



Recurso nº 1094/2020 C.A. Región de Murcia 75/2020

Resolución nº 1358/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.G-B.M., en representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. contra el Anuncio y los Pliegos de la licitación para el contrato de *“suministro de energía eléctrica para los puntos de consumo en media y baja tensión de las instalaciones y dependencias del Ayuntamiento de Beniel”* mediante el procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada (Expte. 870/2020), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 28 de septiembre de 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos del contrato de *“Suministro de Energía Eléctrica, para los puntos de consumo en media y baja tensión de las instalaciones y dependencias del Ayuntamiento de Beniel”*, con la condición especial de ejecución que la energía eléctrica suministrada sea procedente al 100 % de fuentes renovables.

Segundo. Del Pliego de Cláusulas Administrativas (DOC. NÚM. 15 del expediente) destacan las siguientes cláusulas y apartados de su cuadro de características:

Cláusula 30.2 PCAP

“Cláusula 30.- Condiciones de ejecución contrato.

(...)

2.- Condiciones especiales de ejecución.



Se establecen las condiciones especiales de ejecución del contrato, que en su caso figuran en el apartado 20.2. del Cuadro de Características del Contrato, el incumplimiento de las cuales dará lugar a la imposición de penalidades, salvo las que se determinen expresamente en tal apartado a las que se les confiere el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de su consideración como causa de resolución del contrato por tener carácter de obligación principal letra f) del artículo 211 de la LCSP 2017 y las que se tipifiquen como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP 2017.”

Aptdo. 20.2 del Cuadro de características del PCAP:

“20.2. Condiciones Especiales de Ejecución:

Se establece la condición especial de ejecución de carácter medioambiental siguiente, el operador económico que resulte adjudicatario del contrato, deberá suministrar electricidad procedente al 100 % de fuentes renovables.

De conformidad con lo dispuesto en el art 202 LCSP, se establece la anterior condición especial en relación con la ejecución del contrato, vinculada a su objeto, en el sentido del artículo 145 LCSP, no siendo directa o indirectamente discriminatorias. Se pretende por un lado la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y por otro el fomento del uso de las energías renovables.

En consecuencia, durante la ejecución del contrato, la empresa que resulte finalmente adjudicataria del mismo, presentará, junto con la facturación mensual, certificación de procedencia de la energía suministrada, emitida por la CNMC de acuerdo con la Orden ITC1522/2007, que garantice el cumplimiento de esta condición esencial.

El incumplimiento de esta condición se considerará infracción grave a efectos de imposición de penalidades.

Esta condición especial de ejecución del contrato tendrá la consideración de obligación esencial del mismo, a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211, de la LCSP 2017, causas de resolución del contrato.”



Aptdo. 30 del Cuadro de características del PCAP:

“30.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

(...)

Incumplir las condiciones especiales de ejecución definidas en este pliego. Incumplimiento de la condición especial de ejecución medioambiental de suministrar energía eléctrica procedente 100 % de energías renovables”.

Cláusula 12 PCAP:

“12.- INFORMACIÓN ADICIONAL.

Cuando sea preciso solicitar la información adicional o complementaria a que se refiere el artículo 138 de la LCSP, la Administración contratante deberá facilitarla, al menos, seis días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, siempre que dicha petición se presente con una antelación mínima de doce días respecto de aquella fecha. Dicha solicitud, preferentemente, se cursará a través del apartado “Preguntas y Respuestas” de la respectiva licitación de este contrato publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, aunque también podrá llevarse a cabo a través de la siguiente dirección de correo electrónico:

- Plazo de solicitud de información adicional: Hasta 12 días antes finalización plazo de presentación proposiciones.*
- Respuestas carácter vinculante: SI, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.*
- Dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones: secretaria@beniel.es”.*

Tercero. Conforme a lo indicado en la cl. 12 PCAP que, reproducido en el antecedente anterior, las respuestas del órgano de contratación a las preguntas formuladas en Plataforma tienen carácter vinculante.



Destacan las Preguntas y respuestas siguientes:

Pregunta de 30 de septiembre (DOC NÚM. 22 de expediente)

“PREGUNTA: Buenas tardes: en la cláusula 20.2 del PCAP Condiciones especiales de ejecución se indica que "el operador económico que resulte adjudicatario del contrato, deberá suministrar electricidad procedente al 100 % de fuentes renovables" y "Durante la ejecución del contrato, la empresa que resulte finalmente adjudicataria del mismo, presentará, junto con la facturación mensual, certificación de procedencia de la energía suministrada, emitida por la CNMC de acuerdo con la Orden ITC1522/2007". Los certificados de redención de GDOs para cada CUPS se pueden extraer de la web de la CNMC y están disponibles a partir del segundo trimestre del año siguiente a la solicitud de reserva de garantía de origen, es decir, no podemos certificar a mes vencido la procedencia de la energía suministrada a cada CUPS del ayuntamiento sino a año vencido a partir del segundo trimestre. A no ser que lo que nos pidan es que la totalidad de la energía suministrada no al ayuntamiento sino a todos los clientes suministrados por nuestra compañía sea de origen 100% REN, es decir que una de las condiciones para la admisión de ofertas sea ser una comercializadora con un mix 100% renovable. Por favor, ¿pueden aclararnos la duda? Gracias.

RESPUESTA: Lo que se pide es la totalidad de la energía suministrada a todos los clientes de la comercializadora que debe ser 100% de fuentes renovables, y no un mix. Además, le indicamos que, no es una condición para admitir la oferta, sino que es una condición a mantener durante de la ejecución del contrato”.

Pregunta de 1 de octubre (DOC NÚM. 25 de expediente)

“PREGUNTA: Buenos días, tras una primera lectura de los pliegos de condiciones se presentan las siguientes preguntas: 1- En la cláusula 20.2 del PCAP indican que la procedencia 100% Renovable de la electricidad se certificará de la siguiente manera: "la empresa que resulte finalmente adjudicataria del mismo, presentará, junto con la facturación mensual, certificación de procedencia de la energía suministrada, emitida por la CNMC de acuerdo con la Orden ITC1522/2007, que garantice el cumplimiento de esta condición esencial." La CNMC emite la certificación de procedencia de la energía por



años naturales y a año vencido, es decir, la energía suministrada durante todo el año 2020 por su empresa comercializadora será certificada por la CNMC en el año 2021, normalmente en torno al mes de abril. Luego no es posible cumplir las condiciones de certificación solicitadas. ¿Pueden indicar cómo se certificará el origen de la energía? ¿Se hará mediante una declaración responsable previa al inicio del suministro y la posterior certificación emitida por la CNMC en los plazos estipulados por la normativa vigente? (...)

RESPUESTA: Buenas tardes. En contestación sus preguntas le indicamos lo siguiente:

1. Es cierto que la CNMC lo publica anualmente (en el año 2019 ha sido en abril), por lo que en principio sería suficiente con una declaración responsable y cuando esté disponible la certificación de la CNMC deben presentarla. (...)

Pregunta de 6 de octubre (DOC NÚM. 26 de expediente)

“PREGUNTA: Insisto en la consulta del día 30 de septiembre referida al suministro de energía de fuentes renovables. En ningún punto de las cláusulas se determina la necesidad de ETIQUETADO "A" de la empresa licitadora. Únicamente hace referencia a la energía suministrada para la licitación en cuestión. Entendemos que la exigencia de ETIQUETADO "A" para las empresas licitadoras no procede. Solicitamos la confirmación de este punto

RESPUESTA: En ningún sitio de los pliegos se exige el ETIQUETADO "A" a los licitadores. Solamente se contempla la condición especial durante la ejecución del contrato que la energía suministrada sea procedente al 100% de fuentes renovables”.

Cuarto. Con fecha 20 de octubre de 2020 interpone recurso especial en materia de contratación contra el Anuncio y los Pliegos de la licitación para el contrato de suministro de energía eléctrica para los puntos de consumo en media y baja tensión de las instalaciones y dependencias del ayuntamiento de Beniel.

En dicho recurso se solicita que:



“se estime el mismo y declare la nulidad de dichos pliegos, acordando la anulación del procedimiento de contratación y requiera la convocatoria de una nueva licitación en la que sirva de base un nuevo PCAP adaptado a los pronunciamientos de la resolución que se dicte.”

Quinto. El órgano de contratación remitió informe sobre el recurso interpuesto, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, oponiéndose a la estimación del recurso.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a FUSIONA COMERCIALIZADORA, S.A. para que formulara las alegaciones que a su derecho convinieran, sin que hay evacuado dicho trámite.

Séptimo. El día 5 de noviembre de 2020, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 4 de marzo de 2012 (BOE de fecha 21/11/2012), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 20 de octubre de 2015 (BOE de fecha 11/11/2015) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 19 de noviembre de 2018 (BOE de fecha 01/12/2018).

Segundo. Se recurren el anuncio y los pliegos de un contrato de suministros, regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.



Tercero. La empresa recurrente ostenta la debida legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 48 LCSP, que señala: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. Entrando en el fondo del asunto, conviene reproducir los argumentos en que funda el recurrente sus pretensiones.

Este interpreta que la condición especial de ejecución contemplada en la cláusula 30.2 del PCAP en relación con la cláusula 20.2 del Cuadro de Características del PCAP y la cláusula 30 del PCAP suponen, teniendo en cuenta la respuesta dada por el órgano de contratación a la pregunta formulada en Plataforma el 30 de septiembre del corriente (reproducida en el antecedente de hecho tercero de esta Resolución) , la exigencia de contar con la etiqueta A contemplada 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 en el medio ambiente, pues entienden que la exigencia de que la totalidad de la energía suministrada a todos los clientes de la comercializadora adjudicataria sean 100% de fuentes renovables se corresponde con disponer de la etiqueta A.

Una vez deducido por la recurrente que lo que se exige es disponer de la citada etiqueta A, impugna el pliego por entender que dicha exigencia: a) no está vinculada al objeto del contrato, pues el etiquetado no es un criterio ni objetivo ni está relacionado con el objeto del contrato, no se refiere a la prestación objeto del contrato sino a la energía suministrada en el pasado al total de clientes de la compañía comercializadora, y además la etiqueta A se obtiene en razón de las características de la energía comercializada en un período necesariamente anterior al inicio de la vigencia del contrato, y por ello no puede referirse a la energía suministrada en virtud del contrato, b) es claramente

discriminatoria para las empresas grandes, como la recurrente, que no tienen etiqueta A, pero pueden suministrar el 100% de la energía del contrato objeto de la licitación de origen renovable y acreditarlo mediante una declaración responsable previa en el momento anterior a la presentación de la oferta o de la adjudicación y el documento acreditativo de GdO que emite la CNMC a año vencido, y c) es contraria al Derecho Comunitario, pues teniendo en cuenta los considerandos 97 y 98 de la Directiva 2014/24/UE las condiciones especiales de ejecución no pueden ser relativas a la política general de la empresa, y el etiquetado es el resultado de la política general de la empresa, puesto que afecta al suministro de todos sus clientes.

Quinto. Centrado el objeto del recurso en la imposibilidad de exigir una etiqueta A como condición especial de ejecución, es fundamental determinar, con carácter previo, si efectivamente exigían dicha etiqueta los pliegos, debiendo destacar en este sentido que el órgano de contratación rechaza que se haya exigido la citada etiqueta.

Si atendemos a una interpretación literal estricta, ninguna mención contienen los pliegos respecto a la necesidad de acreditar la condición especial de ejecución señalada mediante la aportación de la etiqueta A.

Por otra parte, dado el carácter vinculante que a las respuestas de las preguntas atribuye el pliego como *lex contractus*, resulta fundamental que ninguna de las respuestas ofrecidas a preguntas de los licitadores exige la citada etiqueta.

Si bien es cierto que la respuesta a la pregunta citada por el recurrente pudo inducir a confusión, desde luego no exigió en ningún momento la etiqueta A. Y las respuestas a preguntas ulteriores de 1 y 6 de octubre, en particular esta última, resultan meridianamente claras en cuanto a la no exigencia de la referida etiqueta, y la exigencia de que sea la energía suministrada *durante la ejecución del contrato* (y no otra, suministrada a otros clientes) la procedente al 100% de fuentes renovables.

Por tanto, teniendo en cuenta que ni los pliegos, ni el órgano de contratación, al interpretar el pliego y contestar las preguntas formuladas, ha exigido la citada etiqueta, no puede admitirse una impugnación del pliego basada en un requisito que no se exige, debiendo por ello desestimarse el recurso formulado.



Dicho esto, no podemos dejar de señalar que exigiéndose *“que la energía suministrada sea procedente al 100% de fuentes renovables.”* (respuesta a pregunta de 6 de octubre), es evidente que la condición especial cumple el requisito objetivo de vinculación con el objeto del contrato, pues no se exige una determinada política de empresa en la totalidad de su actividad, sino que exclusivamente en la energía que es objeto de suministro en el contrato, se garantice la procedencia de energías renovables.

De hecho, el propio recurrente expresamente reconoce que *“es perfectamente acorde a derecho que se exija como condición especial de ejecución que la energía a suministrar para los puntos de suministro del contrato sea 100% renovable. Y el cumplimiento de esta condición se podría perfectamente acreditar aportando el certificado de Garantías de Origen (GdO) a año vencido.”*, que requiere que se aporte certificación de procedencia de la energía suministrada, emitida por la CNMC de acuerdo con la Orden ITC1522/2007, y a la que se refiere precisamente como admisible la Resolución 33/2019 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que cita en su recurso, y adjunta como DCOC Nº 4 al mismo, conforme a la cual:

“En este sentido, si lo que se quiere es verificar que la energía suministrada en el marco del contrato es íntegramente de origen renovable, el cauce adecuado es el sistema de garantías de origen, que es precisamente lo que recoge el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato en su apartado 1 (ver, por ejemplo, el apartado c) del Fundamento Jurídico Octavo de la Resolución 160/2018 del OARC/ KEAO)”.

Por tanto, insistimos, aclarado que no se exige el certificado de etiqueta A, sino los certificados de GdO expedidos por la CNMC, con cuya exigencia como condición especial de ejecución ésta además conforme el propio recurrente, otros órganos administrativos de recursos contractuales, y este propio Tribunal, no cabe sino desestimar el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. S.G-B.M., en representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. contra el Anuncio y los Pliegos de la licitación para el contrato de *“suministro de energía eléctrica para los puntos de consumo en media y baja tensión de las instalaciones y dependencias del Ayuntamiento de Beniel”* mediante el procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada (Expte. 870/2020).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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 Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.