje de cada tipo de energía que la comercializadora vende a sus clientes y que con anterioridad debe haber comprado a las empresas generadoras. La empresa comercializadora es libre para adquirir un tipo de energía u otra, dependiendo de la política de compra que establezca. Mientras unas empresas comercializadoras sólo compran energía renovable (y tienen por tanto una mezcla comercialización 100% renovable), otras comercializadoras compran energía no renovable o una mezcla de ambas. Dicho porcentaje, al que se asigna anualmente un etiquetado, debe obligatoriamente aparecer en todas las facturas que emite la empresa

comercializadora a sus clientes. En base a los objetivos pretendidos por el Ayuntamiento, el Acuerdo marco recoge en su título y en su objeto la necesidad de que la energía sea renovable. Dicho origen 100% renovable garantiza, según certifica la CNMC, que las emisiones de CO₂ asociadas a la energía suministrada son nulas y que la generación de residuos radiactivos de alta actividad es nula igualmente.

Por otro lado, las garantías de origen no podrían ser aceptadas con la finalidad descrita, dado que no discriminan entre energía renovable y energía procedente de cogeneración de alta eficiencia. Esta última, causante de emisiones de CO₂, por lo que no se podría aplicar a la exigencia del 100% renovable. Es por ello, que el PCAP exige como criterio de solvencia que se aporte Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de que la energía comercializada es de origen 100% renovable. La única manera de asegurar que la energía es 100% renovable, es mediante la certificación que emite la CNMC relativa al mix de comercialización de cada empresa comercializadora, términos en los que se define el requisito de solvencia técnica.

En dicho certificado se indica el porcentaje de energía renovable que suministra cada empresa comercializadora a sus clientes. Este criterio de solvencia se exige como condición a priori, con el objeto de verificar que los licitadores tienen solvencia para suministrar al Ayuntamiento, energía eléctrica de origen 100% renovable. Si tomamos como base el informe publicado el 27 de abril de 2017 por parte de la CNMC, 76 empresas comercializadoras suministran energía 100% renovable, siendo empresas de tamaño grande, mediano y pequeño. Esto supone que un elevado porcentaje, concretamente el 64% de las comercializadoras, disponen de dicho nivel de solvencia exigido. A mayor abundamiento aduce el informe que existen antecedentes de contratos con idéntico objeto contractual de otras administraciones públicas, que han utilizado la misma cláusula como solvencia técnica y que, siendo objeto de recurso contractual, este ha sido desestimado, en concreto por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

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 del 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. Recalamos que se trata de certificados de conformidad de los productos tal como destaca el anexo XII de la Directiva 2014/24/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.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Acumular los recursos interpuestos por:

- doña M.A.B., en nombre y representación de Gas Natural Comercializadora, S.A.,
 - don P.Y.G., en nombre y representación de Iberdrola Clientes, S.A.U. y de
 - don J.S.G., en nombre y representación de Endesa Energía, S.A.U.,
- contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas 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)”, número de expediente: 135/2017/00252.

Segundo.- Desestimar los tres recursos especiales en materia de contratación.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 4 de abril.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Quinto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.