

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

En Madrid, a 30 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje (en adelante, FER), contra el anuncio de licitación, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares (PPT y PCAP) que rigen la licitación del contrato de *“concesión del servicio público de contenerización, recogida y transporte de residuos en la Ciudad de Madrid (4 lotes)”*, del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 131/2021/06296, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados los días 22 y 23 de mayo de 2022 en el Perfil del Contratante del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación de referencia y se publicaron los pliegos que regirán el contrato, a adjudicar mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 4 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.628.083.584,06 euros y su plazo de duración será de 6 años.

Segundo.- El 10 de junio de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FER en el que solicita la anulación del anuncio y de los pliegos de la licitación de referencia, así como la adopción de medida provisional de suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

El 17 de junio de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

En aplicación del artículo 51.2 de la LCSP se dio plazo de subsanación al recurrente, que cumplimentó, en tiempo y forma.

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 22 de junio de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a la consideración de este Tribunal de la conveniencia de decidir sobre el fondo del asunto con anterioridad a la apertura de sobres que contienen las ofertas técnicas, en aras a salvaguardar el secreto de las proposiciones.

Cuarto.- No se ha dado traslado de los recursos a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una entidad que representa los intereses de las empresas y entidades dedicadas a la recuperación y reciclaje de residuos y, por tanto, relacionados con el objeto del contrato, teniendo los motivos de impugnación que se analizarán más adelante una relación directa con la defensa de tales intereses.

Se acredita asimismo la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los actos impugnados fueron publicados en la Plataforma los días 22 y 23 de mayo de 2022, e interpuesto el recurso el 10 de junio de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, en el marco de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, este se fundamenta en los siguientes motivos de impugnación:

1.- Vulneración del artículo 99.3 de la LCSP, así como de los principios de igualdad y libre concurrencia en la división de lotes efectuada por el órgano de contratación.

2.- Vulneración de la obligación del municipio de Madrid de prestar el servicio mínimo obligatorio de recogida y tratamiento de residuos y transferencia al concesionario de facultades que suponen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

3.- Incumplimiento de lo establecido en el artículo 65.2 LCSP en relación a la capacidad para contratar.

4.- Disconformidad a Derecho de los requisitos de solvencia técnica.

5.- Vulneración del principio de proporcionalidad en la reserva final de residuo textil en favor de empresas de inserción o centros especiales de empleo.

1.- A efectos de comprensión del primer motivo de impugnación, procede señalar que el objeto del contrato en lid es la concesión de servicios de contenerización, recogida y transporte selectivo de residuos en la ciudad de Madrid.

El PCAP en el apartado 1 del Anexo I, divide el objeto del contrato en los siguientes 4 lotes, atendiendo al principio general de división en lotes, así como al hecho de que cada uno de ellos es susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituye una unidad funcional:

- Lote 1 Recogida y transporte de residuos.-Oeste
- Lote 2 Recogida y transporte de residuos.- Este
- Lote 3 Recogida y transporte de residuos.- Sur.
- Lote 4 Contenerización.

De modo que el pliego ha dividido el contrato en 3 lotes correspondientes al servicio de recogida y transporte de residuos y 1 correspondiente al servicio de contenerización, cada uno de ellos con el ámbito de servicios y geográfico establecido en el artículo 4 del PPT.

La cuestión objeto de controversia se centra en dilucidar si la división en lotes efectuada por el órgano de contratación, que no ha previsto un lote específico para la recogida y transporte del residuo textil, como alega el recurrente para entender vulnerado el artículo 99.3 de la LCSP, cumple con lo estipulado en el referido precepto, que recoge lo siguiente:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*
- b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una*

pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

Alega la FER que el objeto del contrato comprende la recogida y transporte del residuo textil, que siempre se había contratado en un lote separado y que viene siendo la práctica habitual en las grandes ciudades, al ser una prestación perfectamente separable y divisible.

Considera que en el contrato licitado, la recogida, transporte y tratamiento de los residuos textiles se diluye dentro del conjunto de residuos que serán objeto del contrato, cuando esta prestación debería ser objeto de un lote o lotes independientes, prueba de ello es que con anterioridad a este contrato la gestión de los residuos textiles constituía un contrato separado, lo cual supone una ruptura del *statu quo* sin la debida motivación ni justificación y aduce que no concurre ninguna de las causas identificadas en el artículo 99.3 de la LCSP que permitirían justificar la no división en lotes.

Entiende asimismo que se limita la competencia al licitarse contratos con objetos más grandes, de mayor cuantía, y que incluyen prestaciones más diversas (en concreto, la gestión del residuo textil), pues si esta prestación constituyese un lote independiente, las entidades representadas por la FER podrían presentarse como licitadoras para ese lote.

Y tampoco considera que exista una ventaja técnica en la gestión por un mismo operador de todas las fracciones de residuos, ni una desventaja en su gestión separada, pues el pliego, admitiendo que el tratamiento del residuo textil requiere de instalaciones y experiencia diferentes, permite al concesionario contratar la gestión de ese residuo con otros operadores.

Para apoyar sus argumentos se citan varias sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia Autonómicos y del Tribunal Constitucional, referidas todas ellas

a supuestos de no división del contrato en lotes en los que el órgano de contratación no justificó debidamente su elección en el expediente.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en su informe que el Ayuntamiento de Madrid ha tenido una larga experiencia en la gestión de la ropa usada mediante contratos de concesión de servicios, pues desde que se comenzó a implantar la recogida selectiva de residuos textiles, planteó contratos específicos para esta fracción de residuos, ya que en el momento de su planificación no existía otra posibilidad al estar los contratos de recogida y transporte de los residuos de competencia municipal en fase de ejecución. Y valora su experiencia con las entidades gestoras de ropa usada como muy negativa, por lo que ha optado ante la finalización del contrato convocado en 2017, por integrar esta prestación en el contrato que saca ahora a licitación junto al resto de fracciones de residuos de competencia municipal. Continúa argumentando que haber sacado un contrato anterior para la gestión de residuos textiles separado del resto de fracciones de residuos de competencia municipal con graves problemas en algunos de los procesos de gestión del residuo, aboca a los mismos a una incorrecta ejecución; y que el hecho de que así se haga actualmente en otros municipios, no obliga ni impone ese modelo de contratación, teniendo los servicios técnicos capacidad para definir la configuración del contrato que consideran más idónea para un servicio de calidad, puesto que los problemas, circunstancias y características de Madrid no son los mismos que los de otras ciudades, y a la inversa.

Entiende por otro lado el órgano de contratación que la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, incluye los residuos textiles como una fracción más dentro de los residuos domésticos, en la misma línea en que lo hace la Guía para la elaboración de pliegos de cláusulas administrativas particulares y de pliegos de prescripciones técnicas particulares para la contratación de servicios de recogida de residuos municipales y de limpieza viaria, elaborada por el Grupo Técnico de Residuos de la Comisión de Medio Ambiente de la FEMP en 2019. Y que si se estableciera un lote independiente por cada tipo de

residuo, “*nos encontraríamos en el absurdo de separar más de 12 fracciones o, en el caso de tantos lotes como posibilidades de gestión separada de los residuos pudieran existir, como pretende la FERR en el ámbito del residuo textil, nos llevaría a diseñar un contrato con los cuatro lotes existentes, y al menos otros cuatro lotes de residuos de tratamiento específico (textil, papel-cartón, RCDs, y pilas y baterías)*”; una estructura, a su juicio, claramente inoperante y llena de duplicidades en costes de estructura, de maquinaria y de personal, que la harían enormemente gravosa para el ciudadano.

Añade que para facilitar la concurrencia, el contrato se divide en cuatro lotes, habiéndose incrementado en un lote más el mismo respecto al contrato que se presta en la actualidad, por lo que se eleva la posibilidad de participación de entidades privadas.

Defiende que el contrato que se recurre se ha configurado en cuatro lotes, tres territoriales y uno de servicio, atendiendo a lo establecido tanto en el artículo 99 LCSP como en la mencionada Guía elaborada por la FEMP, que ofrece cuatro alternativas de división en lotes: dos por zonas territoriales, integrando limpieza y recogida o separando las mismas, una por servicios separando recogida de residuos, gestión de puntos limpios y limpieza viaria, sin diferenciar en el lote de recogida por las distintas fracciones; y una última por servicios y fracciones, separando en este caso la recogida de fracción resto (mayoritaria) de las recogidas de las fracciones selectivas (todas ellas agrupadas), la gestión de puntos limpios y la limpieza viaria en distintas zonas. Pero no diferenciándose en ningún caso, las fracciones selectivas en lotes diferentes, ya que supondría una desagregación en partes tan numerosas y minoritarias que haría inviable el contrato.

Por tanto, a su juicio, se cumple con lo establecido y recomendable desde un punto de vista práctico, teniendo en cuenta la contratación separada del residuo textil; técnico porque se siguen las recomendaciones de los expertos en la materia; y normativo porque se ha dividido el servicio en los suficientes lotes como para permitir

una adecuada concurrencia a la vez que se permite la correcta ejecución del mismo, ejecución que se vería imposibilitada (como así ha ocurrido de hecho y se ha puesto de manifiesto) por la separación de un lote independiente para la ropa usada, residuo que la normativa vigente integra en el resto de los domésticos y comerciales.

Considera igualmente justificado en la memoria de idoneidad que los pliegos de condiciones se han redactado para facilitar la máxima concurrencia de ofertas, evitando, en todo momento particularizar aspectos técnicos, salvo los estrictamente necesarios, que impidan o limiten la concurrencia de participantes en el procedimiento abierto.

En contra del argumento esgrimido por la FER de dejar fuera de la licitación a entidades representadas por la misma, entiende que cualquier entidad puede optar al contrato, si no de forma individual, a través de uniones temporales de empresas, o de la subcontratación. Por otro lado, el artículo 5.3 del PPTP señala expresamente que los concesionarios no tienen la exclusividad del servicio objeto de contrato, ya que los residuos procedentes de ámbitos que no sean domésticos pueden ser gestionados por entidades autorizadas para ello, como de hecho ocurre en múltiples ocasiones y, concretamente en el sector de la ropa usada, por lo que las entidades a las que representa la FER en su recurso ya vienen prestando estos servicios en muchas ciudades, también en Madrid.

En definitiva, para el órgano de contratación no se justifica la separación en un lote de la gestión del residuo textil, por no tener especiales características que pudieran precisar de operaciones de alta especialización, y por representar cuantitativamente menos de un 1% del conjunto de los residuos objeto de contrato.

Vistas las alegaciones de las partes y, al objeto de dilucidar si la elección que ha hecho el órgano de contratación no contemplando la separación en un lote del residuo textil, cumple los parámetros exigidos por el artículo 99 de la LCSP, debe partirse de la premisa de que la decisión de dividir o no un contrato en lotes y, por

ende, el establecimiento de los distintos lotes, es una cuestión discrecional del órgano de contratación dentro de los límites establecidos por el mencionado precepto. Ello implica que, aunque el órgano de contratación deba analizar la conveniencia de la división del contrato en lotes, goza de libertad para decidir sobre su división basándose en las razones que, a su juicio, estime oportunas y justifique en el expediente.

Este Tribunal ya ha reiterado en varias de sus resoluciones que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato. En Resolución 124/2018, de 25 de abril, se concluyó que *“Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. Sin embargo, existe una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia”*.

El recurrente cuestiona la no inclusión de un lote específico para el residuo textil, si bien, como ya hemos señalado, corresponde al órgano de contratación determinar los lotes en que divide el contrato, tal y como recoge en su considerando 78 la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE: *“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el*

régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

El órgano de contratación ha realizado, en la memoria justificativa del contrato que se encuentra publicada junto con la licitación, una justificación razonable de la configuración de los lotes, por ámbitos funcionales y geográficos, manifestando que la división en lotes garantiza un mejor servicio al ciudadano teniendo en cuenta el tamaño de la ciudad, la importancia del servicio y los medios necesarios para su prestación; y reduce asimismo el riesgo de incumplimiento, sin suponer restricción al principio de libre competencia. Y en cuanto a la elección de los lotes, la memoria

señala que se considera más eficiente la división en ámbitos territoriales homogéneos, en cuanto a población y tonelaje generado, para una mejor gestión del servicio y a una evidente economía de escala, ya que estos servicios precisan de importantes infraestructuras y equipamientos altamente especializados (instalaciones fijas con sistemas de abastecimiento, compresión y suministro de gas natural comprimido para la carga de los vehículos del servicio), de optimización de medios (organización del personal más eficiente, vehículos recolectores que pueden emplearse en varios turnos de trabajo y para distintos servicios, etc.) y de una posibilidad de adquisición de medios más ventajosa de cara a proveedores (al tratarse de volúmenes de compra importantes).

Por otro lado, considera necesario el fraccionamiento del servicio de recogida y transporte de residuos en tres lotes *“debido al importante volumen de generación de residuos en la ciudad, y su división por criterio geográfico responde a la necesidad de que cada lote disponga de medios que permitan una flexibilidad del servicio con márgenes de seguridad suficientes que no comprometan el mismo, y faciliten al máximo posible la consecución de los objetivos de recogida selectiva de residuos municipales expresados en el artículo 1.12.C de la Directiva 2018/851 que modifica a la Directiva 2008/98/CE sobre Residuos, pendiente de trasponer a la legislación española, con una nueva Ley que sustituirá a la Ley 22/2011 de Residuos y Suelos Contaminados”*.

En la memoria se hace asimismo mención a que la división del contrato en un número mayor de lotes sobre los propuestos implicaría un incremento de coste de los mismos, al reducirse esa economía de escala, lo cual va en un claro detrimento de los principios de eficacia y eficiencia en el uso de los fondos y recursos asignados para el cumplimiento de las obligaciones que tiene asignadas por normativa el Ayuntamiento de Madrid.

La nueva licitación incluye un lote más que el contrato actualmente vigente, en aras a facilitar una mayor eficacia en la prestación de los servicios de contenerización,

pues se pretenden llevar a cabo importantes actuaciones en ese ámbito, como la implantación de nuevos modelos de contenedores homogéneos en toda la ciudad, y para ello es necesario un único operador en ese terreno, para lograr una deseada igualdad y uniformidad en el parque de recipientes instalado en las vías públicas, al objeto de que la disparidad de modelos no genere confusión en la separación de residuos por parte del ciudadano y por tanto se traduzca en una menor colaboración.

Para este Tribunal queda acreditado que el contrato se ha dividido en lotes facilitando el acceso de un mayor número de licitadores y que el órgano de contratación ha hecho un esfuerzo de justificación en el expediente de la opción de división escogida, tomando en consideración experiencias anteriores, de forma que queden cubiertas las necesidades del contrato, sin que ello pueda implicar la obligación de dar cobertura a la totalidad de los intereses de los eventuales licitadores, por lo que se desestima el primer motivo de impugnación.

2.- El segundo motivo de impugnación se centra, por un lado, en la vulneración de la obligación del municipio de Madrid de prestar el servicio mínimo obligatorio de recogida y tratamiento de residuos conforme a las exigencias de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, y, por otro, en la transferencia al concesionario de facultades que suponen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

En este sentido argumenta la FER que tanto el servicio de recogida como el de tratamiento de residuos son de titularidad municipal y de obligada prestación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y 8 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid. Y tras reconocer que el Ayuntamiento tiene discrecionalidad para decidir cómo se prestan sus servicios y que podría gestionarlos directamente mediante una empresa de titularidad pública o mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación local, alega que si opta por contratar los servicios, debe contratar tanto la recogida como el tratamiento de

residuos. Entiende que en el caso del residuo textil, su tratamiento, aunque forma parte del objeto del contrato y es responsabilidad del concesionario, podrá encomendarse a un tercero seleccionado por el concesionario sin intervención de la Administración, por lo que el Ayuntamiento no podrá resolver el contrato por incumplimiento, ni exigir responsabilidad por parte del prestatario del servicio, ni reclamar al centro de tratamiento específico al que el gestor haya decidido discrecionalmente entregar los residuos. Por último, entiende que la falta de especificación en el PPT del tratamiento que deberán recibir los residuos vulnera lo establecido en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, y en el artículo 1.3 de la LCSP que recoge la incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, pues se está obviando el destino de estos residuos y su impacto ambiental.

En el informe remitido por el órgano de contratación se ha tratado de desvirtuar los argumentos de la FER señalando que la elección de la entidad que efectúe la gestión final de los residuos textiles se deja a criterio de los concesionarios ya que en la actualidad el Ayuntamiento de Madrid no dispone de instalaciones adecuadas para ello, al igual que ocurre con otras fracciones de residuos objeto de contrato; que los pliegos que rigen la concesión establecen en sus artículos 22.2 y 22.8 del PPT las obligaciones que adquiere el concesionario en lo relativo a la gestión final del residuo textil y contemplan asimismo en el ya citado apartado 22.8 y en el 2, las preceptivas autorizaciones de que deberán disponer las entidades que gestionen finalmente los residuos textiles para poder operar en ese ámbito. Se exige igualmente la presentación de un informe del responsable del servicio sobre las acciones realizadas en el mes anterior, en el que se recojan los incidentes más relevantes, la evolución de las toneladas recogidas, las caracterizaciones realizadas y un análisis de la situación, diagnóstico y propuestas de mejora. Por otro lado, la posibilidad de que los concesionarios seleccionen a la entidad que efectuará el tratamiento de los residuos se encuadra en la posibilidad de subcontratación que otorga la LCSP y que es potestativa para el contratista en el pliego. Y que el residuo textil tiene un valor de mercado y supone unos ingresos para los concesionarios que han sido considerados

en el estudio de viabilidad económico-financiera del contrato, por lo que el concesionario estará interesado, para mantener la rentabilidad de su concesión, en disponer de un sistema de separación en origen que garantice su posterior gestión de forma eficiente y por tanto, sea una fuente de generación de ingresos.

A la vista de lo alegado por las partes, resulta relevante para este Tribunal recordar que la LRBRL atribuye al municipio en su artículo 25.2. b) la competencia sobre la gestión de los residuos sólidos urbanos y en su artículo 26 la obligación de prestar el servicio de recogida de residuos y el de tratamiento de los mismos si su población es superior a 5.000 habitantes. Por su parte, el artículo 12.5 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, establece como servicio obligatorio el de recogida, transporte y tratamiento de residuos domésticos en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas.

Sobre la base de esta atribución competencial, el Ayuntamiento de Madrid va a contratar el servicio de contenerización, recogida y transporte de residuos. Dentro de esta prestación se encuentra incluida la descarga de los residuos domésticos y comerciales, en todas las fracciones selectivas, incluida la textil, en plantas y centros de tratamiento. El hecho de que la prestación de tratamiento no se encuentre incluida en el objeto del contrato no implica que el Ayuntamiento de Madrid no preste este servicio utilizando otras opciones como convenios o contratos firmados entre el Ayuntamiento y otras entidades o gestión de puntos limpios, a los que alude el artículo 5 del PPT. A mayor abundamiento, el pliego prevé la subcontratación del tratamiento final del residuo textil.

Atendiendo al objeto del contrato, se entienden cumplidas por este Tribunal las obligaciones impuestas a las entidades locales por los artículos 24 y 25 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, de preparación para la reutilización, reciclado y valorización de residuos y de recogida separada de residuos para su valorización.

Por otro lado, y, en contra del argumento esgrimido por la FER de que la no inclusión del tratamiento de residuos entre las prestaciones a ejecutar por el concesionario impedirá garantizar el adecuado trato de los residuos y el cumplimiento de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, el PPT recoge en su cláusula 22.2 que los residuos de ropa usada se transportarán y depositarán en las plantas de clasificación y reciclado que determine el concesionario, asumiendo su coste y los ingresos de la gestión final. Y que el criterio de gestión final de los mismos se ajustará a la jerarquía de residuos establecida en el artículo 8 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, aplicable a la preparación para la reutilización, el reciclado y otro tipo de valorización o eliminación.

Por lo que se refiere a la transferencia al concesionario de facultades que suponen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, existe cierta confusión en el escrito de recurso, pues se mezclan en él la idea de servicio que implique ejercicio de autoridad, con lo que puede quedar fuera del control y fiscalización del Ayuntamiento en la concesión del servicio que nos ocupa.

A este respecto, la LCSP establece en su artículo 284.1 que no podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Entiende este Tribunal, como no puede ser de otra manera, que existen materias vedadas a la contratación mediante concesión, como son el ejercicio de la potestad sancionadora, la seguridad ciudadana o la defensa nacional, entre las que no tiene cabida la recogida, transporte o el tratamiento de residuos, servicio eminentemente técnico.

Es importante recalcar asimismo que la LCSP regula el contrato de concesión de servicios como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos y que este contrato se caracteriza por la transferencia al concesionario no de la titularidad del servicio, sino del riesgo operacional. La propia definición que hace el artículo 15 de la LCSP de esta tipología contractual parte de la encomienda, a título oneroso, de la

gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia a cambio del derecho a explotar los servicios objeto del contrato, o de dicho derecho acompañado de la percepción de un precio. De modo que la LCSP define exclusivamente la concesión de servicios por referencia a la transferencia del riesgo operacional al contratista, pudiendo contratarse a través de esta tipología contractual, prestaciones que constituyen servicios públicos.

Partiendo de esta idea, la memoria de necesidad del contrato plantea esta opción de gestión para el servicio de contenerización, recogida y transporte de residuos, servicio de su titularidad y competencia, justificando la calificación del contrato como concesión de servicios atendiendo a que el riesgo operacional a asumir por el contratista va más allá del riesgo y ventura propio de cualquier contrato, por cuanto que, en una perfecta organización y un cumplimiento estricto de los pliegos por su parte, no le garantizan que en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes en que ha incurrido para explotar el servicio, en base a varios factores, entre los que se encuentra la asunción de la gestión como propia del contratista en lo que se refiere a su potestad de organización y planificación del servicio, asumiendo la responsabilidad sobre los aspectos.

Ahora bien, la asunción de esa responsabilidad no implica la transferencia de la titularidad administrativa, pues en este tipo de contratos se produce el traspaso de la gestión de servicios públicos municipales en favor del concesionario, manteniendo la Administración contratante, en este caso el Ayuntamiento de Madrid, las potestades y responsabilidades de la actividad, a las que están sometidos en cumplimiento de las condiciones que determina el servicio concreto al que la concesión se refiera. Y de este modo y en virtud de lo dispuesto en el artículo 287.2 de la LCSP, en el caso de que la concesión recaiga sobre un servicio público, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, ostentando además la potestad de rescatar el servicio.

Por lo que se refiere a la pérdida del control de la Administración sobre el destino de los residuos textiles, que según el recurrente “*quedan al albur de la discreción de una entidad privada*”, establece el pliego varias previsiones al respecto:

- En la cláusula 22.2 del PPT se establece que los residuos de ropa usada se transportarán y depositarán en las plantas de clasificación y reciclado que determine el concesionario.

- Por su parte, el apartado 8 de la misma cláusula determina que el concesionario deberá comunicar al Ayuntamiento de Madrid los gestores finales a los que harán entrega de la fracción de ropa usada, adjuntando la siguiente documentación que avale la prestación de estos servicios: contrato vigente, autorización de gestión de residuos por parte de la autoridad autonómica competente, ubicación y características de las instalaciones que gestionen el residuo, autorizaciones y licencias de las plantas que operarán en el ámbito del contrato, documentación vigente de las básculas de pesaje, que avale su correcta calibración y funcionamiento; así como cualquier otra documentación que se considere adecuada por parte del Ayuntamiento de Madrid para comprobar el correcto funcionamiento de las plantas, así como los procesos aplicados a los residuos, tanto en el ámbito técnico, como medioambiental, laboral o jurídico.

No hay que olvidar además que el mismo documento contractual prevé que el concesionario asumirá los costes o ingresos de la gestión final del residuo textil, estableciendo la cláusula 18.5 del PPT que la gestión final del residuo textil queda incluida en la concesión, debiendo asumir los concesionarios de los lotes 1, 2 y 3 el resultado financiero que pudiera generarse por este concepto a lo largo de todo el periodo concesional, por lo que, como alega el órgano de contratación en su informe, los concesionarios estarán interesados, para mantener la rentabilidad de su concesión, en disponer de un sistema de separación en origen que garantice la eficiencia en su gestión posterior.

Considerando en virtud de todo lo anterior que corresponde al concesionario la responsabilidad de la gestión final adecuada del residuo textil, aunque se realice a través de la técnica de la subcontratación, se desestima este motivo de impugnación.

3.- Cuestiona en tercer término la FER el cumplimiento de lo establecido en el artículo 65.2 de la LCSP en relación a la capacidad para contratar, por cuanto que no se ha exigido autorización para el tratamiento de residuos textiles. Asegura que en virtud del artículo 2.n) de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, tanto la recogida, como el transporte y el tratamiento de residuos forman parte de la gestión de residuos y que todas estas actividades requerirán estar en disposición de la correspondiente autorización de gestión de residuos, lo cual no se ha exigido en el pliego como requisito de capacidad para contratar.

El órgano de contratación alude a lo establecido en los artículos 2, 18.5 y 22.2 del PPT en relación a la obligación de disponer de las preceptivas autorizaciones para la gestión de residuos.

Como señala la recurrente la gestión del residuo textil incluye su recogida, transporte y tratamiento, pues a efectos de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, se entiende por “*gestión de residuos*”, tanto la recogida, como el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la clasificación y otras operaciones previas; así como la vigilancia de estas operaciones y el mantenimiento posterior al cierre de los vertederos.

El artículo 23 del mismo texto legal, entre las obligaciones de los gestores de residuos solo prevé la necesaria autorización para las entidades o empresas que lleven a cabo una actividad de tratamiento de residuos, no así para las que realicen actividades de recogida de residuos con carácter profesional, a las que sí incumbe la obligación de entregar los residuos para su tratamiento a entidades o empresas autorizadas, ni para las de transporte.

De lo anterior se deduce que este requisito de capacidad no es necesario para las prestaciones de recogida y transporte de residuos que constituyen el objeto del contrato. Por lo que se refiere al tratamiento de los residuos, del análisis de los pliegos efectuado por este Tribunal en el anterior motivo del recurso, se ha constatado la exigencia a las empresas y entidades que vayan a encargarse de la gestión final de los residuos textiles de autorización de gestión de residuos emitida por la autoridad competente, por lo que no puede prosperar la impugnación relativa al incumplimiento de lo establecido en el artículo 65.2 LCSP en relación a la capacidad para contratar por no haberse exigido la autorización para el tratamiento de residuos.

4.- Entrando ya en la disconformidad a Derecho de los requisitos de solvencia técnica como cuarto motivo de impugnación, este se centra en que la FER cuestiona la falta de exigencia de requisitos de solvencia técnica para el residuo textil, cuando se ha exigido respecto de varias fracciones de residuos. Considera que su exigencia fomentaría la participación de empresas especializadas en la gestión del servicio textil mediante la integración de la solvencia, la subcontratación y/o incluso mediante la formación de UTE.

En el informe del órgano de contratación se alude a que el residuo es una parte minoritaria del conjunto de los residuos municipales, que viene a representar menos de un 1% del total, habiéndose centrado la solvencia técnica en las fracciones de residuos domésticas mayoritarias y que suponen una mayor dificultad técnica por sus características específicas.

La exigencia de la solvencia para celebrar contratos con el sector público tiene por objeto acreditar que quien va a prestar el contrato está en posesión de unas condiciones mínimas desde el punto de vista económico y financiero y técnico y profesional. Estas condiciones se determinan por el órgano de contratación y se especifican tanto en el anuncio de licitación como en el pliego, y debiendo estar vinculadas con el objeto del contrato, ser proporcionales al mismo y no resultar discriminatorias.

En el contrato que nos ocupa, el órgano de contratación, en el uso de la discrecionalidad que le ampara para fijar los requisitos de solvencia y sus medios de acreditación, con los límites establecidos anteriormente, ha optado por exigir la acreditación de la realización o ejecución de prestaciones similares, con un importe anual mínimo y ha incluido la experiencia en la prestación de la recogida selectiva de fracciones de biorresiduo, envases, papel, cartón y vidrio, por ser las mayoritarias.

Representando el residuo textil para el órgano de contratación menos de un 1% del total, a juicio de este Tribunal, la exigencia de solvencia en la recogida de residuo textil resultaría desproporcionada en el contrato que se licita. Por consiguiente, el motivo debe ser desestimado.

5.- Respecto al último motivo del recurso, se fundamenta en la vulneración del principio de proporcionalidad en la reserva final de residuo textil en favor de empresas de inserción o centros especiales de empleo.

Entiende el recurrente que esta desproporción viene dada porque el artículo 18.5 del PPT establece que la gestión final de los residuos textiles deberá efectuarse a través de empresas de inserción y centros especiales de empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos, por lo que se reserva el 100% de la contratación para este tipo de empresas y centros, lo cual es inconsistente con lo establecido en la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley Estatal de Residuos y excluye de la gestión del residuo textil de Madrid, entidades y empresas especializadas que no tengan esa condición. Para apoyar su argumentación expone ejemplos de contratos de otros municipios y el anterior contrato del Ayuntamiento de Madrid.

Para el órgano de contratación, la mencionada disposición adicional establece un porcentaje mínimo de reserva del 50% para la gestión del residuo textil, pero no establece un máximo, ni contempla un principio de proporcionalidad. La reserva que se ha hecho en pliego se trata de una prescripción que trata de promover la inclusión

social atendiendo a las prescripciones de una legislación cada vez más favorable a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos. Tampoco considera adecuada la referencia que hace la FER a otros contratos específicos de gestión de ropa usada, pues cada municipio tiene unas características distintas y se trata en todo caso de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

Comparte este Tribunal todos los argumentos del órgano de contratación, pues la mencionada disposición adicional regula la reserva de contratos en la gestión de residuos textiles de al menos el 50% del importe de adjudicación, debiendo justificarse debida y motivadamente en el expediente el incumplimiento de esta reserva.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Federación Española de la Recuperación y el Reciclaje, contra el anuncio de licitación, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato de *“concesión del servicio público de contenerización, recogida y transporte de residuos en la Ciudad de Madrid (4 lotes)”*, del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 131/2021/06296.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 22 de junio de 2022.

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 59 de la LCSP.