

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

En Madrid, a 30 de diciembre de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.C.C., en nombre y representación de Nexus Energía, S.A., contra el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de Consejeros de Mercamadrid, S.A. de fecha 28 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el contrato “Suministro de energía eléctrica en las instalaciones de la unidad alimentaria Mercamadrid y la ampliación Mercamadrid”, número de expediente: PC-MER/2016/00022-ORD, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 30 de septiembre de 2016, se publicó en la Plataforma de contratación del Estado el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado 788.616,32 euros, IVA excluido. El anuncio de licitación se publicó asimismo en el DOUE de 5 de octubre de 2016.

Interesa destacar a efecto de la resolución del recurso que de acuerdo con lo establecido en el punto III.O) del anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares, (PCAP), que además del criterio de adjudicación consistente en el precio de la energía al que se asignan 95 puntos, se establece como otro criterio objetivo el del origen de la energía al que se asignan 5 puntos, descrito de la siguiente forma: *“el oferente indicará el origen de la energía y los porcentajes de energía renovable y/o de cogeneración de alta eficiencia que comercializa. Esta energía debe ser justificada según la regulación que se establece en la Orden ITC /1552/2007 con los últimos certificados de garantía de origen de la electricidad emitidos por la autoridad competente.*

*La oferta que contemple que la licitadora comercializa un mayor porcentaje de energía renovable o de cogeneración tendrá la puntuación máxima 5 puntos y la puntuación del resto de ofertas se hará de forma proporcional a la oferta con mayor porcentaje (...)*”, según la fórmula que recoge.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron ocho licitadoras, entre ellas la recurrente.

Una vez abiertos los sobres conteniendo las ofertas económicas, consta en el Acta de la sesión de la Mesa del día 16 de noviembre de 2016: *“en cuanto a Nexus Energía S.A. (en adelante Nexus) que indica en su oferta que su porcentaje de energía renovable y/o de cogeneración de alta eficiencia que comercializa asciende al 100% cuando según la documentación justificativa que acompaña a su oferta asciende a 74,9%, dato coincidente con el último informe publicado por la CNMC, se considera igualmente necesario por la Mesa solicitar aclaración al respecto, para que en su caso y si dispone de documentos justificativos al respecto, pueda acreditar que efectivamente su porcentaje de energía renovable asciende al 100% como indica en su oferta (...)*”. Por lo que ese mismo día se efectúa el requerimiento que fue contestado por Nexus el día 17 indicando que: *“Si el criterio que considera Mercamadrid para evaluar el porcentaje de energía renovable que puede ofrecer cada comercializadora en base al porcentaje suministrado al global de clientes, efectivamente Nexus Energía en 2015 tuvo un volumen del 74,9%.*

*No obstante en nuestra oferta se quiso aclarar que Nexus Energía dispone de volumen más que suficiente para poder proporcionar energía 100% renovable a Mercamadrid, concretamente 1.453 GWh (pág. 7 según memoria de 2015 de CNMC) A modo informativo existen dos modalidades de suministrar energía 100% renovable; teniendo un porcentaje global de energía renovable del 100% o rendimiento de energía renovable para el 100% del suministro en cuestión. A este efecto se puede comprobar que en 2015 Nexus redimió 389 GWh de energía renovable a clientes como podría hacer con Mercamadrid. Estas redenciones se hacen suministro a suministro y en sobre C se entregaron varios ejemplos de redención realizados en 2015 por parte de Nexus energía.*

*Con todo entendemos que es más que justificable que Nexus Energía dispone de volumen necesario de energía eléctrica obtenida mediante fuentes de energías renovables con garantía de origen (1.453 GWh) para poder suministrar energía 100% renovable a Mercamadrid (que consume aproximadamente 5 GWh) por lo que se podría considerar 100%. No obstante si el licitador considera el valor criterio comentado, deberían tomar como porcentaje de energía renovable el 74,9 %”.*

Tras los trámites oportunos, la comisión ejecutiva de Consejeros de la entidad, en su reunión de 28 de noviembre de 2016, acordó adjudicar el contrato a la empresa Watium, S.L., por un importe de 338.077 euros y un porcentaje de energía renovable del 100%, lo que se notificó a las recurrentes el 30 de noviembre.

A la notificación de la adjudicación se anexa el cuadro de valoración global del contrato en el que consta que la oferta de la adjudicataria Watium obtuvo 98,89 puntos, y la de la recurrente 90,96.

Con fecha 19 de diciembre la representación de Nexus, presentó escrito de recurso de especial en materia de contratación, ante este Tribunal, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del TRLCSP, al órgano de contratación, el día 13 de diciembre, requiriéndose por este Tribunal el mismo día 19 de diciembre al órgano de contratación para que de conformidad con lo establecido

en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera el expediente y el informe preceptivo lo que realizó el 21 de diciembre de 2016.

La recurrente solicita que se anule la puntuación otorgada y se modifique la puntuación que ha sido reflejada en la adjudicación presente por la de 5 puntos, en tanto que Nexus Energía, S.A. ha acreditado documentalmente, en concordancia con los pliegos de la presente licitación, que tiene la capacidad técnica para ofertar el 100% de la energía eléctrica demandada garantía de origen de haberse obtenido mediante fuentes de energía renovable.

Por su parte Mercamadrid en su informe preceptivo solicita la inadmisión del recurso por falta de congruencia entre los motivos de impugnación y sus pretensiones (falta de claridad de lo solicitado), y por ser extemporáneo la impugnación del criterio de adjudicación respecto al *“origen de la energía”* al no haberse recurrido los pliegos en tiempo y forma y subsidiariamente su desestimación y la imposición de multa estimada por la cantidad de 5.000 euros conforme al artículo 47.5 del TRLCSP por mala fe y temeridad en la formulación del presente recurso.

**Tercero.-** Por la Secretaría del Tribunal, se dio trámite de alegaciones al resto de interesados en el procedimiento, el día 21 de diciembre sin que se haya presentado escrito alguno de alegaciones.

## **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, al tener Mercamadrid la condición de poder adjudicador, cuestión que no se discute y que fue resuelta por este Tribunal en la Resolución 125/2016, de 30 de junio.

**Segundo.-** Especial examen merece el de la legitimación de la recurrente, a la luz del artículo 42 del LTRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Si bien como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo y el recurrente ha participado en el procedimiento en examen, conviene estudiar si en el presente caso ostenta plena legitimación para la impugnación de la adjudicación, máxime si se tiene en cuenta que, de prosperar la pretensión ejercitada por el mismo, solicita se dicte resolución de adjudicación del contrato a su favor, lo que producirá un beneficio cierto a su favor.

Como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, (Resolución 43/2012 de 12 de abril, 64/2015, de 29 de abril o 20/2016 de 12 de febrero) la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza la confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende*

*articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).”*

Así, se concluye la falta de legitimación activa, en base a la no concurrencia en el recurrente de interés legitimador para la impugnación de la resolución de adjudicación, entendiendo tal interés como aquél que, de prosperar el recurso, produciría beneficio de algún tipo a favor del accionante, puesto que en el supuesto de que por este Tribunal se estimara el recurso por entender que no correspondía a la actual adjudicataria la adjudicación del contrato, en ningún caso podría adjudicarse al recurrente, ya que otra empresa ha obtenido mayor puntuación que éste último y la misma no es objeto del recurso. No se está legitimado cuando, habiendo varios licitadores admitidos a la licitación se pretende la exclusión del propuesto como adjudicatario, sin que de estimarse la pretensión pueda el recurrente alcanzar la adjudicación, pues el beneficiado sería el licitador segundo mejor clasificado y no el recurrente, por lo que no cumple el requisito establecido en el citado artículo 42 del TRLCSP de que pueda verse afectado por la decisión objeto del recurso. Por tanto, cabe entender que, en los términos en que se propone el

recurso, no está legitimado.

En este caso, como se ha recogido en los antecedentes de hecho, la recurrente solicita únicamente que se anule la adjudicación de contrato con el objeto de modificar su puntuación, en concreto otorgándole los puntos que como máximo obtendría de aceptarse su interpretación de la oferta del origen renovable de la energía a suministrar (solicita 5 punto y ha obtenido 3,52). Ello implicaría que de obtener un pronunciamiento estimatorio de este Tribunal, habrían de asignársele 1,48 puntos más, que unidos a los 90,96 que obtuvo la recurrente, suponen 92,44 puntos, que no le sirven para superar los 98,89 puntos asignados a la adjudicataria, por lo que ningún beneficio podría obtener de la estimación del recurso, que debe por tanto inadmitirse por este motivo.

**En su virtud** al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, previa deliberación, por unanimidad, y, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Inadmitir, el recurso interpuesto por don J.C.C., en nombre y representación de Nexus Energía, S.A., contra el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de Consejeros de Mercamadrid, S.A. de fecha 28 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el contrato “Suministro de energía eléctrica en las instalaciones de la unidad alimentaria Mercamadrid y la ampliación Mercamadrid”, número de expediente: PC-MER/2016/00022-ORD.

**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.-** Levantar la suspensión mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 28 de diciembre de 2016.

**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.