



Recurso nº 1059/2014 C.A. Extremadura 039/2014

Resolución nº 69/2015

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

En Madrid, a 23 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.A.M., en representación de CESPA RESIDUOS S.A. (CESPA en adelante), 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 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:

Ciudad de referencia	FKP (%)
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>	9
<i>DPLmenor <DPL≤DPLmenor+50km</i>	5
<i>DPLmenor +50km<DPL≤DPLmenor+100km</i>	4
<i>DPLmenor +100km<DPL≤DPLmenor+150km</i>	3
<i>DPLmenor +150km<DPL≤DPLmenor+200km</i>	2
<i>DPLmenor +250km<DPL≤DPLmenor+300km</i>	1
<i>DPLmenor>DPLmenor+300km</i>	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”

Cuarto. El 12 de diciembre de 2014 CESPAA anunció la interposición de recurso especial en materia de contratación administrativa ante el órgano de contratación, interponiendo dicho recurso el mismo día ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. El 18 de diciembre de 2014 el órgano de contratación acordó la subsanación del cuadro resumen del PCAP por considerar que contenía varios errores en relación al apartado C.1.3. 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:

Ciudad de referencia	FKP (%)
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	20
$DPLmenor < DPL \leq DPLmenor + 150km$	18
$DPLmenor + 150km < DPL \leq DPLmenor + 200km$	16
$DPLmenor + 200km < DPL \leq DPLmenor + 250km$	14
$DPLmenor + 250km < DPL \leq DPLmenor + 300km$	12
$DPLmenor + 300km < DPL \leq DPLmenor + 350km$	9
$DPLmenor + 350km < DPL \leq DPLmenor + 400km$	6
$DPLmenor + 400km < DPL \leq DPLmenor + 500km$	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”

Sexto. Por resolución de 22 de diciembre de 2014 la Secretaria del Tribunal, por delegación del Tribunal, acordó la concesión de la medida provisional solicitada por CESPAs consistente en la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 42 y 46 del TRLCSP, dado que los perjuicios que podían derivarse para el recurrente en caso de continuarse el procedimiento eran de difícil o imposible reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se ha calificado por el 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 recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles que fija el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. CESPAS impugna el PCAP sobre la base de un único motivo consistente en la nulidad de pleno derecho del PCAP porque a su juicio, el criterio de adjudicación contenido en la cláusula C.3 es totalmente discriminatorio al establecer como criterio de adjudicación la proximidad de la planta de tratamiento, y al dar el valor máximo de 20 puntos a la más cercana condiciona en su totalidad y de entrada la adjudicación del contrato en favor de una determinada empresa.

Con el fin de demostrar el carácter discriminatorio de este criterio hace un simulacro de la puntuación de la oferta que presentaría INTERLUN (la única situada en la Comunidad Autónoma de Extremadura) y CESPAS así como de la oferta que presentaría CONSENSUR SL (situada en Arganda del Rey pero sería la más próxima a Extremadura) llegando a la conclusión de que INTERLUN tendría la máxima puntuación de 20 puntos y las otras dos empresas únicamente tendrían una puntuación de 0,44 puntos. Adicionalmente indica que la fórmula es en extremo compleja.

Considera que este criterio vulnera así los principios esenciales de la contratación administrativa, y, en particular el principio de igualdad de trato y de no discriminación recogido en el artículo 139 del TRLCSP (con cita de la Resolución 848/2014 de este Tribunal) y de la libre competencia, dado que considera que la única finalidad de dicho criterio es adjudicar el contrato a una única empresa que tiene la planta en Extremadura (INTERLUN).

Sexto. 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 en el 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.

Séptimo. En la medida en que la alegación del recurrente se basa en el carácter discriminatorio de uno de los criterios de adjudicación (la valoración de la cercanía de la planta) 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 las empresas más próximas se beneficiarían con 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 artículo 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, atentando también contra la libre competencia.

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.A.A.M., en representación de CESPAS RESIDUOS S.A., 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. Levantar la suspensión del procedimiento acordada conforme a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 la Comunidad Autónoma 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.