



Roj: **STS 1284/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1284**

Id Cendoj: **28079130032022100074**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/03/2022**

Nº de Recurso: **6542/2019**

Nº de Resolución: **376/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6177/2019,**
ATS 9044/2021,
STS 1284/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 376/2022

Fecha de sentencia: 25/03/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6542/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 6542/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 376/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 25 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6542/2019, interpuesto por Endesa Energía, S.A.U., representada por el procurador D. Íñigo María Muñoz Durán y bajo la dirección letrada de D. Jaime Almenar Belenguer, de D.^a Clara Alcázar Torres y de D. Octavio Canseco Martín, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 17 de julio de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 540/2018. Es parte recurrida el Ayuntamiento de Madrid, representado y defendido por la Sra. Letrada del mismo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 17 de julio de 2019, desestimatoria del recurso promovido por Endesa Energía, S.A.U. contra el acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de abril de 2018. Por esta resolución se desestimaban varios recursos especiales en materia de contratación acumulados, entre los que se encontraba el interpuesto por la demandante, frente al Pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación del Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 9 de octubre de 2019, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 1 de julio de 2021 por el que se admite el recurso de casación, precisando que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el sistema de certificados de garantías de origen regulado en la Orden 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, o el sistema de etiquetado de la electricidad establecido en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente, son medios adecuados de acreditación de solvencia técnica a los efectos de los artículos 89.1.a) y f) y 93 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 77.1 y 80 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector público de 2011, en relación con el artículo 4 del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y seguridad industrial de 2005, y de contenido idéntico a los actuales artículos 89.1.f) y 93 de la Ley 9/2017.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, argumentando en el correspondiente escrito la vulneración de los artículos antes indicados, así como del artículo 62.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector público de 2011 (actual artículo 74.2 de la Ley de Contratos del sector público de 2017) y del artículo 5.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado, en relación con su artículo 9, apartados 1 y 2.c), d) y f), y de la doctrina jurisprudencial. Finaliza su escrito solicitando que se dicte sentencia por la que se estime íntegramente el recurso de casación y, por ende, se case y anule la sentencia recurrida, estimándose por lo tanto el recurso contencioso-administrativo de instancia, con expresa condena en costas al Ayuntamiento de Madrid.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, que ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que suplica que se dicte nueva resolución por la que, declarando no haber lugar a los motivos de casación invocados, desestime el recurso, y declare la conformidad a derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la recurrente.



SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 21 de enero de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 8 de marzo del mismo año, continuando la deliberación del mismo hasta el 22 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La compañía Endesa Energía, S.A.U. impugna mediante el presente recurso de casación la sentencia de 17 de julio de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia de contratación administrativa. La sentencia recurrida desestimó el recurso que la actora había presentado contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de abril de 2018. En dicha resolución, el citado Tribunal Administrativo había rechazado los recursos especiales formulados por Gas Natural Comercializadora, S.A., Iberdrola Clientes, S.A.U. y la mercantil recurrente contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del "Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos".

El recurso fue admitido a trámite por auto de esta Sala de 1 de julio de 2021, que declaró de interés casacional determinar si el sistema de certificados de garantías de origen regulado en la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, o el sistema de etiquetado de la electricidad establecido en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, eran medios adecuados de acreditación de solvencia técnica a los efectos de los artículos 89.1.a) y f) y 93 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

La entidad recurrente considera que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no es un órgano o servicio encargado del control de calidad y no puede, por tanto, emitir certificados de ese carácter. Sostiene además que el requisito de solvencia de que el 100% de la energía comercializada el año anterior fuese renovable es desproporcionado y no guarda verdadera conexión con el objeto del convenio marco. Considera también infringida la jurisprudencia de las sentencias de esta Sala de 11 de junio de 2013 (RC 299/2011) y de 13 de junio de 2017 (RC1950/2015). Solicita que se anule la sentencia recurrida y se resuelva el pleito de instancia, de conformidad con los términos en quedó trabado el debate.

El Letrado del Ayuntamiento de Madrid solicita la desestimación del recurso al entender que la sentencia mantiene una correcta interpretación jurídica sobre la conformidad a derecho de la exigencia de comercialización de energía 100% renovable en el año anterior y sobre la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para emitir las certificaciones requeridas.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

En su primer fundamento de derecho la mercantil recurrente sostiene, como se ha avanzado, que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no es un órgano que pueda emitir certificados de calidad, por lo que la previsión de que emita los certificados sobre el requisito de calidad consistente en el origen renovable de la energía comercializada el año anterior es contrario a derecho por infracción del artículo 89.1.f de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), en relación con el artículo 4 del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial (RICSI en lo sucesivo). Asimismo, se vulnera, en opinión de la recurrente, el artículo 93 del mismo texto legal, que estipula que la exigencia de determinados certificados de calidad debe hacer referencia a sistemas de aseguramiento de la calidad de ciertas características.

La sentencia recurrida resuelve el tema con los siguientes razonamientos jurídicos:

" **SEGUNDO.-** Pretende la recurrente se anule la resolución recurrida así como los Pliegos del Acuerdo Marco en relación con la condición de solvencia relativa al origen renovable de la energía comercializada (apartado 13 del anexo I del PCAP) y ordene al Ayuntamiento de Madrid que convoque de nuevo la licitación con arreglo a unos pliegos que sean conformes a derecho, alegando, en síntesis, que la resolución impugnada es contraria a los Pliegos de Acuerdo Marco y al principio contractus lex, en la medida que exige una condición de solvencia que no es la reflejada en los Pliegos, asumiendo el TACPCM una interpretación errónea y más limitativa de la concurrencia que la establecida, ya que el apartado 13 del anexo I el PCAP es claro, requiriendo como condición de solvencia que los licitadores aporten la certificación de la CNMC, de acuerdo con la Orden ITC/1522/2007, modificada por la Orden IET/931/2015, relativa al origen de la energía comercializada.

Por todo ello, debemos concluir que la certificación de la CNMC exigida en el apartado 13 del Anexo 1 del PCAP no sirve para certificar ninguna norma de calidad ni especificación técnica europea, sino para certificar una norma (la Orden IET/931/2015) que ni siquiera es la norma que permite comprobar si el 100% de la electricidad



comercializada es renovable, ya que la norma que permite comprobar esta circunstancia es la Circular 1/2008 (que tampoco es una norma de calidad).

En consecuencia, la certificación exigida como medio de acreditación de la solvencia técnica en el apartado 13 del Anexo 1 del PCAP no es una certificación emitida por un organismo o servicio oficial independiente de control de calidad, ni se basa en la acreditación de ninguna norma europea para el control de calidad, por lo que no puede ser válidamente admitida como un medio de acreditación de la solvencia técnica del artículo 77.1.0 de la LCSP.

Al no poder incardinarse la certificación exigida como medio de acreditación de la solvencia técnica en el apartado 13 del Anexo 1 del PCAP en el artículo 77.1.0 de la LCSP, tampoco puede admitirse como un medio de acreditación de la solvencia técnica para un contrato de suministro, dado su carácter de *numerus clausus*, lo que determina la ilegalidad del PCAP al exigir esta certificación.

El efecto directo (y exclusivo) del requisito de solvencia técnica que se impugna es excluir del contrato a las comercializadoras que ostentan una cuota de mercado del 70%, lo cual, es de por sí, anticompetitivo, y solo perjudica al Ayuntamiento, y a los ciudadanos que con sus impuestos mantienen al Ayuntamiento.

Si la intención verdadera del Ayuntamiento hubiera sido la de manifestar un compromiso medioambiental, (i) debería haber exigido un compromiso de aportación de garantías de origen renovables conforme al artículo 64.2 de la LCSP, o un compromiso de aportación de contratos bilaterales con productores renovables por la totalidad de la electricidad a suministrar. Asimismo, debería (ii) haber considerado como incumplimiento muy grave, grave o leve la falta de entrega efectiva de energía eléctrica renovable, (iii) haber calificado expresamente como obligación contractual esencial la falta de entrega de energía verde, o (iv) haber establecido alguna condición - 19 -

de ejecución del contrato que le obligase a acreditar, de la manera que fuera, que la electricidad que ha adquirido para este contrato es de origen verde.

Sin embargo, nada de esto aparece en el PCAP. Parece que el compromiso verde del Ayuntamiento terminaba con la exclusión de la posibilidad de licitar para las grandes comercializadoras de electricidad lo que no parece un objetivo compatible con los principios de no discriminación que deben presidir los procesos licitatorios en el marco de la Unión Europea.

El letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que ostenta, se opone a la pretensión actora por las razones que constan en su escrito de contestación y que, sistemáticamente, además de la remisión al informe del órgano de contratación obrante a los folios 481 a 530 del expediente administrativo desestimando las manifestaciones de la actora y que da por reproducido, afirmando que el artículo 80 del TRLCSP permite a los órganos de contratación el exigir como medio de acreditar la solvencia la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de calidad, y que la cláusula 13 del anexo I del PCAP se ajusta a la legislación contractual para lo cual transcribe el fundamento de derecho séptimo de la resolución administrativa impugnada, añadiendo que los informes técnicos obrantes en el expediente administrativo acreditan, no solo que la recurrente no aporta la certificación solicitada sino que tampoco acredita que el 100% de la energía que comercializa sea renovable. Añade que no existe discriminación, ya que la exigencia de aportar la certificación viene expresamente establecida en los Pliegos y ha sido aportada por determinados licitadores, estando todos ellos en un plano de igualdad, concluyendo que el objeto del Acuerdo Marco no es solo el suministro de energía sino que esta proceda de fuentes 100% renovables.

TERCERO.- Esta misma problemática, coincidente tanto en orden a los actores, como en la resolución impugnada (Gas Natural Comercializadora SA, Iberdrola Clientes SAU y Endesa Energía SAU, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del "Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos") ha sido ya resuelta en la muy reciente sentencia de esta misma Sala y Sección de 26 de junio de 2019, Recurso 383/18, por lo que razones de seguridad jurídica e unidad de doctrina llevan a reiterarnos en los fundamentos empleados para la desestimación del recurso:

"...Conforme al apartado 1 del anexo I del PCAP "constituye el objeto del presente acuerdo marco el suministro de energía eléctrica renovable para edificio municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos", estableciendo el apartado 13 del citado anexo, sobre la acreditación de la solvencia técnica que se aportará la siguiente documentación "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". Por su parte la cláusula 17, sobre la forma y contenido de las proposiciones, en su apartado A) "sobre de documentación administrativa", apartado

5 " solvencia económica, financiera y técnica" dispone que los licitadores deberán acreditar dicha solvencia en los términos y por los medios que se especifica en el anuncio de la licitación y que se relacionan en el apartado 13 del Anexo I al presente Pliego.

En el BOE de 6 de marzo de 2018 se publica la convocatoria para la licitación, en cuyo apartado 7.b) "requisitos específicos del contratista", sobre la solvencia técnica y profesional, dice "De conformidad con el apartado 13 del anexo I del Pliego. Art. 77.1 del TRLCSP "relación de suministros y certificación de que la energía comercializada es de origen 100% renovable".

Por tanto, es evidente que el PCAP exige para acreditar la solvencia técnica una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada por el licitador es de origen 100% renovable. El PCAP se refiere a la "energía comercializada" por los licitadores y no a la energía a suministrar al Ayuntamiento de Madrid, a lo que debe añadirse que es con la documentación administrativa donde deberá acreditarse la solvencia técnica en los términos expuestos.

Por ello, hubo muchas consultas planteadas al respecto por los licitadores sobre dicha cláusula del PCAP y así una empresa comercializadora preguntó lo siguiente "en la página 45 del PCAP, para acreditar la solvencia técnica se solicita "certificación emitida por la CNMC de acuerdo con la orden IET 931/2015, de 20 de mayo, que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es 100% renovable". ¿ Podrían confirmar si la exigencia de aportar la certificación emitida por la CNMC debe ser en la propuesta del licitador o se trata de una errata en los pliegos. Obsérvese que, según la normativa aplicable, la certificación de las garantías de origen de la CNMC se expide al año vencido, es decir, una vez que la energía ha sido comercializada. Se trata de un documento ex post. En vista de la imposibilidad legal de aportar dicho documento en este momento temporal (en la propuesta), sería aceptable por el órgano de contratación que la licitadora aporte como documento sustitutivo una declaración responsable, conforme a la cual se compromete a que, en caso de resultar adjudicatarios, se solicitarán las GdO correspondientes para que la energía adscrita a este contrato sea 100% renovable", se le contestó por el órgano de contratación que la certificación indicada debe aportarse en la propuesta del licitador.

También otra mercantil preguntó que se confirmase "si la energía comercializada 100% renovable" que se exige como solvencia técnica se refiere únicamente a la incluida en este acuerdo marco o a toda la energía comercializada por la empresa ". A dicha pregunta se contestó que se solicita como solvencia técnica certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que recoge el artículo 3 de la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía de origen de la electricidad procedentes de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia".

A la pregunta de ¿Si podrían facilitar el modelo de certificación emitido por la CNMC, conforme a las órdenes IET e ITC indicadas en la página 45 del PCAP?, se les dijo que el Ayuntamiento de Madrid no es el órgano competente para la emisión de dicha certificación, por lo que no es posible facilitarlo.

A otra cuestión formulada, tras reiterar el órgano de contratación que determinados aspectos ya habían sido contestado en consultas anteriores, se añadió que certificación que debe aportarse en la propuesta del licitador será la correspondiente al último año disponible por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en la fecha de presentación de la oferta.

A la pregunta de si ¿los licitadores deben acreditar el suministro de energía 100% renovables al 100% de su cartera de clientes? Se les dijo que si.

A la consulta de si ¿Esta circunstancia debe verificarse al tiempo de presentación de las proposiciones y en la adjudicación o durante toda la ejecución del contrato?, se les contestó que la certificación debe aportarse en la propuesta del licitador y durante la ejecución del contrato se debe acreditar el origen de la energía del mismo modo.

Además la Dirección General de Contratación y Servicios del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, elaboró una nota aclaratoria en relación con el criterio de solvencia técnica exigido en la cláusula XIII del Anexo I del PCAP, en el sentido siguiente: El artículo 80 del TRLCSP prevé que se reconozcan los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también se acepten otras pruebas de medidas equivalentes de garantía. De lo expuesto cabe concluir... Que la acreditación de la solvencia se efectuará mediante certificación emitida por la CNMC, 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. Que los pliegos no limitan la posibilidad de presentar otros certificados equivalentes u otras pruebas de medidas equivalentes de garantía, posibilidad reconocida expresamente por la normativa contractual. En consecuencia, al efecto de garantizar el principio de concurrencia y publicidad, tras la aclaración

general efectuada, se va a proceder a tramitar la ampliación del plazo de presentación de proposiciones en un mes adicional".

De lo expuesto se deduce que lo exigido en el PCAP, tal como se comprueba por las respuestas dadas por el órgano de contratación a las consultas formuladas por los licitadores interpretando dicho documento, es que el licitador que se puede presentar ha de ser una empresa comercializadora en exclusiva de energía renovable, no admitiendo a la licitación a aquellas que comercializan un mix de fuentes de generación de energía y para ello deberían aportar con su propuesta un certificado de la CNMC correspondiente al último año disponible en la fecha de presentación de la oferta, de que la energía suministrada a la totalidad cartera de clientes es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que recoge el artículo 3 de la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo.

Este Tribunal no comparte la alegación actora de que la resolución impugnada hace una interpretación errónea del apartado 13 del anexo I el PCAP que requiere como condición de solvencia que los licitadores aporten la certificación de la CNMC, de acuerdo con la orden ITC/1522/2007, modificada por la Orden IET/931/2015, relativa al origen de la energía comercializada, por cuanto que el PCAP exige para acreditar la solvencia técnica, que con la propuesta se aporte una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada por el licitador es 100% renovable, lo que, como ya hemos visto, no es posible con la garantía de origen por los motivos siguientes: En primer término, porque el requisito de solvencia técnica que se pide no se entiende referido a la energía a suministrar en el Acuerdo Marco sino a la energía comercializada por el licitador. Por otro lado, la CNMC no certifica, de conformidad con la Orden IET 931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, hasta el año siguiente al suministro efectuado y el PCAP exige que la certificación se acompañe a la propuesta. Finalmente porque la garantía de origen no garantiza que la energía comercializada sea 100% renovable, al proceder de fuentes renovables y de cogeneración de alta eficiencia, siendo ésta última causante de emisiones de CO2.

Por tanto hay que entender que el PCAP cuando se refiere la Orden IET 931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, lo hace en el sentido dado por el órgano de contratación a una respuesta de la consulta efectuada por un licitador, de que lo solicitado como solvencia técnica es una certificación emitida por la CNMC de que la energía comercializada es de origen 100% renovable, de acuerdo a la definición de energía renovable que recoge el artículo 3 de la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía de origen de la electricidad procedentes de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, que señala que "a los efectos de esta orden serán de aplicación las siguientes definiciones; a) energía eléctrica procedente de fuentes renovables: la energía eléctrica procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás".

A la vista de lo razonado procede desestimar dicha alegación." (fundamentos de derecho segundo y tercero)

TERCERO.- Sobre la certificación del origen de la energía por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

a. Los preceptos de aplicación o invocados por las partes tienen el siguiente tenor literal:

Texto refundido Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

" **Artículo 77.** Solvencia técnica en los contratos de suministro.

1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder

a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas."

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:

" **Artículo 89.** *Solvencia técnica en los contratos de suministro.*

1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:

a) 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, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, los suministros efectuados se acreditarán 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 un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Para determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.

[...]

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas técnicas."

" **Artículo 93.** *Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad.*

1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios."

b. El punto controvertido del Pliego de cláusulas administrativas establece lo siguiente:

" **13. Solvencia económica, financiera y técnica.**

[...]

Acreditación de la solvencia técnica.

Artículo 77.1 del TRLCSP : Para la acreditación de la solvencia técnica, se aportará la siguiente documentación:

* Una relación, firmada por el representante legal de la empresa, de los principales suministros realizados en el año de mayor ejecución de los cinco últimos, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del acuerdo marco (tomando como criterio de correspondencia entre los suministros realizados por el empresario y los que constituyen el objeto del acuerdo marco la igualdad entre los dos primeros dígitos de los respectivos códigos CPV), que incluya importes, fechas y destinatario público o privado de los mismos, exigiéndose haber realizado estos suministros por un importe mínimo, IVA excluido, de 516.000 euros, para el lote 1, 5.746.000 euros para el lote 2, 3.871.000 euros para el lote 3, y 195.000 euros para el lote 4, en el año de mayor ejecución de los cinco últimos.

Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

En caso de licitar a más de un lote, no procederá la acumulación de las cuantías mínimas anteriormente señaladas para la acreditación de la solvencia de cada lote.

* 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."

*

c. Sobre la certificación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La recurrente impugna la exigencia contenida en el segundo punto del apartado relativo a la solvencia técnica del Pliego de Cláusulas administrativas (incluido en el punto 13) de una certificación de la CNMC acreditativa de la energía comercializada es de origen 100% renovable. En efecto, el pliego se remite a una certificación de la CNMC de acuerdo con la Orden IET/931/2015, que modificó la Orden IET/1522/2007, y la parte arguye que la CNMC no es un "instituto o servicio oficial encargado de la calidad", pues no está comprendido en el artículo 4 del RICSI y que la Orden ITC 1522/2007 o la Circular 1/2008 de la Comisión Nacional de la Energía no son normas europeas en la materia en las que se basen sistemas de aseguramiento de la calidad.

Pues bien, siendo cierto que la CNMC no es un órgano encargado de la verificación de la calidad técnica de productos, no lo es menos que puede calificarse sin duda alguna como un órgano competente adecuado para valorar el requisito estipulado en el pliego consistente en que el 100% de la energía eléctrica comercializada el año anterior sea de fuente renovable. Así pues, la cuestión primordial no es tanto si la CNMC se ajusta al perfil de órgano que se deriva de los precisos términos del artículo 93 de la Ley de Contratos del Sector Público o si está comprendido en el artículo 4 del RICSI, sino si es el idóneo para verificar el cumplimiento del requisito contemplado en el último inciso del punto 13 del Anexo I del "Pliego de cláusulas administrativas particulares".

Como puede comprobarse, el pliego se apoya expresamente en el requisito técnico establecido en el apartado 1.a) del artículo 77 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, todavía en vigor en el momento de aprobación del pliego (hoy recogido en el apartado 1.a) del artículo 89 de la vigente Ley de 2017), precepto relativo a la solvencia técnica en los contratos de suministro. Ello lleva ya a desestimar la supuesta infracción del artículo 89.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público (que lo sería del 77.1.a) del Texto Refundido de 2011) que aduce la actora, apartado que no es el aplicable al caso. El artículo 77 (89 del Texto Refundido) prevé que la solvencia técnica de las empresas contratantes "deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación". Y el órgano contratante, el Ayuntamiento de Madrid, ha optado por una relación de los suministros de los cinco últimos años (apartado 1.a). Y es preciso señalar que dichos suministros han de ser certificados, tal como especifica el texto legal y se recoge en el pliego, "mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente" cuando el destinatario sea una entidad del sector público o por el propio destinatario o el mismo empresario cuando el destinatario sea un comprador privado. Esto es, la acreditación de este requisito de solvencia técnica no se atribuye a la CNMC por el pliego de cláusulas administrativas, lo que deja sin fundamento la queja formulada por la recurrente de que la CNMC no es un órgano de acreditación de calidad o de solvencia técnica a los que se refiere el artículo 93 de la Ley de Contratos del Sector Público invocado por la parte y que se corresponde con el 80 del Texto Refundido.

Lo que sucede es que además de la acreditación de solvencia escogido de entre los previstos por la Ley, el Pliego de cláusulas administrativas añade la exigencia de una certificación emitida por la CNMC de que la energía suministrada es de origen 100% renovable, exigencia que no hay inconveniente en considerar como otro requisito de solvencia técnica que se corresponde con la finalidad del Acuerdo marco. Pues bien, aun no siendo la CNMC un órgano de los comprendidos en el artículo 93 de la Ley de Contratos del Sector Público y en

el RICSÍ, es precisamente el órgano legamente competente para certificar el origen de la electricidad, tanto si se trata de la garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes renovables o de cogeneración de alta eficiencia (según la Orden ITC/1522/2007, modificada por la IET/931/2015, a la que se refiere el Pliego) como si se trata del etiquetado de la electricidad regulado en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de la Energía. Este último medio de acreditación es el procedimiento que tanto el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid como la sentencia de instancia entendieron aplicable al caso por ser el único procedimiento que acredita el origen 100% renovable, pese a que el Pliego se refiera a la citada Orden 1522/2007, la cual comprende también la energía de cogeneración de alta eficiencia. Y lo que es indubitado es que la exigencia de acreditación del origen renovable de la electricidad por parte de la CNMC, legalmente competente para ello, no infringe ninguna de las normas alegadas por la mercantil recurrente en este motivo, aunque la CNMC no se ajuste a la naturaleza de los órganos verificados de calidad contemplados en el artículo 93 de la Ley de Contratos del Sector Público y 4 del RICSÍ.

CUARTO.- Sobre la adecuación y proporcionalidad del requisito de origen 100% renovable de la electricidad suministrada el año anterior.

La compañía Endesa sostiene en este segundo alegato que el requisito de que la energía suministrada en el año anterior sea 100% renovable no tiene relación con el objeto del Acuerdo Marco y que resulta desproporcionado. Comienza la parte justificando la pertinencia de formular esta alegación pese a que el auto de admisión no identifica los preceptos invocados en esta alegación, que sí lo fueron en el escrito de preparación. Es cierto que el auto de admisión identifica como cuestión de interés casacional solamente la alegación examinada en el fundamento anterior, pero no lo es menos que el recurso se dirige contra la supuesta ilegalidad de la exigencia como requisito de solvencia técnica de que la acreditación de que la energía suministrada sea 100% renovable se efectúe mediante una certificación de que toda la energía comercializada por la empresa contratante el año anterior haya sido renovable. Por ello, la empresa actora arguye dos motivos de invalidez contra dicha cláusula, el ya visto -que justificó su admisión a trámite- y el actual el que dicha exigencia está desvinculada del objeto del contrato y constituye una limitación desproporcionada y contraria a la Ley de Unidad de Mercado. Los dos motivos tienen una estrecha conexión al versar ambos sobre si las formas de acreditación del origen de la electricidad (garantía de origen y etiquetado) son medios idóneos de acreditación de la solvencia técnica, aunque en ambos casos el examen del fondo de lo planteado se revela en alguna medida algo alejado de la concreta formulación de la cuestión de interés casacional. Pero, en todo caso, es claro que su estrecha relación hace necesario dar respuesta a ambas alegaciones, aunque planteen la cuestión de la legalidad de la certificación del origen de la electricidad desde perspectivas diversas y no exactamente contempladas en el auto de admisión.

En cuanto a que la exigencia de que la energía comercializada el año anterior no guarda verdadera conexión con el objeto del Acuerdo Marco, no tiene razón la mercantil recurrente. Argumenta Endesa que el que una empresa pueda demostrar que el 100% de la energía comercializada el año anterior es de origen renovable no significa que esté en condiciones de hacer lo propio al año siguiente. Ciertamente eso es literalmente cierto, pero lo mismo se puede predicar de cualquier medio de garantía que se arbitre, puesto que cualquier previsión de futuro está siempre sometida por su propia naturaleza a un margen mayor o menor de incertidumbre. Si el objetivo del Acuerdo Marco es que toda la energía suministrada al Ayuntamiento y entidades dependientes del mismo sea de origen 100% renovables, la acreditación de que una empresa ha comercializado el año pasado toda su energía con ese origen es una medida idónea para asegurar que resulta previsible que tenga la capacidad para que toda la energía que proporcione al Ayuntamiento de Madrid en los dos siguientes años tenga igualmente ese origen. Que pueda haber mecanismos más eficaces, como sostiene la actora, como tener cerrados contratos suficiente de compra de energía de ese carácter es posible, pero tratándose de un hecho futuro siempre podría haber sucesos imprevistos que impidan el cumplimiento de tales contratos. Lo relevante por tanto es, como se ha indicado, que la garantía es coherente y suficiente para entender que una empresa que la cumpla es presumible que, en condiciones normales, pueda proporcionar al Ayuntamiento comprador en el futuro inmediato toda la energía que necesite de fuentes 100% renovables.

Más fundamento tiene la objeción de que la exigencia es desproporcionada y que supone una restricción injustificada a la actividad de comercialización. Tiene razón la actora en que si el objeto del Acuerdo Marco es que la energía suministrada al Ayuntamiento y entidades dependientes sea de origen 100% renovable, dicho objetivo puede perfectamente ser cubierto por empresas que hayan comercializado también energía eléctrica de otro origen. Incluso, puede estar mejor garantizado por una comercializadora con más volumen de negocio, aunque no toda la energía que comercialice sea de origen renovable, que por una comercializadora de menor tamaño que sólo venda energía de fuentes renovables.

Como se acaba de indicar, la exigencia de que una empresa haya comercializado el año anterior toda su energía de origen 100% renovable es adecuada para asegurar que podrá cumplir con las necesidades eléctricas

municipales previstas con ese tipo de energía en los dos años siguientes, pero excluye de forma injustificada y desproporcionada a otras muchas que, teniendo esa capacidad, o incluso superior, hayan comercializado el año anterior también energía de fuentes no renovables. Tampoco podría ampararse, aunque nada se dice en tal sentido por parte del Ayuntamiento, que se pretenda fomentar que las empresas comercialicen sólo electricidad de fuentes renovables, pues ello habría de hacerse para el futuro, esto es, exigiendo que quien optase a los contratos de suministro previstos en el Acuerdo Marco solo comercializasen energía 100% renovable el año siguiente, estableciendo cláusulas de penalización u otros mecanismos para el caso de incumplimiento. Exigirlo retrospectivamente para el año anterior penaliza a empresas con capacidad para cumplir con la exigencia de proporcionar al Ayuntamiento toda la electricidad necesaria de origen 100% renovable en el momento de contratar y no asegura tampoco que las empresas que hayan comercializado el año anterior toda la electricidad de ese origen vayan a hacer lo mismo el año siguiente.

Tiene razón por tanto la empresa recurrente en que dicho requisito es contrario a derecho por infringir el artículo 62.2 del Texto Refundido de 2011 (hoy el 74.2 de la LCSP), que los requisitos de solvencia sean proporcionales al objeto del contrato. Asimismo, una exigencia desproporcionada que supone la exclusión injustificada de una licitación a empresas que están en condiciones técnicas de cumplir con las exigencias de un contrato público ha de reputarse contrario a los artículos 5.2 y 9.1 y 2.c) de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

La estimación de esta alegación hace innecesario ya entrar en la invocación de la jurisprudencia de esta Sala invocada por Endesa sobre que una medida restrictiva sólo puede considerarse adecuada para alcanzar el objeto perseguido si responde verdaderamente a la voluntad de hacerlo de forma coherente y sistemática (SSTS de 11 de junio de 2013 y 13 de junio de 2017 - RRC 299/11 y 1950/15-).

QUINTO.- Sobre la doctrina de interés casacional.

Atendiendo a las circunstancias concretas del caso examinado hemos de responder a la cuestión formulada en el auto de admisión como de interés casacional en el sentido de que tanto los certificados de garantía de origen regulados en la Orden 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, como el sistema de etiquetado de la electricidad contemplado en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente, son medios adecuados para acreditar la solvencia técnica a los efectos del artículo 89.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público con objeto de asegurar el origen de la electricidad contratada.

Otra cosa es, naturalmente, como hemos visto en el presente supuesto, que la exigencia sobre el origen de la electricidad tenga relación con el objeto del contrato, como sucedía en este caso, y sea proporcionada al mismo, lo que hemos apreciado que no concurría.

SEXTO.- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho ha lugar al recurso de casación, por lo que casamos y anulamos la sentencia de 17 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Por las mismas razones, estimamos el recurso contencioso administrativo entablado por la mercantil Endesa Energía, S.A.U. contra el acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de abril de 2018, y anulamos por contrario a derecho el inciso final del apartado 13, epígrafe "Acreditación de la solvencia técnica" del "Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos (4 lotes). Expediente Nº 135/2017/00252" que establece: "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".

En consecuencia, ordenamos que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la aprobación del referido Acuerdo Marco para que se redacte el punto 13 relativo a la solvencia técnica de forma ajustada a derecho, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley de la Jurisdicción, no se imponen costas ni en la casación ni en la instancia, por existir dudas de derecho.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:



1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por Endesa Energía, S.A.U. contra la sentencia de 17 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 540/2018.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Estimar el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Endesa Energía, S.A.U. contra el acuerdo 110/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de abril de 2018 y anular el mismo.
4. Ordenar la retroacción de las actuaciones administrativas correspondientes al proceso del licitación del "Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos (4 lotes)", cuyo apartado 13, epígrafe "Acreditación de la solvencia técnica", inciso final, anulamos, en los términos que se expresan en el fundamento de derecho sexto.
5. No imponer las costas procesales del recurso de casación ni del contencioso-administrativo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.