

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.A.B., en nombre y representación de Gas Natural Comercializadora, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del “Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica y gas natural para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (5 lotes)”, número de expediente: 135/2017/00047, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid convocó procedimiento abierto del Acuerdo marco de suministro mencionado, dividido en cinco lotes (1 a 4 suministros eléctrico, y 5 suministro de gas natural), a adjudicar con pluralidad de criterios: el precio y el etiquetado de la electricidad del licitador durante el año 2016, valorado con 5 puntos. La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE, de fecha 19 de julio de 2017. El valor estimado asciende a 4.120.569,34 euros.

**Segundo.-** El Pliego de Prescripciones Técnicas, en su cláusula 3 regula el origen de la energía eléctrica como “Obligación esencial del contrato”.

*“3. CLAUSULAS AMBIENTALES SOBRE EL ORIGEN DE LA ENERGIA ELECTRICA (lotes 1, 2, 3 y 4).*

*Dados los compromisos del Ayuntamiento de Madrid recogidos en el Plan de calidad del aire y cambio climático de la Ciudad de Madrid y en su objetivo de fomentar el uso de energías renovables y en línea con las propuestas ciudadanas de un Madrid 100% sostenible, en los lotes 1 a 4 del presente acuerdo marco se requerirá que el 100% de la energía eléctrica consumida sea Certificada con Garantía de Origen Renovable.*

*Para el cumplimiento de dicho objetivo se considerará el Sistema de Garantías de Origen de la electricidad emitidos por Entidades Certificadoras establecidas de acuerdo con la Directiva 2009/28/CE, así como con el Sistema de Garantías de Origen establecido en la Orden ITC/1522/2007 de 24 de mayo y en su modificado ITC/2914/2011 de 27 de octubre por la que se establece la regulación de la garantía de origen de electricidad procedente de fuentes de energía renovable y de cogeneración de alta eficiencia.*

*Dicha obligación se considera obligación contractual esencial, por lo que su incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato de conformidad con los art. 221 y 223.f) del TRLCSP.*

*Dicha obligación contractual será comprobada anualmente por el responsable del contrato”.*

El apartado 20 del Anexo I del PCAP establece el etiquetado de la electricidad del licitador durante el año 2016, valorado con hasta 5 puntos, como criterio objetivo de adjudicación.

*“20. Criterios objetivo de adjudicación.*

*[...] 2. Etiquetado de la electricidad del licitador durante el año 2016 ... Hasta 5 puntos.*

*A partir de la información procedente del Sistema de Garantía de Origen y según la normativa establecida, la Comisión Nacional de los Mercados y de la*

*Competencia calcula a fecha de 31 de marzo del año n+1, el mix de procedencia de las energías de las empresas comercializadoras que han participado en el Sistema de Garantías de Origen. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia calcula los correspondientes impactos ambientales en cuanto a emisiones de CO<sub>2</sub> y de residuos radioactivos. Todos los cálculos están referidos al año anterior.*

*Las empresas comercializadoras tiene la obligación de incluir dicha información de las facturas que remiten al consumidor final.*

*Si el etiquetado de la electricidad en cuanto a emisiones de CO<sub>2</sub> del licitador durante el año 2016 es A, se concederán 5 puntos en dicho apartado, si es B, se concederán 2 puntos y si es C, se concederá 1 punto. En el resto de etiquetados se concederán 0 puntos.*

*Dicho etiquetado será comprobado por la Mesa de Contratación en la base a la información publicada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia”.*

**Tercero.-** El 2 de agosto de 2017 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Gas Natural Comercializadora, S.A. en el que solicita que se declare la nulidad del apartado 20 del Anexo I del PCAP por no ser ajustada a Derecho, acordando la anulación del procedimiento de contratación.

El 7 de agosto el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

**Cuarto.-** Con fecha 6 de septiembre de 2017, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación a partir del momento previo a la apertura de ofertas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador que manifiesta su interés en presentar oferta “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP). Al efecto alega que el PCAP establece unos criterios de adjudicación contrarios a Derecho que restringe las posibilidades de concurrir a la licitación en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el 19 de julio de 2017 e interpuesto el recurso, el 2 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**Quinto.-** Se alega en el recurso duplicidad de exigencias técnicas ambientales.

Señala la recurrente que los pliegos contienen dos cláusulas ambientales análogas (la 3 del PPT y el apartado 20 del anexo I del PCAP) vinculadas a las energías renovables, es decir, se cualifica doblemente este aspecto medioambiental del suministro de la energía eléctrica, todo ello, sin justificación alguna en los pliegos por parte del órgano de contratación.

Tal como obliga el apartado 3 del PPT, el 100% de la energía eléctrica que se suministrará al Ayuntamiento, contenida en los lotes 1 a 4 del Acuerdo marco, debe ser renovable y estar certificada mediante garantía de origen renovable. Se configura como elemento esencial de la ejecución del contrato.

El régimen jurídico de la exigencia del PPT no se discute, esta es controvertida y no es objeto de impugnación, habiendo sido aceptada por la recurrente al indicar que *“este requisito nos parece adecuado y acorde tanto con el objeto del contrato, como con los compromisos asumidos por el Ayuntamiento de Madrid. Es una obligación que todas las empresas comercializadoras pueden cumplir y que no supone ninguna discriminación entre los licitadores. No limita la concurrencia y garantiza una igualdad de trato a los licitadores.”*

En relación a la identidad o diferencia entre la prescripción técnica y el criterio de adjudicación debatidos cabe comenzar conociendo cuál es su contenido.

1. La Garantía de Origen (establecida en este procedimiento como obligación esencial de ejecución del contrato) se regula 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. La Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre, modifica la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, incorporando así al derecho español el contenido del artículo 15 de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, en relación con las garantías de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. La nueva orden tienen en cuenta asimismo lo previsto en el artículo 3.9 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas

comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en lo referente a la información a proporcionar al consumidor.

La Circular 6/2012, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Su objeto, declarado en el apartado primero, es establecer las normas de organización y funcionamiento del Sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Así, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como entidad certificadora, certificará oficialmente a año vencido que la energía eléctrica suministrada durante ese año a este contrato en particular, y no a otro, procede de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

Tal como se define en el apartado 3 de esta Circular *“La garantía de origen es una acreditación, en formato electrónico, expedida a solicitud del interesado, que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica producidos en una central, en un periodo temporal determinado, han sido generados a partir de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.”*

Esta exigencia técnica es la manera de garantizar que la energía que se vaya a suministrar al Ayuntamiento, cada uno de los cuatro años de posible duración, es de origen renovable y de cogeneración de alta eficiencia.

Según el apartado segundo de la mencionada Circular 6/2012, se entiende por “energía eléctrica procedente de fuentes renovables”, la procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir la energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica y oceánica, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás. Por cogeneración se entiende la generación simultánea en un proceso de energía térmica, eléctrica y mecánica o térmica y eléctrica. Siendo cogeneración de alta eficiencia la que cumpla los requisitos del anexo III del Decreto

616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración. Las fuentes de producción suelen ser gas natural y fueloil.

El certificado de garantías de origen acredita su obtención a partir de fuentes primarias de energías renovables o que utilicen tecnología de cogeneración de alta eficiencia. La Comisión Nacional de Energía expedirá la certificación de garantía de origen de que un determinado porcentaje de suministro (en este caso el 100%) procede de fuentes de energía renovable y de cogeneración de alta eficiencia.

2. El etiquetado de la electricidad (fijado como criterio objetivo de adjudicación) se regula en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de la Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto en el medio ambiente.

Tal como se define en el apartado 2 de dicha Circular *“El etiquetado de la electricidad es un mecanismo diseñado con el fin de suministrar información fidedigna y homogénea a los clientes finales acerca de la electricidad que consumen, proporcionándole un formato uniforme, con independencia del comercializador o distribuidor que le ha vendido la energía, con información precisa sobre:*

*El desglose de las fuentes de energía que se han utilizado para generar la electricidad que han consumido.*

*El impacto ambiental que dicha producción ha originado.”*

Con este mecanismo el cliente final obtendrá de su comercializadora o distribuidora, según corresponda, información adicional respecto a la mezcla de fuentes de energía utilizada e impacto ambiental que originó la electricidad comercializada el año anterior en emisiones de COP2 y residuos radiactivos.

La etiqueta de la electricidad informa sobre la mezcla de energías correspondiente a la energía eléctrica vendida por cada empresa comercializadora

(renovables, cogeneración del alta eficiencia, cogeneración, gas natural, carbón, fuel/gas, nuclear y otras), sus emisiones de CO<sub>2</sub> y residuos nucleares de alta actividad. Según la mezcla de energías de la empresa comercializadora a la que se aplican determinados factores de impacto ambiental regulados en el anexo VI de la Circular 1/2008, cada empresa recibirá una clasificación graduada en una escala entre la A y la G, siendo la categoría D la que corresponde a la media nacional.

A efectos de obtener el impacto medioambiental, según el punto VI del anexo I de la mencionada Circular 1/2008, la CNE aplicará factores proporcionados por el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, el Consejo Superior de Seguridad Nuclear, la Agencia Internacional de la Energía y otras fuentes oficiales a la mezcla de producción nacional de acuerdo a las emisiones de CO<sub>2</sub> y residuos nucleares de alta actividad, los datos medios de impacto ambiental, medidos en gramos/Kwh. Así a las renovables puras + híbridas se les asigna un impacto ambiental de CO<sub>2</sub> de 0 y a las de cogeneración de alta eficiencia  $E_{AE} \cdot CO_2^{CO}$ .

La etiqueta no garantiza ni informa sobre la energía suministrada a un cliente final concreto, eso lo hace la Garantía de Origen, si bien en los consumidores finales dado que la energía que llega es indistinguible de la de otros consumidores conectados al mismo sistema eléctrico, puede entenderse que el desglose de mezclas genérico de la comercializadora es el mismo del que participa su suministro. Cada año la CNMC emite un informe y lo publica y en él se indican las etiquetas que corresponden a cada empresa comercializadora a año vencido. Ahora mismo, para saber las etiquetas que tiene cada empresa hay que acudir a su último informe del año 2016, por eso, el PCAP menciona literalmente que valorará según el etiquetado del año 2016.

Por tanto esta etiqueta añade el valor correspondiente al impacto de la energía suministrada en emisiones de CO<sub>2</sub> y residuos radiactivos de alta actividad.

Siendo que el certificado de origen acredita indistinta o conjuntamente la procedencia de fuentes renovables y de cogeneración de alta eficiencia, es posible que la generación de este tipo de energía con certificado de origen también tenga un impacto en emisiones de CO<sub>2</sub>.

En conclusión, se trata de dos criterios de contenido medioambiental con contenido diferenciado lo que, en principio, no duplica las exigencias medioambientales. El informe del Ayuntamiento explica que se pretende conseguir con ellas objetivos estratégicos diferentes, de un lado el fomento de la energía renovable y de otro la lucha contra el cambio climático mediante la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub>.

La duplicidad alegada se daría si lo que se pretende con la exigencia de la etiqueta de electricidad es valorar el impacto ambiental en emisiones de CO<sub>2</sub> de la energía contratada, puesto que si es exigible como condición de ejecución que el 100% de la energía suministrada proceda de fuentes renovables nada añade que el suministrador sea comercializador o distribuidor preferentemente de este tipo de energía que no emite CO<sub>2</sub>. Si como hemos visto es una prescripción técnica obligatoria garantizar el suministro de energía renovable, esta no produce CO<sub>2</sub> y el criterio de valoración sería inoperante. No obstante, cabe recordar que el certificado de origen incluye tanto energía procedente de fuentes renovables puras como la cogeneración de alta eficiencia y estas formas de producción sí pueden generar emisiones de CO<sub>2</sub>, pues así lo reconoce el apartado VI de la Circular 1/2008, en cuanto le atribuye un factor de impacto ambiental en emisión de este tipo de gas.

Por tanto, al no valorarse los mismos conceptos, con carácter genérico, no existe la duplicidad invocada por la recurrente aunque la admisión de lo alegado al caso concreto que estamos analizando se verá en los fundamentos siguientes.

**Sexto.-** Se considera por la recurrente que se están vulnerando los principios de la contratación pública. Expone la recurrente que a raíz de la Circular 1/2008, que crea

la etiqueta, existen dos tipos de empresas comercializadoras en España, las empresas comercializadoras pequeñas (de más reciente creación) y el resto de las empresas comercializadoras. La diferencia está en su mix de energía o mezcla de energía que luego venden. Las pequeñas se nutren de energías 100% renovables (es decir, compran poca energía pero siempre renovable) y por eso tiene la calificación A y, así, según van adquiriendo la energía de otras fuentes diferentes, su porcentaje de emisión de CO<sub>2</sub> va aumentando y van bajando las diferentes categorías hasta llegar a la G (la que más emisión de CO<sub>2</sub> tiene). Cuantos más clientes tenga la empresa comercializadora, su mix de energía es más variado lógicamente (no es suficiente sólo con las renovables) y eso hace que ninguna de las grandes empresas comercializadoras tenga etiqueta A. Un ejemplo muy claro es Iberdrola Clientes, S.A.U., esta empresa comercializadora tiene la calificación de etiqueta B pese a su elevado porcentaje de energía renovable en su mix de energía porque tiene muchos clientes y necesita proveerse de otras fuentes de energía adicionales a las renovables.

Según el informe del Ayuntamiento de Madrid el etiquetado de la electricidad es un criterio de valoración y por tanto no obligatorio para acudir a la licitación si bien un elevado porcentaje de las empresas comercializadoras podrían llegar a obtener la máxima o alguna puntuación en dicho criterio, por lo que dicha ponderación no provoca ningún impedimento para el acceso a la presente licitación. A mayor abundamiento aduce que existen antecedentes de contratos con idéntico objeto contractual de otras administraciones públicas que han utilizado el etiquetado de la electricidad como criterio de valoración, citando un acuerdo marco adjudicado por la Junta de Castilla y León en 2013, en la que se pondera el etiquetado de electricidad con 10 puntos sobre 100 y el origen renovable de la energía con hasta 25 y otra contratación del suministro de energía eléctrica para los edificios del Defensor del Pueblo donde recoge el etiquetado de electricidad como criterio de adjudicación con un máximo de 12 puntos.

Alega el Ayuntamiento de Madrid que el sistema de etiquetado que se valora, se establece a partir de un análisis elaborado anualmente por la CNMC. Es evidente que todas las comercializadoras tienen obligación de utilizar este sistema de calificación, ya que se trata de un sistema de carácter público, transparente, en el que la decisión corresponde a un organismo público, lo que excluye, por definición, cualquier pretendida discriminación. El simple hecho de que determinadas comercializadoras obtengan peor o mejor etiquetado, no implica discriminación alguna, sino aplicación de las normas que rigen el sistema de etiquetado que tiene en cuenta únicamente el mix de procedencia de la energía que cada una de ellas suministra.

Las características propias de cada comercializadora (que sea pequeña o mediana y, por ello, sus necesidades de compra para atender a sus clientes) y el hecho de que éstas características puedan perjudicarle, en mera hipótesis, en el resultado del sistema de etiquetado, al tratarse de aspectos subjetivos de organización y de negocio empresarial, no son cuestiones que en sí mismas impliquen discriminación alguna, pues el sistema de etiquetado no es discriminatorio.

El análisis del carácter discriminatorio para algunas empresas queda vinculado al análisis en el siguiente fundamento de derecho de la adecuación a derecho de la etiqueta de procedencia de la electricidad de la distribuidora.

**Séptimo.-** Se cuestiona la adecuación a derecho del criterio de adjudicación relativo a la etiqueta de la electricidad del licitador durante 2016. Reprocha la recurrente que lo que cuenta y puntúa son las etiquetas de las empresas comercializadoras que los licitadores tenían en el 2016, es decir, *ex ante* del concurso y de la ejecución del objeto, y lo establece como criterio técnico de adjudicación cuando no hay ninguna vinculación con la prestación y sí con las características de la empresa.

Considera el Ayuntamiento que de ningún modo puede aceptarse la alegación relativa a que el criterio de valoración excluye a determinadas comercializadoras,

dado que, por definición los criterios de valoración no implican exclusión en ningún caso ya que el licitador puede o no ofertarlos, sin que se impongan con carácter obligatorio por parte del órgano de contratación. De manera que ninguna comercializadora, con independencia del tipo de etiqueta (A, B, C, D, E, F o G) otorgada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, quedará excluida en aplicación de este criterio que, por otra parte, puntúa únicamente hasta 5 puntos sobre 100, por lo que el carácter determinante de la oferta estará en el precio.

Señala el informe del órgano de contratación que el origen de la energía eléctrica y su mix de composición forman parte de la sustancia material de la misma, justificándose así su inclusión como criterio de valoración, ya que las características a que se refiere la etiqueta y que la misma acredita, en definitiva, son precisamente la descripción de una de las características esenciales de la energía suministrada, con lo que no puede negarse la relación con el objeto del contrato. Cuando el criterio medioambiental se concrete en la realización de la prestación misma -como ocurre en el caso que nos ocupa, al tratarse de un suministro y de una característica específica del bien suministrado- será procedente, como señala el propio Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE, la inclusión de consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación, que es precisamente lo que hace el PCAP objeto de recurso, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Tanto la Directiva 2014/24/UE, como el TRLCSP habilitan la posibilidad de incluir consideraciones medioambientales incluso aunque se refieran a procesos que tienen lugar durante todo el ciclo de vida de la prestación. Se pueden incluir tanto en la definición de las prescripciones técnicas como en fase de adjudicación o en fase de ejecución. El artículo 150 del TRLCSP, relativo a los criterios de valoración de las ofertas establece: *“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente*

*vinculados al objeto del contrato, tales como (...) las características medioambientales”.*

Debemos partir del reconocimiento legal de la posibilidad de introducir criterios medioambientales para la selección de la oferta más ventajosa de manera que además del precio el requisito medioambiental determine que el suministro ofertado sea más adecuado para la ejecución del contrato.

El requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia.

Mientras los criterios de selección sirven para definir los proveedores capaces de realizar una oferta, los criterios de adjudicación sirven para comparar ofertas y determinar cuál es la más ventajosa. De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta, y una vez que se entiende cumplido el requisito de solvencia, se reconocen como válidas las ofertas y se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento, siendo el trámite siguiente el análisis de los criterios de adjudicación.

La etiqueta de la electricidad del licitador se refiere a aspectos objetivos de la composición de las fuentes de producción de la electricidad distribuida o comercializada. Como hemos afirmado más arriba, al ser indistinguible la fuente de la energía recibida de la de otros clientes conectados al mismo sistema eléctrico el porcentaje de dichas fuentes se incorpora a la naturaleza de la energía objeto de suministro y sería susceptible de incluirse como criterio de adjudicación cuando

admitiendo cualquier origen de producción de la energía se valore la mejor oferta en función del impacto en emisiones de CO<sub>2</sub>. Procede en este supuesto aceptar lo alegado por el Ayuntamiento relativo a que forme parte de la sustancia material de la prestación que no es otra que el suministro de la energía cuyo mix de composición se puntúa.

Pero en el caso del pliego que nos ocupa se puntúa la distribución mayoritaria de energías renovables como característica subjetiva de la comercializadora con independencia de la energía que es objeto del contrato. Podría admitirse la naturaleza objetiva del criterio, en este momento y en este caso si se está valorando no el origen de la energía contratada en el año n-1 por la comercializadora sino el impacto en emisiones de CO<sub>2</sub> de la energía que concretamente se oferte al Ayuntamiento, pues a pesar de su certificado de origen renovable o de cogeneración de alta eficiencia puede suponer emisiones de CO<sub>2</sub>, siendo el objetivo de la valoración el mínimo impacto de emisiones de CO<sub>2</sub>.

Ocurre, sin embargo que la etiqueta se expide a la comercializadora no por el suministro concreto que hará al Ayuntamiento (energía de procedencia de fuentes renovables o cogeneración de alta eficiencia), lo que permitiría comparar la menor emisión de CO<sub>2</sub> de la energía que se compra, sino por un etiquetado para su cuya obtención se han tenido en cuenta todas las fuentes de obtención de la energía distribuida por la comercializadora entre las que puede figurar carbón, fuel, gas u otras más contaminantes que la que es objeto de compra en el contrato. Es decir se ha obtenido una etiqueta en la clasificación por emisiones de CO<sub>2</sub> consecuencia de la distribución o comercialización de electricidad de origen no renovable que nada tiene que ver con el objeto del contrato.

Por tanto, no puede admitirse el criterio de adjudicación referido a la etiqueta de la electricidad comercializada o distribuida el año anterior en cuanto no discrimina las emisiones de CO<sub>2</sub> de la energía contratada respecto del total de las emisiones del mix comercializado por la distribuidora. Ello no empece para que si el órgano de

contratación lo considera, establezca en el pliego algún sistema que, con base en la etiqueta, permita valorar exclusivamente los niveles de emisión de CO<sub>2</sub> de la energía procedente de fuentes de cogeneración de alta eficiencia.

En consecuencia, debe declararse la nulidad del criterio de adjudicación referido a la etiqueta de la electricidad comercializada o distribuida el año anterior. La anulación del criterio de adjudicación supone la eliminación del PCAP de un elemento esencial, alterando el valor relativo de la ponderación otorgada a los restantes, en este caso el precio, lo que impide la conservación de los actos que no se vieran afectados, como mantener el resto de criterios, el resto del clausulado y el procedimiento de contratación con la supresión únicamente de dicho criterio. La presencia de pluralidad de criterios, significa que cada uno de ellos influye en la cuantificación de la oferta económica.

El Acuerdo marco está dividido en 5 lotes, siendo objeto de impugnación un criterio de adjudicación incluido para los lotes 1 a 4. Por tanto, el lote 5 no se ve afectado por esta Resolución.

**Octavo.-** Finalmente plantea la recurrente que el criterio de etiquetado incumple la normativa comunitaria y la norma nacional reguladora de las prescripciones técnicas. Señala que se trata de una prescripción técnica “diabólica” que no debe de admitirse porque ya existe otro requisito medioambiental similar, esto es, las Garantías de Origen, que como prescripción técnica es mejor ya que está directamente vinculada con el objeto del contrato y no incumple la normativa precisamente porque incentiva la concurrencia y no es discriminatorio. Subsidiariamente, estaríamos ante una prescripción técnica que infringe la normativa porque no permite al licitador presentar soluciones técnicas alternativas o equivalentes. Entiende que aunque se publicase por el Ayuntamiento de Madrid un nuevo pliego donde se considerase que el etiquetado podría ser una prescripción técnica admisible (cosa que niega), entonces, subsidiariamente, dicha prescripción técnica debe de incluir obligatoriamente la

posibilidad de los licitadores de acreditar dicha capacidad técnica mediante “soluciones alternativas o equivalentes”.

Teniendo en cuenta que el criterio controvertido no se ha recogido en el pliego del acuerdo marco como prescripción técnica, sino como criterio de valoración, esta última alegación relativa a la hipotética inclusión en los pliegos de una futura licitación no procede ser analizada.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.A.B., en nombre y representación de Gas Natural Comercializadora, S.A., contra el Pliego de Cláusulas administrativas Particulares del “Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica y gas natural para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (5 lotes)”, número de expediente: 135/2017/00047, anulando el apartado 20 del anexo I del PCAP y, en consecuencia de la licitación de los lotes 1 a 4 del acuerdo marco.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 6 de septiembre respecto del lote 5.

**Cuarto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.