

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI
RESOLUCIÓN 160/2018

EB 2018/120

Resolución 160/2018, de 21 de noviembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa IBERDROLA CLIENTES, S.A.U., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Suministro de energía eléctrica a los distintos puntos de consumo de los que es titular el Ayuntamiento de Ea, mediante fuentes de producción energéticas renovables y seguras tanto para las personas como para la población”, tramitado por el Ayuntamiento de Ea.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de agosto de 2018, la empresa IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. (en adelante, IBERDROLA) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) del contrato “Suministro de energía eléctrica a los distintos puntos de consumo de los que es titular el Ayuntamiento de Ea, mediante fuentes de producción energéticas renovables y seguras tanto para las personas como para la población”, tramitado por el Ayuntamiento de Ea.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 27 de agosto, este OARC / KEAO recibió el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (en adelante, LCSP), el día 5 de septiembre.

TERCERO: Con fecha 5 de noviembre de 2018, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 30/2018, por la que se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Traslado del recurso a los interesados con fecha 31 de octubre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D.P.Y.G. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son impugnables los pliegos que rigen la licitación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Ea tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos de la impugnación son, en síntesis, los siguientes:

a) El apartado 21.2 del PCAP establece como requisito de solvencia técnica la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y 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. La recurrente alega que el último inciso,

que la energía comercializada por una empresa es de origen 100% renovable, no está previsto en absoluto en dicha norma, que regula la denominada garantía de origen renovable de la energía suministrada (en adelante, GDO); consecuentemente, se trata de un requisito de imposible cumplimiento en sus términos estrictos.

b) Por otro lado, parece que, en realidad, se está aludiendo al etiquetado de electricidad regulado en la Circular 1/2008 de la CNE, cuyo objetivo es informar a los clientes finales sobre la empresa comercializadora con la que contratan y no sobre la energía que le suministran bajo el contrato; este requisito no tiene vinculación directa con el objeto del contrato, es discriminatorio y limita la competencia.

c) La GDO no se puede emitir antes de que la energía de origen renovable se haya producido. Se alega que el requisito de que el 100% de la energía comercializada en 2017 a cualquier cliente sea 100% renovable no garantiza necesariamente la solvencia para suministrar al Ayuntamiento energía eléctrica de origen 100% renovable por las siguientes razones:

- se refiere a energía comercializada en 2017 que se ha cubierto a posteriori con GDO, no garantiza que en 2018 vuelva a cubrirse el 100% de la energía comercializada, ya que puede tratarse de volúmenes diferentes.

- el etiquetado de la CNMC sobre el origen de la energía del Anexo 2 de la Circular 1/2008 únicamente tiene en cuenta porcentajes pero no volúmenes; esto hace que la mayoría de las empresas que constan como A (100% renovable) tengan un volumen de energía comercializado muy poco significativo en comparación con el total nacional comercializado. Por ello, solo las empresas que comercialicen un volumen de energía reducido pueden cumplir el requisito.

d) Se trata de una restricción ajena al objeto del contrato, dado que la capacidad de suministrar energía 100% renovable es independiente de cuál fue el mix de producción y comercialización de un ejercicio pasado y solo dependerá de la capacidad presente o futura de adquirir la energía demandada por el Ayuntamiento y cubrir esa demanda con GDO; se alega que es injusto excluir a las empresas que no cubren el 100% del consumo de los clientes con energía 100% renovable, y que no es actualmente posible que el 100% de los consumidores consuman energía 100% renovable, porque no se hay energías renovables suficientes para todos ellos, por lo que las comercializadoras con vocación de atender el suministro de consumidores en general deben adquirir la energía de varias fuentes disponibles para tener el mix más eficiente posible.

e) El recurrente estima que las GDO garantizan, como prescripción técnica, el carácter renovable de la energía, ya que está directamente vinculado con el objeto del contrato, es proporcional, no discriminatorio e incentiva la concurrencia.

f) Finalmente, se solicita la nulidad de los apartados 10.1 y 21.2 del PCAP y la anulación del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso alegando la Resolución 110/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desestima varios recursos similares al ahora analizado.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Los dos apartados del PCAP impugnados son los siguientes:

10.1.- Condición medioambiental de ejecución del contrato.

La condición medioambiental especial de ejecución del contrato, es que la electricidad suministrada por la adjudicataria proceda al 100% de fuentes renovables, tal y como se recoge en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En consecuencia, durante la ejecución del contrato, la empresa que resulte finalmente adjudicataria del mismo, presentará, todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden ITC 1522/2007, que garantice el cumplimiento de esta condición, que se clasifica asimismo como Condición Esencial, por lo que su incumplimiento constituirá causa de resolución del contrato.

21.2 Solvencia técnica y / o profesional

Los licitadores deberán acreditar la solvencia técnica mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

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

La certificación que debe aportarse en la propuesta de la licitadora será la correspondiente al último año disponible por parte de la CNMC en la fecha de la presentación de la oferta. Este criterio de solvencia se exige como condición a priori con el objeto de verificar que las comercializadoras que se presenten a la

licitación, tienen solvencia para suministrar al Ayuntamiento energía eléctrica de origen 100% renovable, siendo éste el objeto del contrato, y por tanto acreditada la vinculación al mismo.

La proporcionalidad de esta exigencia se demuestra acudiendo al informe de la CNMC de 27 de abril de 2017 en el que se acreditaba que 76 empresas comercializadoras suministran energía 100% renovable. Esto supone que un elevado porcentaje, concretamente el 64% de las comercializadoras, disponen de dicho nivel de solvencia exigido, por lo que no resulta restrictivo de la competencia y del principio de igualdad.

(...)

Tercer requisito: Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como máximo, los tres últimos años (2015, 2016 y 2017), en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

El importe anual acumulado en el año de mayor ejecución deberá ser igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

Se acreditará mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante certificado expedido por éste o, a falta de certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación.

Interesa reseñar que la cláusula 21.2 del PCAP, además de establecer un criterio de solvencia, se extiende en motivar su exigencia, en cumplimiento del artículo 116.4 c) de la LCSP, que requiere que en el expediente se justifiquen adecuadamente los criterios de solvencia y las condiciones especiales de ejecución. Tanto este apartado como el 10.1 del PCAP guardan relación con la manera de garantizar el cumplimiento de la prescripción contractual que obliga a que la energía eléctrica suministrada sea íntegramente de origen renovable, y las dos estipulaciones exigen requisitos relacionados con la Orden con objeto de que las garantía de origen de la 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 (en adelante, "la Orden"), a la que ambas se remiten. Por ello, es adecuado que se exponga el significado y alcance de esta norma previamente al análisis de los dos motivos de recurso.

a) Sobre el alcance de la Orden ITC 1522/2007

Para entender el alcance de la Orden, es necesario partir de una realidad, que es la imposibilidad de distinguir, con un análisis material o sensorial, la electricidad generada por fuentes de energía renovables de la generada por otras fuentes. Por las propias peculiaridades de este suministro, el consumidor final lo recibe de empresas comercializadoras que adquieren energía para su venta accediendo a redes de transporte o distribución en las que confluye la energía eléctrica generada por los productores desde fuentes diversas, renovables o no. Esta peculiaridad imposibilita una verificación física del cumplimiento de la exigencia contractual de que la energía proporcionada al poder adjudicador sea íntegramente de origen renovable ya que es imposible determinar el origen de la electricidad que llega al consumidor final (ver, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651). Para posibilitar de alguna forma esta comprobación, la Orden regula la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables empresas comercializadoras puedan demostrar ante los consumidores finales que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de dichas fuentes (artículo 1).

Esta Orden incluye algunos contenidos que son especialmente significativos para la resolución del presente recurso:

- la GDO es una acreditación de 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 (artículo 4.1).
- las acreditaciones de garantía de origen se emiten en razón de la producción eléctrica neta efectivamente generada con fuentes de energía renovables (artículo 8.5) y a partir de la solicitud del titular de una instalación de producción de energía eléctrica; esta solicitud incluye, entre otros datos, una declaración de mediciones eléctricas durante el periodo para el que se solicita la garantía y, en el caso de que el sistema utilice conjuntamente fuentes renovables y no renovables, el consumo de cada combustible y sus propiedades caloríficas (letras d) y e) del artículo 8.2).
- el artículo 8.4 establece que una garantía de origen no podrá ser solicitada por adelantado en relación a la energía que vaya a ser producida.
- la GDO se gestiona mediante un sistema de anotaciones en cuenta (exposición de motivos y artículo 6), que registrará la cantidad de garantías de origen expedidas y las transferencias sobre las mismas, hasta su cancelación por revocación, caducidad o, y esto es especialmente importante, por venta a un consumidor final (“redención”).

Llegados a este punto, debe considerarse la funcionalidad de las certificaciones emitidas en virtud de la Orden y solicitados por el PCAP en dos estipulaciones referidas a momentos distintos del procedimiento de adjudicación; en un caso, como prueba del cumplimiento de una condición de ejecución del contrato por parte del contratista (cláusula 10.1 del PCAP) y en el otro, como acreditación de la solvencia del licitador (cláusula 21.2 del PCAP). Ello hace que la apreciación de la validez legal de las dos cláusulas se rija por normas diferentes. A pesar de que el recurso pretende la anulación de ambas, lo cierto es que IBERDROLA dirige toda su argumentación contra el apartado 21.2, por lo que las apreciaciones de este Órgano se formularan en primer lugar sobre él.

b) Sobre la certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de acuerdo con la Orden ITC/1522/2007 como requisito de acreditación de la solvencia técnica

De acuerdo con el artículo 74 de la LCSP, 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; asimismo, los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para acreditarlos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. A la vista de este precepto, se observa lo siguiente:

1) Como se deduce de la motivación expresada en el último párrafo de la cláusula impugnada, la intención del poder adjudicador es admitir a la licitación únicamente a las empresas que, además de haber suministrado energía renovable por un cierto importe (como exige el “Tercer requisito” de la misma cláusulas 21.2), acrediten que, en el último año con datos disponibles, solo y exclusivamente han suministrado este tipo de energía. Ello supone que las empresas que han vendido un gran volumen de energía procedente de fuentes renovables, incluso aunque sea muy superior al que representa el valor estimado del contrato, no pueden acceder a la licitación si, además, han vendido un porcentaje de energía no procedente de fuentes renovables, sea cual sea este porcentaje y con independencia de la cantidad de energía de origen renovable que, en términos absolutos, hayan suministrado. Este requerimiento no es aceptable, pues no prueba ninguna capacidad técnica para la ejecución del contrato y, especialmente, ninguna capacidad técnica adicional o distinta de la que ya se demuestra mediante la relación de suministros previos similares a los que se pretende adquirir, que por cierto también se solicita como

“Tercer requisito” de solvencia técnica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.1 a) de la LCSP. En este sentido, no se alcanza a entender por qué es solvente técnicamente la empresa que ha vendido un volumen muy pequeño de energía renovable que, sin embargo representa la totalidad de sus ventas, y no lo es otra que ha vendido un volumen muy grande de dicha energía, aunque además haya vendido también energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anula o disminuye la capacidad para suministrar energía renovable, pues ambas

empresas obtienen la electricidad de la misma red de distribución o transporte y pueden adquirir igualmente GDOs expedidas a los productores de energía renovable. La explicación del pliego es que de un informe de la CNMC se deduce que hay 76 empresas comercializadoras (el 64% de todas ellas) que satisfacen la condición y que ello garantiza que no se restringen los principios de salvaguarda de la libre competencia e igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP). Este Órgano entiende que este argumento no es convincente y que sí se infringen dichos principios. El cumplimiento del principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato se fundamente en hechos o situaciones jurídicamente relevantes y en razones proporcionadas no arbitrarias ni discriminatorias, lo que, como ya se ha expresado, no sucede en este caso; es irrelevante que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer de las restricciones ilegítimas de la libre competencia, que no dejan de serlo aunque, a pesar de ellas, pueda optar al contrato una cantidad significativa de empresas.

Consecuentemente, debe anularse la estipulación impugnada por no estar vinculada al objeto del contrato y resultar contraria a los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 de la LCSP).

c) Sobre la certificación emitida por la CNMC, de acuerdo con la Orden ITC/1522/2007, como acreditación del cumplimiento de la condición de que la electricidad suministrada procede al 100% de fuentes renovables

La cláusula 10.1 del PCAP es la otra estipulación impugnada. Como su título expresa, se trata de una condición especial medioambiental de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP. Además de establecer el alcance de la condición (que la electricidad suministrada proceda al 100% de fuentes renovables), indica cuál es la forma de acreditar su cumplimiento; en concreto, se exige que el contratista presente todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden. A diferencia de lo que sucede con la cláusula 21.2, expresada en estos términos y para este contexto, el requerimiento es adecuado a la legislación contractual. En primer lugar, aunque no se establece así expresamente (literalmente, solo se habla de “la electricidad suministrada por la adjudicataria”), la exigencia se refiere únicamente a la electricidad suministrada en el marco del contrato, y no a la que pueda el adjudicatario vender en el resto de su actividad. Así se deduce de la misma definición de “condición de ejecución”, que comprende la vinculación al objeto del contrato en el sentido que da a este término el artículo 145.6 de la LCSP (ver el artículo 202.1 de la LCSP); dicha vinculación no existiría si la exigencia se dirigiera a fiscalizar actividades de la empresa no relacionadas de ningún modo con la prestación contractual (así sucedería, por ejemplo, si al contratista se le pidiera la garantía de que, en el desarrollo de toda su actividad comercial, vende exclusivamente energía de origen renovable). A mayor abundamiento, la función principal del sistema de la Orden es precisamente demostrar al consumidor final que la energía adquirida es

de origen renovable, que es, en definitiva, lo que la cláusula impugnada pretende (ver, por ejemplo, el documento de la Comisión de la Unión Europea “Criterios de la CPE de la UE aplicables a la electricidad”).¹ Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

d) Conclusión

La estimación de la impugnación de una estipulación sobre la solvencia técnica exigida para participar en el procedimiento de adjudicación que impide al recurrente el acceso a la licitación supone la anulación de la misma; asimismo, la satisfacción de la pretensión requiere la cancelación de dicho procedimiento para que el recurrente pueda, en su caso, presentar su oferta a una hipotética nueva licitación. No obstante, excepto por la cláusula anulada, en dicha nueva licitación podrían emplearse los mismos documentos contractuales, en cuanto no han sido objeto de ninguna tacha de legalidad.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa IBERDROLA CLIENTES, S.A.U., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Suministro de energía eléctrica a los distintos puntos de consumo de los que es titular el Ayuntamiento de Ea, mediante fuentes de producción energéticas renovables y seguras tanto para las personas como para la población”, tramitado por el Ayuntamiento de Ea, anulando el “Primer requisito” de la cláusula 21.2 del PCAP y estipulaciones concordantes, y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

¹ Disponible en el enlace: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/electricity_es.pdf

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.