

**Recurso nº 103/2019****Resolución nº 101/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE La COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 3 de mayo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENDESA ENERGÍA S.A. contra los pliegos de la licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para edificios e instalaciones propiedad de la Diputación y los cedidos a la Diputación por los ayuntamientos de la provincia de Ourense, según los convenios de cooperación, iniciada por la Diputación de Ourense, expediente 10-pa-2019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por la Diputación de Ourense se convocó la licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para edificios e instalaciones propiedad de la Diputación y los cedidos a la Diputación por los ayuntamientos de la provincia de Ourense, según los convenios de cooperación, con un valor estimado declarado de 1.921.586,70 euros.

**Segundo.-** El día 24.04.2019 ENDESA ENERGÍA S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal.

**Tercero.-** En la misma fecha se reclamó a la Diputación de Ourense el expediente 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 (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 29.04.2019. Por parte de la Diputación se informa de la ausencia de licitadores, en ese momento.

**Cuarto.-** No fue necesario resolver la petición cautelar del recurrente por el dictado de esta Resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** La recurrente está legitimada para interponer el presente recurso aunque no tenga la condición de licitador, pues precisamente las bases de la convocatoria le provocan a su entender un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y la obtención de una resolución favorable. En este sentido, las prestaciones del contrato al que se refiere esta impugnación están incluidas en el ámbito de su actividad empresarial. Así se ha pronunciado este TACGal en Resoluciones anteriores, por ejemplo a 2/2018, 46/2018 o 52/2019.

**Cuarto.-** El anuncio de la licitación y los pliegos se publicaron el día 04.04.2019, por lo que el recurso se interpuso en plazo.

**Quinto.-** Impugnándose los pliegos de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

**Sexto.-** El recurrente impugna la cláusula XIV.2 del PCAP en lo referente a la inclusión como criterio de adjudicación de lo siguiente:

*“Porcentaje de energía eléctrica de naturaleza renovable suministrada por el licitador a la totalidad de sus clientes: se valorará de 0 a 8 puntos, concediéndose ocho puntos a los licitadores que acrediten un mayor porcentaje de energía suministrada de procedencia renovable, 0 puntos a los licitadores que no acrediten ningún porcentaje y, a los demás, la correspondiente al porcentaje de energía renovable suministrada según la siguiente fórmula:(...)”*

Como medio de acreditación de ese porcentaje a valorar, la cláusula X recoge como documentación a presentar en el sobre 2:

*“9. Certificado relativo al sistema de Garantía de Origen de la electricidad emitido por Entidades Certificadoras establecidas de acuerdo con la Directiva 2009/28/CE, así como el Sistema de Garantías de Origen establecido en la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo y en su modificado ITC/2914/2001 de 27 de octubre por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovable y de cogeneración de alta eficiencia”*

El recurrente argumenta que el criterio anterior determina que *“no se está valorando el origen o tipo de energía que se suministrará a futuro...sino que se está valorando el porcentaje de energía renovable que la empresa comercializadora ha suministrado en el pasado al conjunto de sus clientes”*, por lo que entiende que ese criterio no está vinculado al objeto del contrato y, en consecuencia, incumple la legislación contractual.

Concretamente, lo que solicita es: *“Declarar nulo el criterio de adjudicación relativo al porcentaje de energía renovable suministrada al conjunto de clientes, por carecer de la necesaria vinculación con el objeto del contrato, en los términos previstos en el artículo 145.6 de la LCSP.”*

No es necesario detenerse en explicar la admisibilidad, en la LCSP, de los aspectos ambientales como posibles criterios de adjudicación, pero con la misma evidencia hay que significar que su inclusión, como la del resto de los criterios de adjudicación, está sometida a reglas y límites.

El primero de esos límites es el de que estén vinculados con el objeto del contrato, es decir, con la prestación contractual, como ya menciona el artículo 1.3 LCSP.

Es cierto que esa vinculación está concebida de una forma amplia en el artículo 145.6 LCSP en cuanto a que:

*“6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que se deban realizar en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

*a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización, de ser el caso, de las obras, suministros o servicios, con especial referencia a las formas de producción, prestación o comercialización ambiental y a las socialmente sostenibles y justas.*

*b) O en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su substancia material.”*

Ahora bien, debemos concluir que aquí no se cumple la referencia de que “ se refiera o integre las prestaciones que se deban realizar en virtud de dicho contrato”, cuando el criterio impugnado no alude a la energía suministrada para el contrato sino al “Porcentaje de energía eléctrica de naturaleza renovable suministrada por el licitador a la totalidad de sus clientes”. Por lo tanto, debemos anular esa prevención y, en definitiva, la cláusula XIV.2 del PCAP en lo referido a esto, que es además lo expresamente citado como impugnado en el solicito del recurso. En todo caso, una vez llegados a esa conclusión decae el análisis de lo que era la documentación exigida para acreditar lo que acabamos de anular, por falta de objeto.

Recordemos que el considerando 97 de la Directiva 2014/24 expresa:

*“No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”*

Sin perjuicio de que está referido a criterios sociales, la Resolución 972/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recoge:

*“En efecto, la apreciación como criterio de adjudicación ha de hacer directa referencia a la prestación contratada y, por lo tanto, manifestarse ya en el proceso de prestación del servicio de seguridad que se pretende contratar, ya en otra etapa de su ciclo de vida.*

*Así, como ya dijimos en nuestra reciente Resolución 632/2018, de 29 de junio, se infringe el artículo 145 de la LCSP cuando “el criterio se configura y se refiere a una cualidad subjetiva de las empresas licitadoras, (...) al contemplar genéricamente a todo el personal de las empresas licitadoras, el criterio de valoración nada tiene que ver con el objeto del contrato, ni añade calidad alguna a la oferta técnica de cada licitadora, sino que se limita a valorar una cualidad de la empresa ajena a las ofertas presentadas”.*

*Lo mismo cabe decir de los criterios aquí configurados, que se refieren a las empresas licitadoras en general y no al concreto contrato celebrado, siendo indiferente a estos efectos que se configure como criterios de mejora y los puntos que les han sido asignados.”*

En la misma dirección la Resolución 186/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi:

*“El artículo 145.2.1º de la LCSP, dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán ser las características sociales referidas entre otras a los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato.*

*Es claro que el criterio denunciado incumple el artículo mencionado en cuanto que el plan de igualdad que se va a valorar no está ligado a la ejecución del contrato, sino que se refiere a la organización en general; por otro lado, esta vinculación al objeto contractual tampoco está explicitada en el expediente (ver, por ejemplo, el artículo 116.4 c) de la LCSP). En este sentido, resulta procedente recordar el último párrafo del Considerando 97 de la Directiva 2014/24 que, en relación con la posibilidad de adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos basados en consideraciones sociales y medioambientales, manifiesta que “No obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso*

*específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos (ver, igualmente, la Resolución 660/2018 del TACRC)”*

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por ENDESA ENERGÍA S.A. contra los pliegos de la licitación del contrato de suministro de energía eléctrica para edificios e instalaciones propiedad de la Diputación y los cedidos a la Diputación por los ayuntamientos de la provincia de Ourense, según los convenios de cooperación, iniciada por la Diputación de Ourense, expediente 10-pa-2019.

2. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.