



**Recurso nº 1068/2014 C.A Extremadura 40/2014**

**Resolución nº 73/2015**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de enero de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.H.T., en representación de CONSENUR, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato de “Servicio de gestión externa de residuos sanitarios y biocontaminados generados en los centros sanitarios dependientes del Servicio Extremeño de Salud”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Servicio Extremeño de Salud (órgano de contratación en adelante) convocó, mediante anuncio publicado en el BOE (el 9 de diciembre de 2014), en el DOUE (el 22 de noviembre de 2014) y en el perfil del órgano de contratación (el 26 de noviembre de 2014), licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de “Servicio de gestión externa de residuos sanitarios y biocontaminados generados en los centros sanitarios dependientes del Servicio Extremeño de Salud”.

El valor estimado del contrato se cifra en 6.596.802,90 euros.

**Segundo.** El procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios descrito en el apartado anterior se sujetaba, conforme a la cláusula 2 de los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

**Tercero.** El cuadro resumen de las características del contrato (anexo 1 del PCAP) indicaba en la cláusula C.1.3 relativa a la “Distancia de la planta. Hasta 20 puntos” lo siguiente:

*“Los licitadores presentarán la ubicación exacta de la planta de tratamiento para el Código LER 180103. Tomándose la localidad más cercana a la planta de tratamiento.*

*Para ello los licitadores aportarán la ubicación de la planta que procesará los residuos del Código Ler 180103.*

*Una vez se tenga este dato se procederá de la siguiente forma.*

*·Se tomará la distancia que existe desde la localidad más cercana a la planta de procesado del código LER 1808103 y ciudad de referencia, según el <http://www.ideex.es/Geoportal/>, optimizando el camino, calculado entre municipios y con la distancia más corta. Obteniéndose la distancia del licitador (DL), para cada ciudad de referencia los kilómetros y con dos decimales redondeados.*

*·Siendo el factor de kilos ponderados (FKP) la corrección producida por la ponderación del número de kilos asociados a la localidad, según tabla:*

| <b>Ciudad de referencia</b> | <b>FKP (%)</b> |
|-----------------------------|----------------|
| BADAJOS                     | 39,41%         |
| CACERES                     | 18,52%         |
| MERIDA                      | 14,56%         |
| PLASENCIA                   | 8,93%          |
| DON BENITO                  | 7,48%          |
| NAVALMORAL                  | 4,57%          |
| TRUJILLO                    | 2,27%          |
| CORIA                       | 2,06%          |
| ALMENDRALEJO                | 1,48%          |
| TALARRUBIAS                 | 0,72%          |

·Se multiplicará las distancias obtenidas DL (km) por el FKP en valor absoluto, para cada ciudad de referencia. Calculado con dos decimales redondeados.

·Se sumarán todas las distancias ponderadas, obteniéndose la distancia ponderada del licitador (DPL), con dos decimales redondeados.

·Una vez se tengas todas se aplicará la siguiente fórmula:

$$DPL=EDL*FKL$$

· Una vez obtenida la DPL para cada licitante, se aplicará lo siguiente:

| DPL                                    | Puntos |
|--|--------|
| DPLmenor                               | 9      |
| DPLmenor < DPL ≤ DPLmenor+50km         | 5      |
| DPLmenor +50km < DPL ≤ DPLmenor+100km  | 4      |
| DPLmenor +100km < DPL ≤ DPLmenor+150km | 3      |
| DPLmenor +150km < DPL ≤ DPLmenor+200km | 2      |
| DPLmenor +250km < DPL ≤ DPLmenor+300km | 1      |
| DPLmenor > DPLmenor+300km              | 0      |

En caso de existir más de una planta de tratamiento de este tipo de residuos, se calculará una DPL por cada planta, tomándose la DPL mayor”

El criterio C.1.4 relativo a la valorización de los residuos indicaba bajo la rúbrica de “Valorización de los residuos (VR) (hasta 10 puntos)” que (el subrayado es nuestro): “se indicará por parte del licitador el listado de las plantas de tratamiento final en las cuales los procesos de tratamiento de los residuos incluye alguna de las operaciones de valorización de las indicadas en el anexo II de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Así mismo se aportará declaración responsable del cumplimiento de la autorización ambiental integrada (o equivalente) de cada una de las plantas que realizará dichas operaciones de tratamiento.

El licitador completará la tabla que se adjunta:

| <b>LER</b> | <b>TOTAL kg</b> | <b>Porcentaje</b> | <b>Código R</b> | <b>Kilos LER que se valorizan</b> |
|------------|-----------------|-------------------|-----------------|-----------------------------------|
| 180103     | 796.624,62      | 78,94%            |                 |                                   |
| 180108     | 92.549,19       | 9,17%             |                 |                                   |
| 180106     | 87.637,88       | 8,68%             |                 |                                   |
| 70104      | 11.812,20       | 1,17%             |                 |                                   |
| 90101      | 9.130,80        | 0,90%             |                 |                                   |
| 70513      | 3938,12         | 0,39%             |                 |                                   |
| 200133     | 1.772,23        | 0,18%             |                 |                                   |
| 60106      | 1.557,00        | 0,15%             |                 |                                   |
| 200121     | 1.155,40        | 0,11%             |                 |                                   |
| 150110     | 931,5           | 0,09%             |                 |                                   |
| 80317      | 866,68          | 0,09%             |                 |                                   |
| 200135     | 432             | 0,04%             |                 |                                   |
| 130205     | 203,5           | 0,02%             |                 |                                   |
| 160506     | 156,65          | 0,02%             |                 |                                   |
| 140602     | 150,75          | 0,01%             |                 |                                   |
| 160601     | 141,75          | 0,01%             |                 |                                   |
| 60205      | 69,15           | 0,01%             |                 |                                   |
| 161001     | 32              | 0,00%             |                 |                                   |

Se indicará en la columna del código R (operación de valorización) de las operaciones indicadas en el citado anexo II, un 1 (en caso de realizarse valorización) o un 0 (en caso de no realizarse valorización), que dará como resultado el total de kilogramos ponderados tratados.

Se obtendrá el número total de kilos tratados, en porcentaje, redondeado y sin decimales que se puntuará de acuerdo con la siguiente tabla:

| <b>VR</b>  | <b>PUNTUACIÓN</b> |
|------------|-------------------|
| VR>95%     | 10                |
| 95%≥VR≥85% | 6                 |
| 85%≥VR≥50% | 4                 |
| 50%>VR≥25% | 2                 |
| VR<25%     | 0                 |

**Cuarto.** El 15 de diciembre de 2014, CONSENUR, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación administrativa ante este Tribunal.

**Quinto.** El 18 de diciembre de 2014 el Órgano de contratación acordó la subsanación del cuadro resumen del PCAP y del PPT por considerar que el PCAP contenía varios errores en relación al apartado C.1.3, y que faltaban varios centros en el anexo I del PPT. Dichas modificaciones se anunciaron en el Diario Oficial de Extremadura el 18 de diciembre de 2014, en el BOE el 24 de diciembre de 2014 y en el DOUE.

Según el informe remitido las modificaciones afectan al apartado C.1.3 de forma que la cláusula transcrita en el apartado 3 contendría el siguiente tenor:

*“Los licitadores presentarán la ubicación exacta de la planta de tratamiento para el Código LER 180103. Tomándose la localidad más cercana a la planta de tratamiento.*

*Para ello los licitadores aportarán la ubicación de la planta que procesará los residuos del Código Ler 180103.*

*Una vez se tenga este dato se procederá de la siguiente forma.*

*·Se tomará la distancia que existe desde la localidad más cercana a la planta de procesado del código LER 1808103 y ciudad de referencia, según el <http://www.ideex.es/Geoportal/>, optimizando el camino, calculado entre municipios y con la distancia más corta. Obteniéndose la distancia del licitador (DL), para cada ciudad de referencia los kilómetros y con dos decimales redondeados. En caso de que este portal no se pueda utilizar se optará por otro equivalente, en todo caso será el mismo para todos los licitantes.*

*·Siendo el factor de kilos ponderados (FKP) la corrección producida por la ponderación del número de kilos asociados a la localidad, según tabla:*

| <b>Ciudad de referencia</b> | <b>FKP (%)</b> |
|-----------------------------|----------------|
| BADAJOS                     | 39,41%         |
| CACERES                     | 18,52%         |
| MERIDA                      | 14,56%         |
| PLASENCIA                   | 8,93%          |
| DON BENITO                  | 7,48%          |
| NAVALMORAL                  | 4,57%          |
| TRUJILLO                    | 2,27%          |
| CORIA                       | 2,06%          |
| ALMENDRALEJO                | 1,48%          |
| TALARRUBIAS                 | 0,72%          |

·Se multiplicará las distancias obtenidas DL (km) por el FKP en valor absoluto, para cada ciudad de referencia. Calculado con dos decimales redondeados.

·Se sumarán todas las distancias ponderadas, obteniéndose la distancia ponderada del licitador (DPL), con dos decimales redondeados.

Una vez se tengas todas se aplicará la siguiente fórmula:

$$DPL=EDL *FKL$$

·Una vez obtenida la DPL para cada licitante, se aplicará lo siguiente:

| <i>DPL</i>                                   | <i>Puntos</i> |
|--|---------------|
| <i>DPLmenor</i>                              | 20            |
| <i>DPLmenor &lt;DPL≤DPLmenor+150km</i>       | 18            |
| <i>DPLmenor +150km&lt;DPL≤DPLmenor+200km</i> | 16            |
| <i>DPLmenor +200km&lt;DPL≤DPLmenor+250km</i> | 14            |
| <i>DPLmenor +250km&lt;DPL≤DPLmenor+300km</i> | 12            |
| <i>DPLmenor +300km&lt;DPL≤DPLmenor+350km</i> | 9             |
| <i>DPLmenor +350km&lt;DPL≤DPLmenor+400km</i> | 6             |
| <i>DPLmenor +400km&lt;DPL≤DPLmenor+500km</i> | 3             |

*DPLmenor>DPLmenor+500km*

0

*En caso de existir más de una planta de tratamiento de este tipo de residuos, se calculará una DPL por cada planta, tomándose la DPL mayor”.*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El presente recurso se ha calificado por la recurrente como especial en materia de contratación, habiendo sido presentado ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

**Segundo.** El acto recurrido son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación de un contrato de servicios con CPV 90520000 y por importe de 6.596.802,90 euros, es decir, un contrato sujeto a regulación armonizada con arreglo al artículo 16 del TRLCSP.

Por lo tanto, el acto es susceptible de impugnación con arreglo a las letra a) del apartado 1, y a) del apartado 2, ambos del artículo 40 del TRLCSP.

**Tercero.** La recurrente goza de legitimación en la medida en que está capacitada para presentarse a la licitación que nos ocupa.

**Cuarto.** El recurrente ha interpuesto el recurso dentro del plazo de los 15 días hábiles que recoge el art. 44 TRLCSP, mediante escrito presentado en el registro de este Tribunal. Aunque no haya anunciado previamente el mismo conforme al art.44.1, es criterio reiterado por parte de este Tribunal que dicha ausencia no puede considerarse como un vicio que impida la válida continuación del procedimiento.

**Quinto.** CONSENUR, S.L. impugna el PCAP sobre la base de dos siguientes motivos de impugnación.

1.- Infracción de los artículos 1, 150.1 y 151 del TRLCSP al valorar la exigencia de cercanía de la planta. Ello, por una parte, porque no tiene relación con el objeto del

contrato (clasificación, envasado, retirada, transporte externo, eliminación) al que considera que no afecta una determinada distancia.

Y, por otra parte, porque considera que se infringen los principios de igualdad y de no discriminación dado que se sabe de antemano qué plantas existen y quien es titular de las mismas, por lo que se sabe quién va a ser el adjudicatario de los puntos correspondientes. Considera que ello vulnera el artículo 139 del TRLCSP y cita la sentencia del TJUE Succi di Fruta así como diversas resoluciones de este Tribunal (recursos 155/11 y 44/11) y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía.

2.- Infracción de los artículos 1, 150.1 y 151 del TRLCSP y 117 y 279 y siguientes del TRLCSP en lo que se refiere al criterio “valorización de los residuos”. Así, considera que es irrelevante que se valore el número de kilos a valorizar porque la valorización no se puede hacer al 100% por lo que ninguna empresa obtendría puntuación alguna en este criterio.

**Sexto.** El órgano de contratación, en el informe remitido explica que:

1.- En relación al criterio de “distancia a la planta”.

El órgano de contratación, en el informe remitido explica que el criterio de “distancia a la planta es un criterio que está íntimamente ligado al objeto del contrato y que aporta valor al expediente en la medida en que el transporte es un paso intermedio e indispensable para realizar la función de tratamiento de la mercancía.

Añade que así se desprende del informe justificativo que obra al expediente sobre la imposibilidad de aplicar al expediente los criterios de adjudicación del catálogo informado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos y de la IGAE en el que se refleja la finalidad de minimizar el riesgo. Indica que sería una mejora incuestionable en cuanto a las medidas de reducción del riesgo ecológico y a esta finalidad también respondería el criterio C.1.2 (relativo a la reducción de la facturación en escenarios de reducción de kilos).



Además, explica que se han corregido los pliegos porque las horquillas eran incongruentes y aporta una simulación propia de las puntuaciones que obtendrían las potenciales empresas licitadoras tras dicha corrección. En la simulación se atribuye la mayor puntuación a una potencial licitadora con planta en Cáceres, que obtendría los 20 puntos, y que luego habría diferencias de 4 puntos entre las restantes potenciales licitadoras.

2.- En relación al criterio relativo a la “valorización de los residuos” explica que el proceso de gestión medioambiental no es directamente el objeto del contrato pero sí es una condición que circunscribe el proceso de gestión del residuo.

Pasamos a analizar estos motivos.

**Séptimo.** El primer criterio de impugnación se refiere al supuesto carácter discriminatorio de uno de los criterios de adjudicación (la cercanía de la planta) por lo que debemos comenzar recordando que los criterios de adjudicación no deben ser discriminatorios, como se desprende del artículo 139 del TRLCSP que indica que (el subrayado es nuestro) *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

Como vemos, este artículo se refiere tanto a los licitadores como a los potenciales candidatos, en la medida en que el principio de igualdad de trato también implica que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus ofertas.

Como ya explicamos en nuestra resolución nº 147/2011 de 25 de mayo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica y también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, C-87/94) y que tiene por finalidad *“favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de*

*adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia”* (Sentencia del Tribunal de Justicia 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita).

**Octavo.** Pues bien, el criterio controvertido consiste en otorgar hasta 20 puntos a la cercanía de la planta de tratamiento con los distintos centros donde se van a recoger los residuos, valorándose positivamente a las empresas que tengan una planta más cercana a estos. La recurrente considera que es un criterio discriminatorio y que atenta a la libre concurrencia porque beneficia a la empresa más próxima, a la única empresa con planta de tratamiento en Extremadura, condicionando así la licitación. Además, el órgano de contratación ya sabe qué puntuación se va a recibir de antemano.

El órgano de contratación ha aportado al efecto una simulación en relación a 7 localidades (Sevilla, Valdemoro, Cáceres, San Sebastián de los Reyes, Atarfe, Arganda, Beja), teniendo en cuenta las *“posibles licitadoras en el mercado analizado dentro de las tareas preparatorias del expediente”*. Con dicha simulación se comprueba que la empresa que tenga la planta de tratamiento en Cáceres obtendría la mayor puntuación y la que la tenga en Atarfe obtendría la menor puntuación. Los puntos se otorgarían a razón de 20, 16, 14, 12 y 9 puntos.

De esta simulación se confirma que sólo las empresas con planta de tratamiento en Extremadura, y parece que sólo una de ellas, podrían obtener los 20 puntos que, como máximo, se atribuyen a este criterio. Con la modificación que se hace de los pliegos con posterioridad sólo se reducen las diferencias entre las puntuaciones, pero no se elimina el criterio de dar mayor puntuación a la planta de tratamiento más cercana.

Por lo tanto, resulta acertada la afirmación de la recurrente de que el criterio que recogen los Pliegos es discriminatorio. Así, aunque este criterio se aplique por igual a todos los potenciales licitadores, lo cierto es que no todos ellos disponen de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas. Así, sólo a las empresas más próximas se beneficiarían más puntuación en la licitación, y de hecho condiciona el resultado de la licitación dado que hay empresas, como las que tengan su instalación en Atarfe, que no obtendrían más de 9 puntos. De hecho, resulta llamativo que el órgano de contratación sólo haya considerado empresas “españolas” como potenciales licitadoras, y

si hubiera empresas de otro Estado miembro de la Unión Europea, pensemos por proximidad territorial en alguna empresa portuguesa, dicha diferencia en la puntuación podría ser aún mayor.

Es más, estamos ante un criterio que indirectamente beneficia a las empresas con implantación territorial, por lo que debemos recordar la Jurisprudencia del TJUE relativa a la inadecuación de incluir en los pliegos criterios de solvencia o de adjudicación que hagan referencia al arraigo local o vecindad en el momento de presentar la oferta.

Así, resulta muy ilustrativa la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 dictada en el asunto Contse Asunto y otros, C-234/03 en la que se dispone lo siguiente (el subrayado es nuestro): *“El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”*

Pues bien, la argumentación del órgano de contratación de que el criterio en cuestión tiene por finalidad minimizar el riesgo medioambiental y sanitario no justifica una restricción al principio de igualdad y tratamiento no discriminatorio. Ello es así porque los criterios de valoración, de acuerdo con el art. 150 del TRLCSP, deberán atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato. Ahora bien, la proximidad o no de la planta de tratamiento no afecta a la forma en la que se va a prestar el servicio.

Esto es así porque es una cuestión que dependerá de las condiciones del transporte y no de una distancia específica. Así, el transporte tendrá que adecuarse a las exigencias de la cláusula 6.3 del PPT que exige que el licitador indique de forma individualizada su cualificación, formación específica, y autorización expedida por autoridad competente de tal forma que quede suficientemente acreditado el cumplimiento estricto de la normativa vigente en materia de transporte de residuos y mercancías peligrosas y además presentará una descripción de los procedimientos seguidos para realizar el transporte de residuos hasta las plantas de tratamiento.

Por lo tanto, la “distancia del transporte” es indiferente para el órgano de contratación, sin perjuicio de que para la empresa pueda suponer un mayor o menor coste. Esta falta de relación es evidente desde el momento en que el criterio C.3 toma en cuenta la distancia entre municipios en “abstracto”, y no exige que las empresas aporten una relación del itinerario concreto que van a realizar, ni lo tiene en cuenta.

Por lo tanto, la distancia entre los centros y la planta de tratamiento es una cuestión puramente accidental, lo que impide considerarla como directamente vinculada al objeto del contrato. Lo que resulta aún más evidente desde el momento en que el órgano de contratación ha sido capaz de simular las puntuaciones que tendrían las potenciales licitadoras sin que ni siquiera las mismas hayan presentado aún ofertas.

Por todo lo expuesto debe concluirse que el criterio relativo a la distancia de la planta de tratamiento para los residuos infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación, principios recogidos en el artículo 139 del TRLCSP, atendiendo también contra la libre competencia.

**Noveno.** En relación al segundo motivo de impugnación, el recurrente alega que tener como criterio de valoración “*la valorización de los residuos*” infringe los artículos 1, 150.1, 151, 117 y 279 y siguientes del TRLCSP. En la medida en que no vemos relación de los artículos 279 y siguientes y del 117 del TRLCSP con el desarrollo que se hace de este motivo de impugnación, vamos a centrar la cuestión en examinar si se infringen o no los artículos 1, 150.1 y 151 del TRLCSP referidos a los principios de no discriminación e igualdad de trato y a los criterios de valoración que pueden incluirse en los Pliegos.

Según el recurrente es incongruente exigir que los licitadores indiquen los Kilos de LER que se valorizan (en lo que sería la última columna de la tabla) porque lo que se tiene en cuenta es si se valoriza o no la totalidad, así si se valoriza la totalidad de los kg la casilla del código R sería 1 y si no sería 0. Así, considera que nunca se obtendría puntuación alguna por los licitadores en este apartado en la medida en que la valorización de los residuos no se puede hacer al 100% y el resultado sería siempre 0.

El órgano de contratación no se manifiesta sobre la tabla ni sobre la fórmula y se limita a justificar haber incluido un criterio de valoración que atiende a la valorización de los residuos. Así, indica que el criterio que se pretende recurrir *“permite comprobar el avance la tecnología en este campo y sus posibilidades”* y *“justifica la viabilidad económica del contrato vía ingresos al adjudicatario y una “mejora de las condiciones medioambientales en la ejecución del contrato, todo ello en aras del interés público...y, como colofón al proceso de gestión medioambiental del proceso”*.

Pues bien, lo que queda claro al examinar el criterio, y la fórmula y tabla que incorpora, es que lo que está valorando es la “valorización” de los residuos. La “valorización” en sí no es directamente el objeto del contrato, dado que lo que se licita es *“la clasificación, envasado, retirada, transporte externo, tratamiento y eliminación”*. Es decir, como indica el PPT en el apartado 1 *“el tratamiento específico y eliminación”* y lo reitera en el apartado 6.4 al referirse al *“tratamiento y eliminación de residuos”* indicando que *“el adjudicatario deberá describir, antes de la puesta en marcha del servicio, la metodología y tecnología propuesta para la prestación del servicio de tratamiento de residuos objeto del contrato”*

Dado que el PPT no se refiere a la valorización de los residuos debemos recordar que la “valorización” debe distinguirse conceptualmente del tratamiento y de la eliminación de residuos. Si atendemos a la definición dada por la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, podemos comprobar que el tratamiento se define en el artículo 3 letras 14 como *“las operaciones la valorización o eliminación, incluida la preparación anterior a la valorización o eliminación”*. Y la “valorización” se define en la letra 5 del mismo artículo 3 como *“cualquier operación cuyo resultado principal sea que el*

*residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales que de otro modo se habrían utilizado para cumplir esta función, en la instalación o en la economía en general.”*

El PCAP y el PPT, por lo tanto, se refieren al tratamiento y a la eliminación de residuos, pero no exigen expresamente que los residuos que se recojan como consecuencia de la ejecución del contrato sean valorizados en un porcentaje específico. Ahora bien, sí valora a las empresas en relación a su responsabilidad medioambiental, es decir, en relación a la valorización de los residuos que sus plantas de tratamiento realizan. Por ello, la cláusula C.1.4 controvertida exige indicar, en primer lugar, las plantas de tratamiento final en las cuales los procesos de tratamiento de los residuos incluye alguna de las operaciones de valorización de las indicadas en el anexo II de la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Y, a continuación, establece una tabla para incluir unos datos y una fórmula para valorar el criterio.

Expuesta así la cuestión, el órgano de contratación está teniendo en cuenta criterios “ecológicos” o “medioambientales” como criterios de valoración, por lo que para analizar si es o no correcta la ponderación, es decir, la fórmula y la tabla, debemos acudir a lo indicado por el TJ en la sentencia 4 de diciembre de 2003, dictada en el asunto Wienstrom GmbH (C-448/01) con arreglo al cual la entidad adjudicadora “puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.”

El criterio que nos ocupa (la valorización) aunque no sea el objeto del contrato, si está relacionado con el mismo en la medida en que un residuo podría ser valorizado en las plantas de tratamiento de la empresa que finalmente resulte adjudicataria. El problema se limita, por lo tanto, a la tabla y a la fórmula que se introduce para ponderar el criterio.

El recurrente considera que se limita el acceso en igualdad de condiciones a los licitadores porque existe una incongruencia dado que la tabla exige incluir los kilos de

LER que se valorizan por cada residuo, pero luego sólo se puntúa con 0 o 1 la valorización de cada residuo en función de si se valoriza o no la totalidad de kg LER. En consecuencia señala que la puntuación sería siempre 0 porque es imposible una valorización total.

Pues bien, examinada la tabla y la fórmula debe señalarse que no se infiere, como indica el recurrente, que los licitadores tengan que indicar en la columna *“kilos del LER que se valorizan”* los kilos de LER que pretenden efectivamente valorizar. Al efecto, el Pliego al referirse a esta columna parece que se refiere al resultado de una operación al indicar que *“....que dará como resultado el total de Kilogramos ponderados tratados”*.

Así, lo que se exige es que el licitador indique en la columna del “código R” si se valoriza o no se valoriza en la planta o plantas de tratamiento del licitador el residuo que corresponda por cada fila [*“se indicará en la columna del código R (operación de valorización) de las operaciones indicadas en el citado anexo II un 1 (en caso de realizarse valoración) o un 0 (en caso de no realizarse valoración)”*]. Y esa información *“dará como resultado el total de Kilogramos ponderados tratados”*.

De esta forma, por ejemplo, si se valoriza el código LER 1800103, el código R sería 1, y los Kilos que se valorizan serían 796.642,62 ( $796.642,62 \% \times 1$ ) y el porcentaje de kilos del LER que se valorizan sería 78,94%. Así se haría con cada fila y finalmente se sumaría la columna *“Kilos de LER que se valorizan”* para puntuarse el resultado a continuación con la tabla VR que distingue en función del porcentaje de kilos tratados una puntuación entre 0 y 10 puntos.

Por lo tanto, en el apartado *“Kilos de Ler que se valorizan”* no tiene que indicar el licitador los kilos de LER que va a valorizar, sino que ese apartado es la consecuencia de multiplicar la casilla “total kilos” por la casilla “código R”.

El problema de la tabla y de la fórmula es que presuponen que si la planta valoriza un residuo concreto (por ejemplo el residuo LER 180103) en la ejecución del contrato la planta valorizará la totalidad de los kilos de ese residuo (en el ejemplo indicado

796.624,62 kilos), y, por lo tanto, el porcentaje de valorización (en el ejemplo indicado 78,94%) es objeto de puntuación.

Consideramos que esta fórmula no cumple las exigencias de la sentencia del TJUE antes mencionada porque no sirve a identificar la oferta más ventajosa, es decir, la oferta que más valoriza los residuos en su caso. Así, si se quiere puntuar la valorización de los residuos, será necesario tener en cuenta los kilos de LER que efectivamente se van a valorizar por la empresa de acuerdo con su oferta. No se puede presuponer que por valorizar una planta un residuo determinado se van a valorizar todos los kilos de LER de ese residuo. Lo cual además parece que efectivamente sería incongruente si no fuera posible una valorización total de los residuos.

Además, al no atender a las ofertas efectivamente presentadas por los licitadores, la fórmula es discriminatoria porque se valora de igual forma a la empresa que valore un mayor porcentaje que a la empresa que valore un menor porcentaje en la práctica. Así, si dos empresas indican en el código R que sus plantas de tratamiento valorizan “en general” determinados residuos (por ejemplo los residuos 180103 y 180108) ambas recibirán la misma puntuación (6 puntos dado que el total de kilos valorizados sería de 88.11 %). No obstante, al no tener en cuenta la valorización ofertada, es decir, los kilos efectivamente valorizados de esos residuos, se habrá discriminado a la empresa que valore más kilos en su oferta al darle la misma puntuación que la empresa que valore menos kilos en su oferta.

De esta forma, aunque el criterio de valoración (la valorización) en sí pudiera estar justificado dado que “*es importante favorecer la valorización de los residuos y la utilización de materiales valorizados a fin de preservar los recursos naturales*” (considerando 8 de la Directiva 2008/95/CE) lo cierto es que la ponderación o la fórmula que recogen los Pliegos no permiten identificar a la oferta que favorezca más en la práctica esta valorización. Por lo tanto, la fórmula resulta discriminatoria y debe anularse.

A mayor abundamiento y con el fin de evitar ulteriores recursos debemos recordar que cómo ha indicado el TJ en la sentencia antes citada que “*el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se verifique su respeto,*



*obligación que consiste sobre todo en garantizar el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación” y la “valoración de las distintas ofertas con objetividad y transparencia presupone que la entidad adjudicadora, basándose en informaciones y documentos acreditativos facilitados por los participantes en la licitación, esté en condiciones de verificar si las ofertas de éstos satisfacen efectivamente los criterios de adjudicación”. Por lo tanto, si la entidad adjudicadora introduce como criterio de adjudicación los kilos de residuos a valorizar, este criterio deberá ir acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores.*

Por lo tanto, por todo lo expuesto, debe estimarse el segundo motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. J.H.T., en representación de CONSENUR, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato de “Servicio de gestión externa de residuos sanitarios y biocontaminados generados en los centros sanitarios dependientes del Servicio Extremeño de Salud”

**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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.