



EB 2018/186

EB 2018/194

Resolución 033/2019, de 11 de febrero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ENDESA ENERGÍA, S.A.U. e IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de energía eléctrica para los edificios y garajes del Parlamento Vasco”, tramitado por el Parlamento Vasco.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Han tenido entrada 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) los siguientes recursos especiales en materia de contratación contra los pliegos del contrato “Suministro de energía eléctrica para los edificios y garajes del Parlamento Vasco”, tramitado por el Parlamento Vasco.

- Recurso EB 2018/186, interpuesto por ENDESA ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, ENDESA) el día 12 de diciembre.
- Recurso EB 2018/194, interpuesto por IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. (en adelante, IBERDROLA) el día 17 de diciembre.

SEGUNDO: Con fechas 12 y 18 de diciembre, este OARC / KEAO remitió los recursos al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió los días 14 y 19 de diciembre.

TERCERO: Con fecha 27 de diciembre, la Titular del OARC / KEAO acordó, mediante la Resolución B-BN 41/2018, la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación al que se refieren ambos recursos.

CUARTO: No constan en el expediente otros interesados al margen del poder adjudicador y los recurrentes.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Acumulación

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como en el artículo 57 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, es procedente acumular ambos recursos, al dirigirse contra los mismos pliegos, basarse en argumentos muy similares y tener pretensiones casi idénticas.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de las empresas recurrentes, así como la representación de quienes actúan en nombre de cada una de ellas.

TERCERO: 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; el valor estimado del contrato impugnado es de 320.500 euros.



CUARTO: Impugnabilidad del acto

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

QUINTO: Interposición de los recursos en tiempo y forma

El recurso interpuesto por ENDESA ha sido interpuesto en tiempo y forma. El poder adjudicador considera extemporáneo el recurso presentado por IBERDROLA dado que, a su parecer, el plazo para la interposición del recurso debe comenzar desde el día siguiente a la publicación de los pliegos en el perfil del contratante (en este caso, el 20 de noviembre) y no desde el siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 23 de noviembre, como pretende la recurrente. Esta alegación del poder adjudicador no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que, en el procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (como el impugnado) es requisito previo ineludible la publicación del anuncio de la licitación en el DOUE bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículo 39.2 c) de la LCSP), y tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su artículo 52.1, como la LCSP en su artículo 135.3, señalan que dicha publicación debe preceder a la publicidad nacional, incluida la del perfil del contratante. La finalidad de esta obligación es garantizar que todos los operadores económicos que pueden estar interesados en presentar una oferta o, en su caso, en impugnar las bases de la licitación, disfruten para ello de los mismos plazos, sin que quepa discriminación al respecto por razón geográfica o de nacionalidad. En este sentido, no se comparte la alegación del poder adjudicador, que entiende el artículo 135.3 de la LCSP en el sentido de que alude exclusivamente a los contratos de concesión de servicios del anexo IV; por el contrario, de la literalidad del precepto, del contenido de la Disposición Adicional 36ª y de la necesidad de ajustar la interpretación de la norma nacional al Derecho de la Unión Europea que ésta incorpora (el citado artículo 52.1 de la Directiva 2014/24) se deduce



que se refiere, tanto a todos los anuncios de licitación, como a los anuncios de información previa a que se refiere la mencionada Disposición (los cuales sí se refieren exclusivamente a los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV). En consecuencia, en los supuestos de publicidad preceptiva en el DOUE, el cómputo del plazo de quince días hábiles al que se refiere el artículo 50.1 b) de la LCSP no puede iniciarse antes de que se haya producido dicha publicación o, en su caso, se haya dado el supuesto de que el órgano de contratación no haya recibido en 48 horas la confirmación del envío del anuncio, lo que no consta en este caso ni se alega por el poder adjudicador. En conclusión, habiéndose publicado el anuncio de licitación en el DOUE el 23 de noviembre, el plazo de los 15 días hábiles comienza el día siguiente hábil, el 26 de noviembre, por lo que la presentación en el registro de este Órgano el 17 de diciembre es temporánea y el recurso debe admitirse a trámite.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, se observa lo siguiente:

a) El Parlamento Vasco como poder adjudicador

La Disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP establece que los órganos competentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas ajustarán su contratación a las normas establecidas en dicha Ley para las Administraciones Públicas.

b) Competencia del OARC / KEAO

Por su parte, 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 establece en su apartado 2 que «(...) en tanto no se regule por el Parlamento Vasco y los organismos creados por esta institución el órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación dentro de su respectivo ámbito, tal y como prevé el artículo 311.2 de la



Ley de Contratos del Sector Público, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ejercerá sus funciones respecto de los actos susceptibles de recurso contractual emanados de sus poderes adjudicadores.»

SÉPTIMO: Argumentos del recurso de ENDESA

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

- a) La cláusula 11.2.1 del apartado I de las Cláusulas Específicas del Contrato establece como obligación contractual en materia medioambiental disponer de la Etiqueta A: energía generada 100% fuentes de energía renovable. Dicha cláusula no es conforme a derecho, ya que no está vinculada al suministro de energía objeto de contratación sino a los suministros realizados con anterioridad. Por ello debe declararse nula.

- b) En la cláusula 20, apartado II de las Características de adjudicación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se exige acreditar el requisito de solvencia técnica con la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de que la energía comercializada es 100% de origen renovable; asimismo, la cláusula 23.1 del PCAP establece que dicho requisito debe acreditarse documentalmente en el Sobre A relativo a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y oferta evaluable automáticamente a través de fórmulas. Pues bien, la recurrente considera que la exigencia de dicha certificación no es un medio válido para acreditar la solvencia, ya que no es un documento incluido dentro de los medios que se relacionan en el artículo 89 de la LCSP, ni sirve para acreditar la capacidad de las empresas para ejecutar correctamente el contrato.

- c) Se alega que ENDESA no tiene la citada etiqueta y sin embargo tiene una capacidad de comercialización muy superior a la que la ejecución del contrato precisa, pudiendo darse la paradoja de que una empresa con menor capacidad



acreditable acceda a la licitación por ostentar la etiqueta mientras se excluye a la recurrente.

d) No es posible diferenciar el origen renovable o no renovable de la electricidad consumida, pues en la red de transporte y distribución se mezclan las producidas por todas las instalaciones, con independencia de su procedencia u origen.

e) El etiquetado no acredita que la electricidad suministrada es de origen renovable, ni supone que, obtenida la etiqueta A en un año determinado, va a poder suministrar dicha energía con posterioridad; todas las comercializadoras suministran la misma electricidad mezclada en las redes, y el producto suministrado es siempre el mismo, con independencia de quién lo suministre. El etiquetado solo cumple la finalidad de informar a los consumidores finales del “mix de comercialización” teórico de cada comercializadora en función de las garantías de origen compradas a los productores de energía renovable.

f) Finalmente, se solicita que se declaren nulas las cláusulas del PCAP relativas a la exigencia de estar calificada con la etiqueta A expedida por la CNMC, así como las relacionadas con dicha exigencia, y que se ordene la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a la aprobación de los pliegos y documentos que rigen la licitación.

OCTAVO: Argumentos del recurso de IBERDROLA

Las razones alegadas en el recurso son las que se resumen a continuación:

a) Las cláusulas 11.2, 20 y 23.1 del PCAP relativas a obligaciones contractuales y requisitos de solvencia no están vinculadas al objeto del contrato ni son proporcionales al mismo, de tal forma que suponen una evidente discriminación entre los licitadores y rompe con la igualdad de trato entre los candidatos.



b) Las cláusulas aluden 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. La etiqueta se clasifica entre la “A” y la “G”, siendo la “A” la que implica no tener residuos de CO₂. Es un requisito que no tiene vinculación directa con el objeto del contrato, es discriminatorio y limita la competencia; se alega que el hecho de que el 100% de la energía comercializada en 2017 haya sido renovable no garantiza necesariamente la solvencia para suministrar al Parlamento energía eléctrica 100% renovable, y ello por dos razones:

- el dato se refiere a energía comercializada en 2017 que se ha cubierto “a posteriori” con GDO; no garantiza que en 2018 se vuelva a cubrir el 100% de la energía comercializada, ya que puede tratarse de volúmenes diferentes.
- el etiquetado del CNMC no tiene en cuenta volúmenes, solo porcentajes; la mayoría de las empresas calificadas con la “A” tienen un volumen de energía comercializada muy pequeño.

c) La capacidad de suministrar energía 100% renovable es independiente del mix de producción anterior, solo dependerá de la capacidad para adquirir la energía demandada y cubrirla con GDO. Se alega que la recurrente es, con mucho, la primera comercializadora en España de energía renovable, según GDO, siendo discriminatorio que se le excluya de la licitación porque no cubre la totalidad de su amplia clientela con energías renovables. El requisito busca excluir a las comercializadoras que tradicionalmente atienden a la generalidad de la población y el suministro.

d) Finalmente, se solicita la nulidad de los puntos 11.2, 20 y 23.1 de los pliegos por no ser ajustados a derecho.



NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación de los recursos alegando lo siguiente:

- a) La exigencia como criterio de solvencia técnica, de la Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de que la energía comercializada es 100% de origen renovable, es el medio adecuado para demostrar que la energía comercializada por los posibles licitadores es en su totalidad renovable.
- b) Dicho certificado sí está incluido entre los medios que se relacionan en el artículo 89 de la LCSP, concretamente, en la letra f) de dicho artículo. La interpretación de las cláusulas de los pliegos debe hacerse conforme al preámbulo de la LCSP que pretende, entre otros fines, facilitar el acceso a la contratación pública a las PYMEs y que se incorporen criterios de adjudicación que permitan obtener suministros de gran calidad mediante la inclusión de aspectos medioambientales vinculados al objeto del contrato. En apoyo de la legalidad de las cláusulas impugnadas adjunta al recurso la Resolución 110/2018, de 18 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- c) Una empresa podría suministrar energía 100% renovable sin necesidad de que lo sea el 100% de la que comercializa, pero la certificación lo que acredita es que todos sus clientes reciben el 100% de energía renovable y que la empresa está capacitada para hacerlo. Éste es precisamente el criterio de solvencia que se requiere.
- d) En ningún caso el requisito de solvencia requerido afecta a la libertad de empresa o a la libre competencia. A modo de ejemplo, se señala que hay 76 empresas comercializadoras que satisfacen el requisito, siendo empresas de tamaño grande, mediano y pequeño.



e) Las pretensiones de los recurrentes no pueden condicionar la configuración del contrato, siempre y cuando, como es el caso, se respeten los principios rectores de la contratación pública.

f) Finalmente, solicita la desestimación íntegra de los recursos.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las apreciaciones de este Órgano deben partir del contenido de las Cláusulas Específicas del Contrato relacionadas con la pretensión del recurso, cuya literalidad es la siguiente:

- **11.-OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESENCIALES DEL CONTRATO Y OTRAS OBLIGACIONES EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL, SOCIAL O LABORAL:**

(...)

11.2.- OTRAS OBLIGACIONES EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL, SOCIAL O LABORAL:

11.2.1- Obligaciones en materia medioambiental: ETIQUETA A: ENERGIA ELECTRICA GENERADA 100% FUENTES DE ENERGIA RENOVABLE

- **20 SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.**

(...)

20.2.- Solvencia: los operadores económicos deben disponer de la siguiente solvencia, salvo que opten por sustituirla por la clasificación indicada en la cláusula 21.3 de cláusulas específicas del contrato.

(...)

Requisitos:

Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de acuerdo a la Orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, donde se indique que la energía comercializada por la empresa es de origen 100% renovable, correspondiente al último año disponible por parte de la CNMC en la fecha de presentación de la oferta.

- **23. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE**

Los documentos exigidos para tomar parte en el procedimiento se presentarán dentro de los archivos electrónicos o sobres que se indican a continuación.



23.1 LA OFERTA SE PRESENTARÁ EN UN ÚNICO SOBRE, SOBRE "A", EN LOS SUPUESTOS EN QUE EN EL PROCEDIMIENTO NO SE CONTEMPLAN CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR.

SOBRE A: DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS Y OFERTA EVALUABLE AUTOMÁTICAMENTE A TRAVÉS DE FÓRMULAS.

(...)

• **Etiqueta A**

Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de acuerdo a la Orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, donde se indique que la energía comercializada por la empresa es de origen 100% renovable, correspondiente al último año disponible por parte de la CNMC en la fecha de presentación de la oferta.

- **24. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LA LICITADORA QUE HA PRESENTADO LA MEJOR OFERTA**

24.1. Documentación al objeto de acreditar los requisitos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional recogidos en la cláusula 21.2 de las cláusulas específicas del contrato:

(...)

Solvencia técnica o profesional:

(...)

Certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de acuerdo a la Orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, donde se indique que la energía comercializada por la empresa es de origen 100% renovable, correspondiente al último año disponible por parte de la CNMC en la fecha de presentación de la oferta.

a) Sobre la distinta naturaleza de las cláusulas impugnadas

A los efectos de su análisis, las estipulaciones recurridas se pueden agrupar, de acuerdo con su función dentro del procedimiento de adjudicación y del contrato, en dos categorías. Por un lado, las cláusulas 20.2, 23.1 y 24.1 se refieren a condiciones de aptitud que deben cumplir los licitadores que presenten una oferta y a la forma de acreditarlos ante el poder adjudicador; por lo tanto, su función es la de servir como requisitos de admisión de las proposiciones. Por otro, la cláusula 11.2.1, habida cuenta de su ubicación sistemática en los pliegos, es una condición exigible al contratista como un



aspecto incluido en la prestación contractual. Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todas ellas y sobre los argumentos aportados en el procedimiento son las que a continuación se reproducen, sustancialmente análogas a las ya expuestas en sus Resoluciones 160 y 161/2018.

b) Sobre los requisitos de admisión y su forma de acreditación

La cláusula 20.2 exige, como requisito de solvencia, en síntesis, una certificación emitida por la CNMC en la que se indique que la energía comercializada por el licitador en el último año en el que esté disponible el dato es de origen 100% renovable. La cláusula 23.1, para determinar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos que debe aportarse por dicho licitador reproduce exactamente la misma redacción que la cláusula 20.2 con el único añadido (en letra negrita) del término “Etiqueta A”. El mismo texto de la cláusula 20.2 (es decir, sin mención de la “Etiqueta A”) se recoge en la cláusula 24.1 como parte de la documentación que debe presentar la licitadora que haya propuesto la mejor oferta. Todo ello denota falta de transparencia del pliego, ya que parecen confundirse los requisitos de solvencia con la forma de acreditarlos, no queda claro si la “certificación” y la “Etiqueta A” son o no el mismo documento y hay una contradicción sobre el momento en el que debe aportarse la documentación (la cláusula 20.2 afirma que solo el licitador que haya presentado la mejor oferta debe presentar la documentación acreditativa de la solvencia y la cláusula 23.1 exige esta misma documentación a todos los licitadores). No obstante, puede concluirse que, en definitiva, la intención del poder adjudicador es que solo pueda ser adjudicataria del contrato una empresa que en el último año del que consten datos haya vendido exclusivamente energía de origen íntegramente renovable, requisito que se acreditaría mediante la “Etiqueta A”, lo que los recurrentes consideran una “barrera de entrada” que les impide ilegítimamente el acceso al contrato. Por ello, previamente al análisis de las pretensiones de las recurrentes, es adecuado que se exponga el significado y alcance de la normativa que regula esta etiqueta.



c) Sobre la etiqueta A

El artículo 110 bis.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica establece que la CNMC aprobará mediante Circular el formato tipo que deberán utilizar las empresas distribuidoras y comercializadoras en sus facturas para reflejar la información sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente a la que se refieren los apartados 1 y 2 del citado artículo 110 bis, así como el método de cálculo utilizado para el cálculo de la contribución de cada fuente energética primaria en el conjunto de la energía eléctrica suministrada por las empresas comercializadoras y su impacto ambiental asociado. En uso de esta habilitación, se dictó la Circular 1/2008 (BOE de 21 de febrero, número 45) cuyo contenido más relevante a los efectos de la resolución del presente recurso es, resumidamente, el siguiente:

- el objeto de la Circular es establecer el proceso que utilizará la CNMC para obtener la información que los comercializadores y distribuidores que vendan electricidad a sus clientes finales deben proporcionar a éstos acerca del origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente, así como los formatos con los que efectuarán dicha comunicación (apartado primero).
- el etiquetado de la electricidad es un mecanismo para suministrar información fiel y homogénea a los clientes finales acerca de la electricidad que consumen, proporcionando un formato uniforme; en concreto, se informa, en términos porcentuales, sobre el desglose de las fuentes de energía utilizadas para generar la electricidad consumida y su impacto ambiental (emisiones de dióxido de carbono y de residuos radiactivos por cada kWh), referidos al año anterior, y sobre la posición relativa de la comercializadora o distribuidora respecto a la media del



sistema eléctrico, incrementando así la transparencia del mercado (apartado segundo).

- la CNMC divulgará en su página web el modelo de formato de etiquetado que deben utilizar en sus facturas para informar al consumidor final, aplicando en su caso los datos que le correspondan según la información publicada en la web de la CNMC (Anexo II, apartados 1 y 3).¹
- se establece un modelo de etiquetado que se incluirá en las facturas a los clientes finales que, entre otras cosas, incluirá el valor atribuido al impacto ambiental referente a su energía comercializada, que se plasmará con las letras entre la “A” y la “G” (, correspondiendo la “A” al impacto ambiental mínimo (no al impacto ambiental nulo ni a la venta de energía eléctrica exclusivamente renovable)² y la “G” al máximo impacto ambiental (Apartado séptimo, II, números 4 y 5, Anexo I y Anexo II, 3).

d) Sobre el requisito de solvencia impugnado y su acreditación

Para determinar la viabilidad de las impugnaciones, lo señalado en la letra c) anterior debe contrastarse con los principios básicos que rigen los criterios de solvencia y sus medios de prueba. En particular, el artículo 74 de la LCSP establece que para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia

¹ Ver el documento de la CNMC “Acuerdo sobre los resultados del sistema de garantía de origen y etiquetado de la electricidad relativos a la energía producida en el año 2017”, disponible en el siguiente enlace:

https://gdo.cnmc.es/CNE/resumenGdo.do?informe=garantias_etiquetado_electricidad

² Como se confirma en el documento al que se refiere la nota anterior, en el que figuran con la etiqueta A empresas en cuyo “mix de comercialización” se incluyen pequeños porcentajes de energía procedente de fuentes no renovables y con niveles de emisiones de dióxido de carbono o residuos radiactivos distintos de cero.



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. Conviene igualmente recordar que la finalidad de insertar en el procedimiento de adjudicación la verificación de la solvencia es asegurar que los licitadores poseen requisitos personales de capacidad técnica y económica que les hacen merecedores de la presunción de que pueden ejecutar correctamente la prestación contractual en el caso de resultar adjudicatarios (ver, por ejemplo, la Resolución 85/2014 del OARC / KEAO).

A la vista de todo ello, este Órgano considera lo siguiente:

d1) Sobre la etiqueta A como medio de prueba de la solvencia

Deben señalarse varias cuestiones sobre la etiqueta A como medio de prueba de la solvencia. En primer lugar, y como ya se ha indicado, ostentar la citada etiqueta no implica necesariamente haber vendido exclusivamente energía de origen renovable, por lo que no hay concordancia entre el requisito solicitado y el alcance del documento que se pide para acreditarlo. En segundo lugar, en contra de lo que afirma el poder adjudicador, la etiqueta A no es un certificado comprendido en el artículo 89.1 f) de la LCSP, pues no se expide por un instituto o servicio oficial encargado de control de calidad y no acredita la conformidad detallada de un producto por referencia a especificaciones o normas técnicas (ver los apartados 1 b) y 2 del artículo 125 de la LCSP), sino ciertas características del llamado “mix de comercialización” de un operador concreto y con referencia a un periodo pasado; es más, no está comprendido en ninguno de los apartados del artículo 89 de la LCSP, por lo que no es un medio válido de acreditar la solvencia técnica en los contratos de suministros que, como el impugnado, están sujetos a regulación armonizada (ver, “sensu contrario”, el artículo 86.1 de la LCSP, así como la Resolución 109/2014 del OARC / KEAO y el apartado 105 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la



Unión Europea de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284). En tercer lugar, la etiqueta A no acredita la capacidad técnica para la ejecución de un contrato de suministro eléctrico de energía 100% renovable; dicha etiqueta se obtiene exclusivamente en razón del impacto medioambiental necesario para producir cada kWh de energía eléctrica vendido, que a su vez depende del porcentaje de energía renovable adquirido por la empresa, en referencia a un periodo concreto y con independencia de la importancia que, en términos absolutos, tengan estas magnitudes. De este modo, es posible que una empresa que tenga la etiqueta A haya vendido en el año anterior una cantidad de energía muy inferior a la que se desea adquirir por el poder adjudicador en el contrato debatido la cual, por lo tanto, podría llegar a superar su capacidad de suministro. Por otro lado, la cláusula específica 24.1 permite la acreditación de la solvencia técnica mediante la relación de los trabajos realizados anteriormente de igual tipo o naturaleza que el objeto del contrato, entendiéndose que la similitud se cumple si hay coincidencia en los dos primeros dígitos del CPV indicado en el pliego (09310000-5, correspondiente al concepto “electricidad”); debe señalarse que, contradictoriamente con la exigencia de que el licitador solo comercialice energía renovable, esta cláusula permite que la solvencia se pruebe mediante el suministro de productos tales como el plutonio (09342000-8) o la calefacción urbana, sin distinción de origen (09323000-9).

d2) Sobre el requisito de comercializar exclusivamente energía de origen íntegramente renovable

Por lo que se refiere al requisito de solvencia impugnado, es irrelevante para medir la capacidad técnica de los licitadores para ejecutar la prestación contractual. En particular, 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 procedente de fuentes no 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 por ser contrario a los principios de igualdad de trato y salvaguarda de la libre competencia. 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 energía procedente de otras fuentes; dicho de otra forma, no hay razón para pensar que el hecho de vender energía de varios orígenes anule o disminuya la capacidad para suministrar energía renovable (y solo renovable) para un cliente o contrato concreto. A falta de la justificación adecuada de los criterios de solvencia que el artículo 116 c) de la LCSP pide que conste en el expediente, las explicaciones del informe del poder adjudicador no son convincentes, más allá de alusiones genéricas a los principios generales de la LCSP en materia de introducción de aspectos medioambientales en la compra pública; en particular, el hecho de que de un informe de la CNMC se deduzca, según afirma el poder adjudicador, que hay 70 empresas comercializadoras (en total, el 54, 5% de todas ellas) que satisfacen la condición recurrida es indiferente, pues el principio de igualdad implica que cualquier trato desigual a las empresas potencialmente interesadas 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, sin que importe que el número o porcentaje de las empresas discriminadas sea grande o pequeño. Análoga observación se puede hacer sobre 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 operadores.

- e) Sobre la Etiqueta A como obligación contractual en materia medioambiental



El apartado 11.2.1 de las Cláusulas Específicas del Contrato establece como obligación en materia medioambiental la “ETIQUETA A: ENERGIA ELECTRICA GENERADA 100% FUENTES DE ENERGIA RENOVABLE”. De la escueta descripción de todo el apartado 11 se deduce que establece obligaciones que asume el contratista para ejecutar la prestación de una cierta manera o cumpliendo ciertas condiciones; en concreto, la estipulación impugnada se refiere a una obligación de tipo medioambiental. Se trata, en suma, de una condición especial de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202 de la LCSP. Además de que, como ya se ha dicho, la etiqueta A no acredita que toda la energía comercializada por una empresa sea de origen íntegramente renovable, la cláusula no es aceptable por incumplir este precepto, que establece que la condición especial debe estar vinculada con el objeto del contrato, en el sentido expresado por el artículo 145.6 de la LCSP. Esta vinculación requiere, en síntesis, que la condición se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Dado que la etiqueta A se obtiene en razón de las características de la energía comercializada en un periodo necesariamente anterior al inicio de la vigencia del contrato, no puede referirse a la energía suministrada en virtud del contrato; incluso en el caso de que la intención de la cláusula fuera que el contratista asumiera la obligación de volver a conseguir la etiqueta para periodos sucesivos seguiría sin cumplirse el requisito de vinculación con el objeto, pues para cumplirla la empresa tendría que seguir una determinada política comercial global, y no solo en el ámbito del contrato. 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).



f) Conclusión

Lo señalado en las letras anteriores supone la anulación de las cláusulas 11.21, 20.2 desde Certificación emitida por la Comisión Nacional de los mercados y la competencia (CNMC) hasta (...) en la fecha de presentación de la oferta y 23.1; asimismo, por estar relacionada con ellas en virtud de exigir la etiqueta A, debe anularse igualmente el último párrafo de la cláusula específica 24.1. Dado que se trata de estipulaciones que impedían a los recurrentes el acceso al contrato, la satisfacción de la pretensión de los recursos requiere la cancelación del procedimiento de adjudicación para que ENDESA e IBERDROLA puedan, en su caso, presentar su oferta a una hipotética nueva licitación. No obstante, excepto por las cláusulas anuladas, en dicha nueva licitación podrían emplearse los mismos documentos contractuales, en cuanto no han sido objeto de ninguna otra tacha de legalidad.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. 2 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 / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar los recursos especiales en materia de contratación por ENDESA ENERGÍA, S.A.U. e IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. contra los pliegos que han de regir el contrato de “Suministro de energía eléctrica para los edificios y garajes del Parlamento Vasco”, tramitado por el Parlamento Vasco, anulando los apartados de los pliegos señalados en la letra f) del Fundamento jurídico décimo de la presente Resolución, 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.

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.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko otsailaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de febrero de 2019