

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Interlun S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación del contrato de “Servicios de gestión y eliminación de residuos sanitarios específicos de los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, dividido en 23 lotes, expediente número P.A. SER 4/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 20 y 29 de julio de 2021, se publicó la convocatoria de licitación pública del contrato de servicios de referencia, en el DOUE, en el perfil de contratante alojado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y en el BOCM, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 16 de agosto de 2021. El valor estimado del contrato asciende a un total de 19.490.527,20 euros, con un plazo de ejecución de 1 año prorrogable hasta un máximo de 5 años.

Segundo.- Con fecha 10 de agosto de 2021 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación de la representación de la empresa Interlun contra PCAP por el carácter discriminatorio de un criterio de adjudicación de arraigo, incluido en la cláusula 9ª, apartado 2, del “Criterio de Proximidad”, bajo la nomenclatura de “Isócronas geográficas”, que pondera y/o prima el ostentar una Planta de Tratamiento en la Comunidad de Madrid o en las provincias limítrofes más cercanas, debiendo anularse, a fin de salvaguardar los principios de igualdad y concurrencia.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 17 de agosto de 2021 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso por considerar que los pliegos son ajustados a derecho. Por otra parte, manifiesta que la suspensión del procedimiento de licitación acarrea perjuicios económicos relacionados con la racionalización del gasto, considerando que debe apreciarse, al amparo del art. 58.2 de la LCSP, temeridad y mala fe en la presentación del recurso, solicitando imposición de multa a la recurrente.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal adoptado de oficio el 19 de agosto de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, ante el aparente incumplimiento de la LCSP al determinar los criterios de adjudicación del contrato. El plazo de presentación de proposiciones a la licitación convocada finalizó el 16 de agosto de 2021, considerando necesario suspender el procedimiento de adjudicación del contrato para resolver sobre el fondo del asunto antes de que se procediera a la apertura de los sobres presentados a la convocatoria. Por otra parte, no es previsible que dados los breves plazos de tramitación del recurso especial se puedan derivar sensibles perjuicios para el órgano de contratación.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos

en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación de Interlun para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, por tratarse de una empresa interesada en participar en la licitación cuyo objeto social según el artículo 2º.1.A de sus Estatutos Sociales, abarca entre otros *“La gestión de todo tipo de residuos urbanos, industriales y hospitalarios, incluso tóxicos y peligrosos, ya sean sólidos, líquidos o gaseosos, consistente en la recogida, transporte, almacenamiento, tratamiento, eliminación, valoración, reciclaje y comercialización de todo tipo de residuos y subproductos de los mismos, así como la construcción, instalación, gestión y explotación de toda clase de plantas, ya sean de inertización, transferencia, eliminación, valoración o desclasificación de todo tipo de residuos inertes, sanitarios, industriales y urbanos”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 10 de agosto de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los Pliegos se han publicado en el perfil de contratante el 20 de julio de 2021.

Quinto.- Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo dispuesto en las cláusulas que a continuación se citan del PCAP y del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) que rigen la contratación del servicio:

PCAP

Cláusula 1. Características del contrato.

“1.- Definición del objeto del contrato.

El presente contrato tiene por objeto la contratación del servicio de Gestión y Eliminación de Residuos Sanitarios Específicos de los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, con el alcance y contenido que se detalla en el Pliego de Prescripciones Técnicas. (...).”

“9.- Criterios objetivos de adjudicación del contrato.

Incorporación de cláusulas sociales, ambientales y de innovación como criterios de adjudicación:

Como criterios sociales No Procede

Como criterios de innovación No Procede

Como criterios ambientales Sí Procede:

Para garantizar la protección del medio ambiente se establecen isócronas geográficas, al objeto de dar cumplimiento a los criterios de proximidad y suficiencia establecidos en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (artículo 9) y al Derecho de la Unión Europea (Reglamento 1013/2006 y Directiva

2008/98), con el fin de que los residuos destinados a la eliminación sean tratados en el punto más cercano posible al lugar en el que se producen.

Los criterios que servirán de base de valoración para la adjudicación del procedimiento son los siguientes:

9.1.-Criterios relacionados con los costes: Ponderación
 Precio Máximo 70 puntos
 (...)

9.2.- Criterio/s cualitativos: Ponderación
 Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas Máximo 30 puntos
 Se establecen los siguientes criterios cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y su ponderación:

Número	Descripción del criterio	Puntuación
1.	<p>Isócronas geográficas. En función de la distancia geográfica del centro sanitario a la planta de tratamiento de RBE, se recibirá la siguiente puntuación:</p> <ul style="list-style-type: none"> ♣ A menos de 50 km de distancia 20 puntos ♣ Entre 50 y 99 km de distancia 10 puntos ♣ Entre 100 y 300 km de distancia 5 puntos ♣ Más de 300 km de distancia 0 puntos <p>Distancia geográfica, medida en kilómetros, la ruta más corta utilizando (Google Maps o similar) punto a punto.</p> <p>En los lotes 22 y 23, distancia Puerta del Sol a planta de tratamiento RBE, con carácter general.</p> <p>Documento acreditativo: declaración responsable, donde se fije la distancia entre planta y centro o Puerta del Sol Km 0”</p>	Hasta 20 puntos

PPTP

“2. FINALIDAD DEL SERVICIO A CONTRATAR

Dicho servicio incluye:

- a) Suministro de envases y contenedores.
- b) Sistema de control integral de residuos.
- c) Recogida de residuos.
- d) Transporte.

e) Tratamiento específico y eliminación.

El servicio a contratar tiene por finalidad la mejora, mediante la adopción de criterios idóneos, de los procesos de clasificación, recogida, transporte, tratamiento y eliminación de los residuos sanitarios específicos de este contrato, y que cumplirán con los objetivos de calidad que a continuación se indican:

- *Prevenir los riesgos que dichas actividades generan, tanto para el medio ambiente, especialmente en lo relativo al aire, aguas y suelos, como para las personas directamente expuestas a los residuos.*
- *Prestación de un eficaz servicio de gestión que facilite, en su vertiente, el mejor cumplimiento de las labores asistenciales.*
- *Colaboración para conseguir la adecuada clasificación de los residuos desde su generación, para favorecer la adecuación de tratamientos específicos y la reducción de costes.*
- *Cumplimiento de la normativa específica vigente.*

3. ALCANCE DEL SERVICIO

El presente contrato para la realización del servicio de gestión y eliminación de residuos sanitarios comprende todas las clases de residuos sanitarios específicos, que se detallan en la cláusula 4, producidos en los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud.

(...)

4. RESIDUOS OBJETO DEL CONTRATO

4.1. Residuos Biosanitarios Especiales (R.B.E.), Clase III, (...)

4.2. Residuos citotóxicos (citostáticos), Clase VI. (...)

4.3. Residuos químicos, Clase V. (...)”.

Sexto.- La recurrente manifiesta que su planta de tratamiento se encuentra a una distancia kilométrica de 303 kilómetros de distancia partiendo del Km. “0” de la Puerta del Sol, y señala que la cláusula ambiental tiene su incidencia en un único “Criterio cualitativo”, de los dos subcriterios a los que alude el apartado 2 de la cláusula 1.9, “Criterio cualitativo” de “Isócronas geográficas”, que se configura, como un mero “Criterio de proximidad”, otorgándole hasta “20 puntos”, con paulatina disminución de

la puntuación en función de los kilómetros de distancia existentes, partiendo del kilómetro “0” de la Puerta del Sol, o de cada Centro Sanitario productor de los residuos sanitarios en relación a la Planta de Tratamiento correspondiente, con ausencia de puntuación a partir de 300 kilómetros, lo que lo constituye en un criterio de adjudicación imprescindible para la posible adjudicación del Servicio.

Esta exigencia “tácita” y/o encubierta de una Planta de Tratamiento de Residuos, en la Comunidad Autónoma de Madrid, o en una provincia limítrofe no constituye un criterio de calidad o eficiencia, sino una “doble penalización” para los potenciales licitadores, por cuanto que la distancia kilométrica entre los Centros Sanitarios productores de residuos sanitarios y la Planta de Tratamiento de los mismos ya en sí es una penalización a la hora de ofertar el precio para dicho servicio, constituyendo una infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación y libertad de concurrencia que deben de regir y regular toda contratación del Sector Público.

Dicho criterio de valoración “*Isócronas geográficas*”. *En función de la distancia geográfica del centro sanitario a la planta de tratamiento de RBE...*”, consiste en un “criterio de proximidad” y excluye de la posible contratación a aquellos potenciales licitadores que no ostentan una Planta de Tratamiento de Residuos en la Comunidad de Madrid, o provincias limítrofes, pero que, sin embargo, cumplen sobradamente con los restantes criterios y/o requisitos que si son objeto del contrato y que, necesariamente, deben de cumplir los licitadores, tales como su habilitación y/o aptitud para la gestión y transporte de residuos peligrosos, o contar con los recursos técnicos, tanto humanos como materiales, para la prestación del servicio objeto de contratación, pudiéndose dar la paradoja de que la menor calidad en la prestación del contrato pudiera ser primado por el mero hecho de tener una Planta de Tratamiento más próxima al Centro Sanitario productor de residuos, vulnerándose de este modo la finalidad del servicio objeto de contratación consignado en el apartado 2 del PPTP.

Por ello impugna la cláusula 1.9.2 el PCAP alegando que se debe dar

prevalencia a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, como reiterada Doctrina Jurisprudencial establece, e igualmente sostiene, tanto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, la recurrente resalta que los criterios de adjudicación, según el artículo 145.5 de la LCSP, deben de atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, no afectando a la forma en la que se va a prestar el servicio la proximidad o existencia de una planta, que debe ser indiferente para el órgano de contratación y que solo se puede traducir en que la empresa adjudicataria tenga que soportar un mayor o menor coste, siendo lo relevante en el presente expediente las condiciones del transporte en cuanto a la exigencia al licitador de su cualificación, formación específica, autorización expedida por la Autoridad competente, de tal forma que quede suficientemente acreditado el cumplimiento estricto de la normativa vigente en materia de transporte de residuos, o medios técnicos afectos expresamente a la prestación del servicio, y no la existencia o no de una distancia o localización específica de la Planta de Tratamiento de Residuos de que se trate.

La recurrente cita a los efectos sentencias del TJUE, la Resolución 105/2018 de este Tribunal, y la Sentencia 216/2017, de 9 de febrero de 2.017, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y recaída en el Recurso de Casación nº 108/2016, en la que en relación a la aplicación de los principios de proximidad y autosuficiencia a los alude el artículo 9 de la LRSC determina cuándo los criterios son ajustados o no en función del tipo de residuos *“En definitiva, el principio de proximidad es uno de los principios que gobierna la gestión de los residuos y está directamente relacionado con el principio de corrección de la contaminación en su origen, pero debe compatibilizarse en determinados casos con la prioridad de la valorización como vía de gestión, por lo que, para fomentar la valorización la normativa vigente establece que el principio de proximidad no se aplica a los residuos destinados a valorización, distintos de los residuos mezclados*

procedentes de los hogares.” En este sentido alega que el indicado Principio de Proximidad a aplicar por una Comunidad Autónoma, solo puede ser aplicado y/o tenido en cuenta en los supuestos de gestión de residuos, que solo se destinan a la eliminación, sea cual sea su origen, o que se trate de residuos domésticos mezclados, pero no para el resto de residuos, bien distintos a estos, o bien que van a ser objeto de un tratamiento que no solo es su eliminación, sino también su valorización. Los residuos biosanitarios objeto de contratación según el PCAP son de dos tipos: A-. residuos biosanitarios infecciosos, que se identifican como “RBE”, para los cuales se debe de aplicar, con carácter previo a su eliminación, un tratamiento “R3” para la recuperación de la fracción polimérica; y B-. residuos biosanitarios “citostáticos”, respecto de los cuales se puede practicar un tratamiento de valorización energética, denominado tratamiento “R1”, esto es, incineración con recuperación de energía. Para ambos tratamientos Interlun, cuenta con las correspondientes autorizaciones, lo que permite cumplir con el objeto del contrato señalado en el apartado 2 del PPTP “...la mejora, mediante la adopción de criterios idóneos, de los procesos de clasificación, recogida, transporte, tratamiento y eliminación de los residuos sanitarios específicos de este contrato, y que cumplirán con los objetivos de calidad que a continuación se indican:...”.

En definitiva Interlun alega que no dispone de las mismas oportunidades al formular su oferta, ya que sólo aquellas que tenga una planta en la zona establecida en los pliegos se beneficiarían de más puntuación en la licitación, siendo un criterio que, indirectamente, beneficia a las empresas con implantación territorial en la zona en la que se va a tener que prestar el servicio objeto de contratación, en el presente supuesto, la Comunidad Autónoma de Madrid, infringiendo lo establecido en los artículos 1, 132 y 145.5 de la LCSP al vulnerar el principio de igualdad trato que debe de imperar en todo criterio de adjudicación para no ser discriminatorio, y que implica que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de poder presentar sus ofertas, circunstancia que no acontece en este expediente de contratación.

El órgano de contratación por su parte informa que el criterio “Isócronas geográficas” pretende dar cumplimiento a los criterios de proximidad y suficiencia establecidos en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSC), en concreto al artículo 9 -Autosuficiencia y proximidad- que preceptúa “1. *El Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino en colaboración con las Comunidades Autónomas, y si fuera necesario con otros Estados miembros, tomará las medidas adecuadas, sin perjuicio de la aplicación de la jerarquía de residuos en su gestión, para establecer una red integrada de instalaciones de eliminación de residuos y de instalaciones para la valorización de residuos domésticos mezclados, incluso cuando la recogida también abarque residuos similares procedentes de otros productores, teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles. 2. La red deberá permitir la eliminación de los residuos o la valorización de los residuos mencionados en el apartado 1, en una de las instalaciones adecuadas más próximas, mediante la utilización de las tecnologías y los métodos más adecuados para asegurar un nivel elevado de protección del medio ambiente y de la salud pública.*” Igualmente, la citada Ley establece en el artículo 25.1. párrafo 3º, para el traslado de residuos, que: “*Los traslados de residuos destinados a la eliminación y los traslados de residuos domésticos mezclados destinados a la valorización se efectuarán teniendo en cuenta los principios de autosuficiencia y proximidad.*” Principios de autosuficiencia y proximidad que asimismo establece el Derecho de la Unión Europea (Reglamento 1013/2006 y Directiva 2008/98).

Por otra parte, el SERMAS alega que es doctrina reiterada la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo puede ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Sobre el criterio ambiental, la licitación que nos ocupa tiene por objeto la gestión y eliminación de residuos sanitarios; diferenciándose dos partes importantes la

eliminación de los kg producidos en nuestros centros sanitarios y el transporte de los mismos a las plantas de producción. *“España se situó el año pasado por encima de la media europea con 110,5 gr/km de CO₂, lo que supone 4 gramos más que el resto del continente. Como dato de referencia y según la Agencia Europea de Medio Ambiente, un coche de gasolina de tamaño medio emite de media unos 143 gramos de CO₂ por km. En el caso de vehículos eléctricos estaríamos hablando de la mitad. Este aspecto básico nos sitúa, en nuestro caso, ante un criterio que valora la emisión de contaminación atmosférica de una forma directa y relacionada con el objeto del contrato al tener que transportar por carretera un mínimo de 2.698.779 kg de residuos sanitarios/año. Normalmente transportados en camiones diésel con un índice de emisión bastante más elevado que los anteriores y donde un motor diésel, genera por cada litro de combustible quemado unos 2,65 kg de CO₂. De esta forma el criterio de isócronas geográficas, diferencia en función de un dato objetivo como la distancia, la emisión de CO₂ en el transporte, de forma que las valoraciones que se obtienen están íntimamente relacionadas con las emisiones de CO₂ por km de distancia, entendiéndose por ello, la importancia de evitar en la medida de lo posible el aumento de emisiones, y si no al menos, favorecer la menor emisión de las mismas. Según el Consejo Internacional de Transporte Limpio, ICCT, el 98% de las emisiones contaminantes son generadas por el transporte, razón de más para valorar las distancias que se recorran de nuestros centros sanitarios, y evaluar las ofertas en función de ellas. De forma que desde el primer rango a menos de 50km, al resto podríamos estar hablando del doble o triple de emisiones de CO₂. Un camión de los que presta el servicio en la actualidad, desplaza en un viaje aproximadamente 1.600 kg de residuos, trasladado a la producción anual, nos situamos a que en un año moveremos 1.686 camiones de residuos por la Comunidad de Madrid, y en función de la ubicación de la planta de tratamiento por el resto de Comunidades Autónomas, con su consiguiente emisión de contaminantes atmosféricos. En consecuencia, este criterio de valoración, lo entendemos como un criterio ambiental que se enmarca en los objetivos de la UE con los gobiernos europeos, que buscan eliminar y reducir gradualmente las emisiones de CO₂ en el transporte por carretera. La UE pretende reducir al 50% las emisiones de CO₂ en el transporte por carretera y alcanzar la neutralidad en emisiones de CO₂ para*

2050”.

Asimismo alude al Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid (en adelante ACM 3-5-2018), en concreto al apartado séptimo.3.b) del Acuerdo, referido a la incorporación de criterios sociales y ambientales en la valoración de la oferta, al establecer en el punto 2º que *“En los contratos en los que se contemple una pluralidad de criterios de adjudicación, se podrán incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares o de condiciones criterios de adjudicación relativos a aspectos medioambientales del producto o servicio ofertado, que mejoren el mínimo establecido en el pliego de prescripciones técnicas particulares, en el proyecto aprobado, o en las normas sectoriales aplicables y que, estando vinculados al objeto del contrato, el órgano de contratación estime adecuados y formule de forma concreta...”* .

Por todo ello, el SERMAS indica que *“para reducir el impacto del servicio y los potenciales riesgos que supone el traslado de residuos peligrosos, entendemos que debe establecerse el criterio recurrido y valorarse la optimización y minimización de los recorridos propuestos hasta las plantas de tratamiento/eliminación, máxime si tenemos en cuenta la situación actual de la pandemia ocasionada por el COVID-19, donde cobra mayor relevancia aún la gestión de los residuos derivados de la crisis sanitaria. Es pues un criterio que está vinculado al objeto del contrato; se refiere a prestaciones que deben realizarse en virtud del mismo, ya que el transporte es un paso intermedio, indispensable para llevar a cabo la función de tratamiento del residuo generado, y es relevante como criterio medioambiental para evaluar la mejor relación calidad-precio”*. Cita a los efectos diversas resoluciones de tribunales de contratación entre ellas la 84/2017 de 24 de julio del OARC.

Concluye insistiendo en el ámbito de la discrecionalidad técnica de que gozan los órganos de contratación, cumpliéndose, en este caso, los requisitos limitativos de

la misma, tal como exige la jurisprudencia y los Tribunales administrativos de contratación, de no limitar los principios de igualdad de trato y no discriminación, al haber justificado de forma objetiva y razonable, la idoneidad de los criterios elegidos para cubrir las necesidades objeto del contrato, atendiendo a la funcionalidad requerida, dado que con el criterio 1 -Isócronas geográficas- se pretende dar cumplimiento a los criterios de proximidad y suficiencia establecidos en la LRSC.

Este Tribunal comprueba, en la regulación del objeto contractual prevista en las cláusulas 1.1 del PCAP y en las 2, 3 y 4 del PPTP, que el transporte de los residuos es una de las prestaciones a realizar contemplada entre las finalidades del servicio de gestión y eliminación de residuos sanitario, si bien no la fundamental. Igualmente se observa que de los cinco tipo de prestaciones que incluye el servicio, relacionadas en las letras de la a) a la e) en la prescripción 2 del PPTP, tan solo respecto de una, la d) relativa a transporte, se establecen en el PCAP criterios ambientales, dándose la circunstancia, como menciona la recurrente, que afecta a una cuestión de arraigo territorial al venir determinada la ponderación del criterio por la distancia kilométrica entre el centro sanitario y la planta de tratamiento de residuos biosanitarios especiales (RBE). Asimismo, se constata que la justificación dada por el órgano de contratación, tanto en la memoria justificativa como en el PCAP, al criterio cualitativo de adjudicación impugnado, se refería al cumplimiento de la LRSC, mientras que en la argumentación dada en respuesta a las alegaciones de la recurrente en relación a la interpretación jurisprudencial de la normativa de residuos, la basa fundamentalmente en las emisiones de CO₂ que se generan en el transporte de los residuos, no recogida con anterioridad en la documentación preparatoria del expediente, además de en la incuestionable competencia del SERMAS para la determinación de los criterios de adjudicación a aplicar.

Se ha de recordar que las condiciones de arraigo han sido desechadas como criterio de adjudicación o de aptitud por los Tribunales Administrativos de Contratación, por las Juntas Consultivas, y por la Jurisprudencia, salvo en contadas excepciones debidamente justificadas, pronunciándose expresamente acerca de “la

proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones”, y declarando que “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público, ni ser utilizadas como criterio de valoración” (Informes 9/2009 y 14/2009 JCCAE). No obstante, en el presente caso se ha de tomar en consideración que no estamos ante un criterio de arraigo no justificado e inadecuado para garantizar el objetivo que se persigue, puesto que se pretende primar la reducción del impacto ambiental de parte del servicio, como es el transporte de los residuos, y los potenciales riesgos que supone el traslado de residuos peligrosos, valorando la optimización y minimización de los recorridos propuestos hasta las plantas de tratamiento/eliminación, y no se puede afirmar que vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, lo que no se puede sin embargo predicar de la ponderación dada al criterio como expondremos más adelante. Formalmente el criterio impugnado no discrimina entre Comunidades Autónomas ni circunstancias personales de los licitadores, atendiendo al dato objetivo de la distancia kilométrica, y responde a un interés general como puede considerarse el promover que los residuos destinados a la eliminación sean tratados en el punto más cercano posible al lugar en el que se producen.

El artículo 145 de la LCSP al regular los requisitos y clases de criterios de adjudicación recoge en su apartado 2.1, la calidad del servicio, incluyendo entre otras las características medioambientales, y concretando que podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, el objeto del contrato conforme a lo dispuesto en la prescripción 2 del PPTP no consiste en un mero servicio de transporte de residuos, aunque éste sea una de las actividades a realizar, siendo significativo que no se establezcan como criterio de adjudicación ni se ponderen los objetivos de calidad que establece el citado apartado del PPTP como prevenir los riesgos que generan para el medio ambiente las otras actividades que el servicio contempla, esto es la recogida, el tratamiento y la eliminación de residuos, la prestación de un eficaz servicio de gestión que facilite el mejor cumplimiento de las labores asistenciales, la adecuada clasificación de los residuos desde su generación, para favorecer la adecuación de tratamientos específicos y la reducción de costes.

Además, se ha de reseñar la excesiva puntuación otorgada al criterio impugnado que, como apunta la recurrente, de facto le excluye de la concurrencia ante la imposibilidad de llegar a ser adjudicataria del contrato. La ponderación del criterio de adjudicación impugnado con 20 puntos representa el 33,3 por 100 de los puntos otorgados a los criterios cualitativos y el 20 por 100 del total de la puntuación, amén de que no se justifica ni se prevé graduación en la ponderación del criterio a partir de 300 Km. A estos efectos conviene señalar en relación a la resolución 84/2017 del OARC, expresamente citada por el órgano de contratación que la ponderación del criterio de 5 puntos.

Este Tribunal ha de recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 145.5 del LCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora y deben ser formulados de manera objetiva, con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada y garantizando que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Y en el presente supuesto no se considera que el criterio

esté formulado con la debida proporcionalidad, vulnerándose asimismo lo dispuesto en el artículo 132 de la LCSP al establecer en su apartado 1 que “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad*” y en su apartado 2 que “*La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios*”.

Como venimos manteniendo en numerosas resoluciones los pliegos han de proporcionar a los empresarios que participen en el procedimiento de contratación acceso en condiciones de igualdad sin crear obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia, con respeto a los principios generales de la contratación de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, y ajustando su actuación al principio de proporcionalidad, siendo este último determinante para evitar que la exigencia de una ponderación desproporcionada de un determinado criterio de adjudicación impida la efectividad de la garantía legalmente prevista de que las ofertas se evalúen en condiciones de competencia efectiva. Por tanto, el órgano de contratación dispone de un ámbito de discrecionalidad para la fijación de los criterios de adjudicación y para atribuir a cada uno de ellos la ponderación que considere más adecuada en cada caso, pero dentro del marco legal y del respeto a los citados principios de la contratación.

Como prevé el artículo 64.1 de la LCSP los órganos de contratación deben tomar las medidas adecuadas para luchar contra el favoritismo y evitar cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Asimismo, se recogen los citados principios de igualdad, transparencia y no discriminación en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP junto con la libertad de acceso y la proporcionalidad.

Además la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de

mercado en su artículo 9 dispone al regular la garantía de las libertades de los operadores económicos que *“1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia”*, aludiendo en particular en su apartado 2.c) a la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

En este sentido cabe mencionar que el artículo 34 de la Ley al regular la libertad de pactos prevé en su apartado 1 que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, pero siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Es claro que el no reunir el criterio impugnado no supone la exclusión formal del procedimiento de los licitadores que no cuenten con él, puesto que tratándose de un criterio de adjudicación no cumplir el requisito no supone la exclusión sino su no ponderación, no obstante en el presente caso, atendiendo a la alta ponderación dada al mismo, en la práctica se produce un efecto análogo a la expulsión o exclusión del procedimiento, en el sentido manifestado por la recurrente, toda vez que no cumplir el requisito supone no tener posibilidad efectiva de llegar a ser adjudicatario del contrato.

Por lo expuesto, procede estimar el motivo de impugnación por considerar que tal y como está formulado puede llegar a ser discriminatorio y desproporcionado en cuanto a su ponderación, por vulnerar lo dispuesto en los artículos 1, 64, 132.1 y 145 de la LCSP, debiendo en definitiva modificar la redacción y ponderación del criterio cualitativo de adjudicación previsto en la cláusula 1.9.2.1 del PCAP, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.1 de la LCSP conllevará la retroacción de las actuaciones, debiendo respetarse en su nueva redacción las consideraciones expuestas y lo dispuesto en los citados artículos.

Séptimo.- Por último, se ha de señalar que este Tribunal no solo no ha apreciado temeridad ni mala fe en la interposición del presente recurso sino que ha considerado oportuno estimar en parte las pretensiones de la recurrente en los términos recogidos en el fundamento de derecho anterior, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP, no procede acordar la imposición de la multa solicitada por el órgano de contratación, dicho sea de paso sin que se haya motivado en forma alguna en el informe de alegaciones la procedencia de la imposición, y sin cuantificar su importe, observándose los mismos defectos en cuanto a los perjuicios económicos alegados.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Interlun S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación del contrato de “Servicios de gestión y eliminación de residuos sanitarios específicos de los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud”, dividido en 23 lotes, expediente número P.A.SER 4/2021. Por tanto, debe modificarse el criterio cualitativo de adjudicación contenido en la cláusula 1.9.2.1 del PCAP, en los términos previstos en el fundamento de derecho sexto, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares.

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 multa prevista en

el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la medida cautelar de suspensión que fue adoptada por este Tribunal por Acuerdo de 19 de agosto de 2021.

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 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.