



Recurso nº 1094/2017 C. Valenciana 195

Resolución nº 1148/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 1 de diciembre de 2017.

VISTO la reclamación interpuesto por D. M. A. B. en nombre y representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que han de regir la contratación del servicio de *“Suministro de energía eléctrica en baja y media tensión para las tres instalaciones de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U.”*, con Expte. 2017/0116 y convocada por la propia EMT de Valencia, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 5 de octubre de 2017 se envió al Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del expediente de contratación del servicio de suministro de energía eléctrica en baja y media tensión para las tres instalaciones de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. La publicación efectiva en el Diario Oficial de la Unión Europea tuvo lugar el día 11 de octubre de 2017. Dicho anuncio fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 24 de octubre de 2017. Previamente se anunció en el perfil de contratante el día 6 de octubre de 2017.

Segundo. El citado contrato se licitaba por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, una duración inicial de 24 meses sin posibilidad de prórroga, y un valor estimado de 600.000 euros (IVA excluido).



Dicha licitación se somete a las previsiones de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, LCSE) al referirse a la contratación del suministro de energía por una entidad contratante que opera en el sector de transporte de acuerdo con el artículo 10 de la citada Ley.

Tercero. El PCAP establece como condición especial de ejecución en su cláusula V.5 que la *“energía suministrada, aunque provenga de diferentes fuentes, utilizará el sistema de certificados de garantía de origen que emite la CNMC, certificada 100% de fuentes renovables”*.

Por su parte, la cláusula VII, apartado 2.4 señala:

“2.4) ACREDITACIÓN DE COMERCIALIZADORA VERDE 100% RENOVABLE (de 0 a 10 puntos): La empresa deberá acreditar estar incluida en los años 2014, 2015 y 2016 dentro del registro que la CNMC tiene de empresas que tienen el 100% de sus ventas cubiertos con garantía de origen de su energía (GdO's). Se otorgarán 1/3 de la puntuación por cada acreditación anual presentada correspondiente a 2014, 2015 y 2016.”

Cuarto. Mediante escrito presentado el día 27 de octubre de 2017 en el Registro de este Tribunal, D. M. A. B. en nombre y representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. ha interpuesto recurso especial en materia de contratación contra los que han de regir la contratación del servicio de suministro de energía eléctrica en baja y media tensión para las tres instalaciones de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, una duración de 24 meses y un valor estimado de 600.000 euros (IVA excluido)

Quinto. Dicho recurso fue precedido del anuncio previo ante el órgano de contratación el día 24 de octubre de 2017, de conformidad con lo previsto en el artículo 104.1 de la LCSE.



Sexto. El órgano de contratación, comunicó al Tribunal que no remitiría el informe previsto en el artículo 105.2 de la LCSE, quedando unido al expediente administrativo remitido la comunicación por correo electrónico en la que se manifiesta dicha negativa.

Séptimo. El 7 de noviembre, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días, y si lo estimaban oportuno, formularan aquellas alegaciones que a su Derecho conviniesen, con el resultado que obra en el expediente.

Octavo. Con fecha 17 de noviembre de 2017, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, dictó resolución por la que se acordaba la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE puesto en relación con el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la *Generalitat* Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales, publicado en el BOE el día 10 de abril de 2013.

Segundo. La recurrente, GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., está legitimada al poder presentar oferta en la licitación de referencia, estando las prestaciones del contrato al que se refiere este recurso, en el ámbito de su actividad empresarial, tal como acredita mediante escritura pública de poder para pleitos de 14 de octubre de 2015, que reproduce el artículo 4 de sus Estatutos donde se describe su objeto social, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 102 de la LCSE.

Tercero. Constituyen el objeto del recurso los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que han de regir la contratación del servicio de suministro de energía eléctrica en baja y media tensión para las tres instalaciones de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U.



Cuarto. De conformidad con el artículo 104.2 de la LCSE los pliegos que establezcan las condiciones que deban regir la contratación de un servicio o suministro comprendido en el ámbito subjetivo (artículo 3 de la LCSE), objetivo (artículos 7 a 15 de la LCSE) y cuantitativos (artículos 16 y 17 de la LCSE) son susceptibles de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 104.2 de la LCSE. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 27 de octubre de 2017, consta en el expediente la publicación del anuncio de la licitación el 11 de octubre de 2017 en el Diario Oficial de la Unión Europea, por lo que el recurso se interpone en el plazo previsto de 15 días hábiles que establece dicho precepto.

Sexto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso interpuesto por la mercantil excluida de la licitación se fundamenta, en síntesis, en la improcedencia de configurar como criterio de valoración objetivo de las proposiciones presentadas, como lo hace la cláusula VII, apartado 2.4, el *“acreditar estar incluida en los años 2014, 2015 y 2016 dentro del registro que la CNMC tiene de empresas que tienen el 100% de sus ventas cubiertos con garantía de origen de su energía (GdO’s)”* puesto que:

- a) su finalidad es la misma que la recogida en la condición especial de ejecución prevista en la cláusula V.5 por la que la *“energía suministrada, aunque provenga de diferentes fuentes, utilizará el sistema de certificados de garantía de origen que emite la CNMC, certificada 100% de fuentes renovables”*, y,
- b) limita de forma injustificada la libre concurrencia de operadores económicos a la licitación al otorgarse preferencia a las empresas que comercializan energía de menor volumen –dado que a mayor volumen es imposible, según la recurrente, ofrecer el 100% de la energía comercializada de fuentes renovables-.

Seguidamente analizamos cada uno de estos dos argumentos

Séptimo. La mercantil recurrente considera que el criterio de valoración contenido en la cláusula VII.2.4 es contrario a derecho porque comparte una misma finalidad medioambiental con la condición especial de ejecución prevista en la cláusula V.5.



Este Tribunal no puede compartir dicha afirmación con carácter general, puesto que como hemos señalado en nuestra resolución 206/2013 de 5 de junio, entre otras muchas, que “los elementos personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional y que el mayor número sobre los exigidos en los pliegos, puede ser utilizado como criterio de adjudicación”. Dicha posición sigue la doctrina fijada por la Junta consultiva de Contratación Administrativa del Estado expresada, entre otros, en su informe 59/2004, de 12 de noviembre.

En el mismo sentido se puede citar la Resolución 62/2011 de 9 de marzo en la que se indicó que *“a priori, ofrece dificultad admitir que un mismo criterio pueda servir para determinar la solvencia del licitador y la calidad de su oferta. Sin embargo, no es conceptualmente desechable esta posibilidad (...) esta afirmación no debe entenderse como hecha de forma incondicional pues para aceptar su aplicación a cada caso concreto es preciso dejar bien claro que debe reunir los requisitos exigidos para uno y otro ámbito de actuación. Así, debe ser o constituir un elemento definitorio de las características de la empresa, es decir de las cualidades técnicas de la misma que la hacen apta para ejecutar el contrato, y, al mismo tiempo, debe reunir la condición de característica predicable de la oferta del licitador de tal forma que en base a su apreciación pueda estimarse razonadamente que una oferta es mejor que otra”*.

Ese cuerpo de doctrina sobre la posibilidad de exigir determinadas circunstancias relativas a los medios personales o materiales necesarios para ejecutar una prestación como criterio de solvencia y adjudicación (operando en el primer caso como mínimo, y en el segundo como mejora) es aplicable *mutatis mutandi* a los supuestos en que esas circunstancias relativas a los medios personales o materiales necesarios para ejecutar una prestación se fijan como condición especial de ejecución de obligado cumplimiento, y, sus eventuales mejoras, como criterio de adjudicación.

Por ello, podemos afirmar que es posible el que una condición especial de ejecución y alguno de los criterios de valoración compartan una idéntica finalidad medioambiental (o de otro tipo) a condición de que interpretadas conjuntamente las estipulaciones que las contienen, se constate que las primeras regulan un mínimo común de obligaciones



exigibles a todos los licitadores, y las segundas permitan una mayor valoración de las proposiciones que ofrezcan mejoras de esos niveles obligatorios.

Examinadas las cláusulas V.5 y VII. 2.4 del PCAP este Tribunal debe señalar que no asiste la razón a la recurrente al afirmar que se duplican las mismas exigencias medioambientales en ambas estipulaciones primero como condición especial de ejecución, y, luego como criterio de adjudicación, dado que cada cláusula atiende a fines diferentes –la primera regula la forma de suministrar energía en el marco del contrato durante los 24 meses próximos- mientras que la segunda valora el haber suministrado únicamente energías renovables en los ejercicios anteriores.

Esta afirmación se efectúa a la vista de que la condición especial de ejecución configurada en la cláusula V.5 consiste en que los licitadores se comprometen a suministrar durante la ejecución del contrato el 100% de la energía obtenida de fuentes renovables, lo que se acreditará mediante el correspondiente certificado de garantía de origen que expide la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC). Por contra, el criterio de adjudicación valora hasta en 10 puntos el que en los tres ejercicios anteriores se haya suministrado únicamente energías renovables a sus clientes, debidamente acreditado mediante certificado emitido por la CNMC, a razón de un tercio de la puntuación máxima por cada año en que se cumpla ese criterio.

En definitiva, un examen de las cláusulas controvertidas revela que, aunque obedecen a una misma finalidad medioambiental, no se refieren a los mismos aspectos de la prestación por lo que no es posible estimar el recurso por ser el criterio de adjudicación una mera reproducción de la condición especial de ejecución, cuestión distinta es el análisis que a continuación efectuamos de la conformidad con nuestra normativa de contratación pública del referido criterio de adjudicación.

Octavo. El segundo motivo de impugnación de la recurrente se fundamenta en entender que el criterio de adjudicación por el que se asignan hasta 10 puntos a los licitadores que han comercializado en los tres años anteriores a 2017 únicamente energías renovables constituye una vulneración de los Principios que informan la contratación pública, en



particular, por su falta de relación con el objeto del contrato y por suponer una restricción a la concurrencia.

El artículo 61.1 párrafo segundo de la LCSE establece que los criterios de adjudicación deberán estar *“directamente vinculados al objeto del contrato”* enumerando a modo de ejemplo *“la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”* Dicho precepto es sustancialmente idéntico al artículo 150.1 del TRLCSP.

A la hora de enjuiciar la validez de un criterio de adjudicación este Tribunal ha señalado, entre otras, en su Resolución 187/2012, de 16 de septiembre, que estos deben ser configurados de forma que puedan *“ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas”*. En dicha Resolución, con cita al Informe 9/2009 de 31 de marzo de la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado, se indicaba que la relación entre un criterio de adjudicación y el objeto del contrato implica *“que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de ésta y que no puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no afecte ni a la forma de ejecutar la prestación, ni a sus resultados.”*

Precisando el alcance de la anterior afirmación, en la Resolución 62/2011 de 9 de marzo este Tribunal señaló que *“para apreciar si un determinado criterio puede ser utilizado para valorar y adjudicar el contrato será necesario establecer previamente si tal criterio encarna alguna de las características del objeto contractual, de tal forma que sea posible*



valorarlo en más o en menos en función de que a través de él se ponga de manifiesto que la oferta en cuestión se acerca más o menos a la condición de económicamente más favorable”

Este criterio se ha expresado al tratar aspectos relacionados con la gestión medioambiental, en diferentes ocasiones por este Tribunal, así en la Resolución nº32/2011, se estableció que *“no basta que se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada para que se pueda exigir en el pliego la acreditación de normas de gestión medioambiental, sino que es requisito imprescindible que dicha exigencia sea acorde al objeto del contrato, ya que si atendiendo al mismo resulta que requerir dicha acreditación es desproporcionada o innecesaria, ello afecta claramente al principio de concurrencia empresarial y constituye por tanto una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga esa exigencia”*.

En el supuesto analizado con motivo del presente recurso, este Tribunal considera que la cláusula VII. 2.4 no se ajusta a lo previsto en el artículo 61.1 de la LCSE ni a la Doctrina transcrita dado que no se aprecia relación alguna con la prestación del suministro de energía en baja y media tensión a tres instalaciones de la empresa Municipal de Transportes de Valencia durante los próximos 24 meses con que los licitadores hayan distribuido en los ejercicios anteriores únicamente energías renovables de acuerdo con los certificados expedidos por la CNMC. Dicho de otra forma, la actuación pasada de un licitador con terceros ajenos a la entidad contratante no presenta el necesario nexo causal con el objeto del contrato, sencillamente porque dicho aspecto no afecta a la configuración de la prestación que se contrata. A este respecto, téngase en cuenta que la recurrente ha demostrado que los operadores económicos que distribuyen energía pueden ver alterado sus certificaciones de energía renovable comercializada de un ejercicio a otro con una relativa frecuencia de manera que el aspecto que se valora no tiene por qué incidir en la ejecución del contrato.

Incide en la ausencia de relación con el objeto del contrato del criterio de adjudicación analizado el hecho de que todo operador económico deba cumplir la condición especial de ejecución prevista en la estipulación V.5 del contrato que sí que afecta



intrínsecamente al cumplimiento del contrato puesto que obliga a suministrar a la entidad contratante únicamente energías renovables durante la ejecución del contrato.

Con respecto a dicha condición especial de ejecución, compartiendo las consideraciones de la recurrente, sí se aprecia dicha conexión directa entre la calidad y circunstancias de la prestación que se contrata, consistente en el suministro de energía eléctrica, y la condición especial de ejecución que exige que la totalidad de la energía suministrada a la entidad contratante sea de origen renovable.

Como conclusión, procede estimar el recurso interpuesto dado que el criterio de adjudicación previsto en la cláusula VII. 2.4 del PCAP vulnera el artículo 61.1 de la LCSE al no guardar relación con el objeto del contrato (suministro de energía durante los próximos 24 meses) el aspecto objeto de valoración automática al que se refiere (haber comercializado durante los años 2014 a 2016 únicamente energías renovables).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M. A. B. en nombre y representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que han de regir la contratación del servicio de *“Suministro de energía eléctrica en baja y media tensión para las tres instalaciones de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U.”*, con Expte. 2017/0116y, en consecuencia, anular la cláusula VII.2.4 del PCAP y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación del mencionado pliego.

Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada según lo establecido en el artículo 106.4 de la LCSE.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.