

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

En Madrid, a 10 de enero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.S.C., en nombre y representación de Equipos de Reciclado Biológico, S.L., (ERB), contra los Pliegos del contrato denominado “Contrato de servicios de gestión integral de residuos del Hospital Universitario Fundación Alcorcón y parcial del Centro de Salud Mental de Alcorcón” nº expte: PA 39/17, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 29 de noviembre de 2017 se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la licitación, poniéndose a disposición el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), reguladores de la licitación para la adjudicación servicio mencionado, por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios. La licitación se publicó asimismo en el BOCM de 7 de diciembre de 2017. El valor estimado asciende a 760.472,86 euros en un único lote.

Segundo.- El objeto contractual es, según establece el apartado 1 de la cláusula 1ª del PCAP, la gestión integral de residuos del Hospital Universitario Fundación Alcorcón y parcial del Centro de Salud Mental de Alcorcón y se justifica la no división del contrato en lotes “*por la propia naturaleza del contrato*”.

Por otra parte el PPT al definir el objeto del contrato en su cláusula 1ª concreta que “*El presente pliego recoge las prescripciones técnicas y especiales que regirán la contratación del servicio de gestión integral de: Residuos generales (Urbanos y Biosanitarios Asimilables a Urbanos), residuos biosanitarios especiales, residuos biosanitarios especiales encefalopatías, residuos citotóxicos, residuos químicos, restos de medicamentos y residuos eléctricos y electrónicos asimismo incluye los residuos que son objeto de reciclaje como cartón/papel, vidrio, plásticos, y otros como pilas, baterías, generados por el Hospital Universitario Fundación Alcorcón y la contratación integral de los residuos peligrosos generados en el Centro de Salud Mental de Alcorcón, no estando incluidos en el C.S. Mental de Alcorcón, los RSURSAU, que los retira el Ayuntamiento de Alcorcón; así como la eliminación de dichos residuos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente o la que resulte de aplicación durante el periodo de ejecución del contrato*” y a continuación enumera toda la normativa reguladora de esta actividad.

En la cláusula 2ª el PPT además de describir las actividades que incluye el servicio establece que comprende igualmente:

- “• *El suministro de contenedores necesarios para los distintos tipos de residuos (peligrosos, no peligrosos y reciclables).*
- *La retirada intrahospitalaria de residuos desde los Cuartos de Residuos de las distintas Unidades o desde las unidades productoras de algunos servicios hasta el Depósito Final de Residuos del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.*
- *La retirada de residuos del Depósito Final de residuos del Hospital Universitario Fundación Alcorcón y desde el Centro de Salud Mental de Alcorcón hasta las Plantas de tratamiento o de transferencia.*

- *El transporte externo de los residuos desde el Centro de Salud Mental de Alcorcón y desde el Depósito Final de residuos del Hospital Universitario Fundación Alcorcón hasta las plantas de tratamiento o de transferencia.*

- *El tratamiento específico para cada tipo de residuo y la eliminación de dichos residuos.” Especifica que “Las condiciones que debe reunir la prestación del servicio quedan descritas en el ANEXO 1. Y son orientativas, no descartándose ofertas que propongan alternativas razonables que contengan un proyecto de organización distinto que cumpla el objeto de la oferta, y que se describa expresamente.”*

Tercero.- El 20 de diciembre de 2017, previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ERB en el que solicita la anulación de los Pliegos por entender que se debía haber dividido el contrato en lotes y permitir la gestión de los residuos en el propio Hospital.

Cuarto.- El 28 de diciembre el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Considera que los pliegos son ajustados a derecho y que el recurso debe ser desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones*

objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la publicación y puesta a disposición de los pliegos tuvo lugar el 29 de noviembre y la interposición del recurso el 20 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que han de regir un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Como primer motivo de recurso se invoca la necesaria división del objeto del contrato en lotes para garantizar la mejor prestación del servicio posible. En concreto se solicita la configuración de los lotes del procedimiento conforme a los siete tipos o clases de residuos sanitarios que establece el Decreto 83/1999, de 3 de junio, por el que se regulan las actividades de producción y de gestión de residuos biosanitarios y citotóxicos en la Comunidad de Madrid.

Considera que la motivación dada en el PCAP para la no división en lotes está completamente injustificada y es contraria al artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante la Directiva 2014/24) que establece, como regla general, la división del contrato en lotes y la necesidad de justificar los motivos que impiden o desaconsejan no hacerlo, la cual tiene efecto directo al no haber sido traspuesta al ordenamiento interno en el plazo establecido como han manifestado las Juntas Consultivas de Contratación de Aragón en su informe 17/2015, y Cataluña en su informe 1/2016 y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 12/2015, de 6 de abril de 2016.

Opone que precisamente por la razón esgrimida por el HUFA “*por la propia naturaleza de los residuos*” resulta conveniente la clasificación de residuos y su división por lotes conforme a la normativa aplicable.

El órgano de contratación en su informe advierte que es una obligación para el centro sanitario realizar una óptima gestión de los residuos sanitarios que genera, para evitar riesgos relacionados con la salud de los pacientes y de los propios trabajadores del centro, así como para evitar riesgos relacionados con la salud pública o el deterioro ambiental, motivo por el que se requiere una gestión integral eficaz y segura de los residuos generados en el Hospital, en los términos que precisa el PPT y más en concreto su Anexo I. Añade que esta caracterización del servicio a contratar es conforme al Plan de Ordenación de Residuos en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón, aprobado en 2013 y revisado en 2016.

Explica que la gestión debe ser “*integral*” lo que significa:

- debe comprender todas las fases de la gestión del residuo (generación selección- recogida-almacenamiento-transporte-tratamiento-eliminación).
- debe realizarse con una gestión única y coordinada por una sola empresa especializada, que aporta sus propios trabajadores especializados, su metodología de trabajo (validada por el Hospital), sus contenedores y envases, su sistema de transporte.
- debe ser eficaz, es decir, viable desde el punto de vista económico, de eficiencia en la gestión de fondos públicos, funcional, organizativa, y de reducción de riesgos ya que aunque el tratamiento de los residuos sea diferente parte de las actividades de gestión de los mismos son comunes: almacenamiento intermedio, transporte.

- debe ser segura ya que además todos los tipos de residuos requieren una alta exigencia en cuanto al registro y control de los mismos mediante un sistema de información integral y único que garantiza la trazabilidad del residuo sanitario

Por todo lo cual afirma no tendría ningún sentido la gestión de cada tipo de residuo sanitario (siete tipos) por una empresa diferente, con personal diferente y con sistemas de trabajo diferentes.

Considera además que el Hospital ha cumplido todos los requisitos legales exigibles para articular el expediente en un solo lote al haber incluido las causas que lo motivan en la Memoria de Necesidad y en el PPT, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Directiva 24/2004/UE y alega en su favor la Resolución 96/2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Añade que la pretensión del recurrente es que el contrato se divida en lotes para “vender” un equipamiento al Hospital para el tratamiento -dentro del centro - de dos tipos de residuos omitiendo deliberadamente que el artículo 33 del Decreto 83/1999, de 3 de junio, dispone que la eliminación de residuos biosanitarios especiales o de residuos citotóxicos “puede” llevarse a cabo en el propio recinto de los centros sanitarios (33.4). Pero, en este caso, hay que disponer de la correspondiente autorización de gestor de residuos biosanitarios especiales o residuos citotóxicos (33.1), a que se refiere el artículo 20 de dicho Decreto, de la que no dispone el Hospital por voluntad propia, ya que ha optado por un modelo de eliminación de sus residuos en instalaciones.

Reitera que la adquisición del equipamiento que comercializa el recurrente no es objeto del contrato sino que este es el servicio integral de gestión: se trata de un contrato de servicios no de suministros, (ni mixto).

Comprueba el Tribunal que en la memoria de necesidad y oportunidad del expediente se informa *“El Hospital Universitario Fundación Alcorcón no cuenta entre*

su plantilla con personal para la realización efectiva de las labores de transporte, retirada y tratamiento de residuos, ni tiene la autorización para gestor y transportista de residuos, por lo que es preciso proceder a la contratación de los servicios de gestión integral de residuos.

Se trata de un contrato integral, en el que el equipamiento (compactadoras, carros de transporte, recipientes,...) y su mantenimiento son propiedad del contratista. También incluye la retirada de los residuos en los puntos de generación, realizada con personal del propio contratista”.

Tanto en el PPT, como en su Anexo I (págs. 9 y ss. del PPT) y en el informe de contestación al recurso se justifica suficientemente la decisión de no división del contrato en lotes.

Como manifestara el Tribunal en la Resolución 160/2017 de 23 de mayo, alegada por el HUFA, *“Respecto de la posible división en lotes el objeto del contrato, el artículo 86.3 del TRLCSP determina que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”.*

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 46 que, *“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84. (...)”.*

La principal novedad de la Directiva, que ha de servir de criterio interpretativo del artículo 86.3 del TRLCSP una vez expirado el plazo de transposición, es que la división del objeto del contrato en lotes deja de ser la excepción y se convierte en regla general debiendo constar en el expediente informe motivado de las razones por las que ha decidido no subdividir en lotes.

La Directiva resulta aplicable en virtud de su efecto directo, al no haber sido transpuesta en el plazo previsto para ello, de manera que a partir de la finalización del periodo de transposición, 18 de abril de 2016, es necesario justificar en el expediente de contratación las razones por las que una licitación no se divide en lotes.

Con la finalidad de facilitar la participación de las PYME en la contratación pública 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, en sus considerandos 78 y 79, señala que la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo 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, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

Si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el

objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento. El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

Asimismo, la Ley de Contratos del Sector Público, que podemos traer a colación a efectos interpretativos, prevé que cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios y admite como motivo válido, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros, el hecho de que a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato, dificultarán la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico.

Tal como se indica en la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, “en el diseño de los lotes se puede tener en cuenta la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, en aquellos casos que, por motivos de incompatibilidades o de dificultades técnicas de uso o de mantenimiento, se considere más conveniente que sean ejecutados por la misma empresa contratista.”

En conclusión, correspondiendo al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de no división en varios lotes, habiendo quedado justificada en el presente caso la necesidad o conveniencia de licitación conjunta de la gestión de los distintos tipos de residuos, excepto los RSU-RSAU que los retira el Ayuntamiento de Alcorcón, para el cumplimiento de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato cuya determinación corresponde al órgano de contratación en virtud de lo establecido en el artículo 22.1 del TRLCSP, a juicio de este Tribunal la necesidad de la gestión integral de los residuos y las razones de la no división del contrato en lotes dan cumplimiento a las exigencias legales de motivación, debiendo desestimarse este motivo del recurso.

Sexto.- Como segundo motivo de recurso se alega que el pliego de prescripciones técnicas, que regula la forma y condiciones de prestación del servicio, contempla exclusivamente que la gestión de residuos se realice fuera del centro sanitario, excluyendo la posibilidad de que en el propio hospital se pudiera llevar a cabo el tratamiento de los residuos, aunque en el propio PPT se señala que *“las condiciones que deber reunir la prestación del servicio quedan descritas en el anexo I y son orientativas, no descartándose ofertas que propongan alternativas razonables que contengan un proyecto de organización distinto que cumpla el objeto de la oferta y que se describa expresamente”*.

Entiende que los pliegos de condiciones que rigen la presente licitación incumplen la normativa sectorial aplicable al no permitir la gestión intracentro de tratamiento de residuos que se generan en el hospital ya que la gestión de los residuos en el propio centro no solo es legalmente posible sino además técnicamente factible mediante la desinfección en autoclave por vapor a presión, como se aplica en la tecnología STERIFLASH de que dispone ERB para la eliminación de residuos de clase II y clase III.

Según informa el órgano de contratación, la modificación de los Pliegos solicitada por el recurrente no sería para facilitar la concurrencia o mejorar la gestión

de los residuos del hospital, sino para que se ajusten a la solución que ellos comercializan y así poder mejorar su posición en el concurso respecto de otros licitadores.

Insiste en que el artículo 33.4 del Decreto 83/1999 mencionado lo que contempla es la “posibilidad” que no la “obligación” de la eliminación en el propio recinto de los residuos biosanitarios especiales o de los residuos citotóxicos que solamente son una parte de todos los tipos de residuos que genera el Hospital.

Explica que la opción que el órgano de contratación ha elegido en el expediente P.A. 39/17, y que lleva realizando desde hace 20 años (servicio integral de gestión de residuos), incluye la gestión intrahospitalaria determinadas actividades de tratamiento (compactación, almacenamiento temporal...) y la gestión extrahospitalaria (suministro y distribución, contenedores, etiquetado, transporte, almacenamiento y tratamiento en plantas autorizadas etc.), todo lo cual es conforme a lo especificado en el Plan de Ordenación de Residuos del Hospital y a la normativa reguladora de esta actividad. Por último advierte que el PPT solo permite ofertar *“alternativas razonables que contengan un proyecto de organización distinto que cumpla el objeto de la oferta”*, lo que no significa que se pueda ofertar la eliminación de ciertos residuos en el centro, que es lo que conviene a la recurrente.

Debe recordarse que corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades y los medios para satisfacerlas en los términos del artículo 22 del TRLCSP. En todo caso para el análisis de la exigencia, el parámetro de legalidad bien determinado por la justificación de su necesidad en relación con el objeto del contrato.

Por su parte el artículo 117.2 del TRLCSP, determina que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que se puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que el hecho de que las normas que regulan las actividades, contemplen diferentes opciones técnicas, no significa que dichas opciones sean obligatorias o que se prohíban otras distintas. Serán los distintos promotores de los contratos los que deban estudiar las actuaciones a contratar y sus circunstancias para escoger el modelo que mejor satisfaga sus necesidades.

El artículo 33.4 del Decreto 83/1999, de 3 junio, literalmente indica “4. *La eliminación de residuos biosanitarios especiales o de residuos citotóxicos puede llevarse a cabo en el propio recinto de los centros sanitarios o en una instalación externa*”, siendo ambas opciones posibles siempre que cumplan los requisitos exigidos para ello.

En el caso que ahora nos ocupa, el órgano de contratación ha expuesto en su informe las justificaciones que motivan los requisitos del PPT, como son la falta de medios propios, ni tener (ni haber solicitado) la autorización preceptiva para la gestión de residuos en el centro, el cumplimiento del Plan de gestión de residuos del Hospital, la seguridad y protección de la salud de trabajadores y pacientes, la minimización de riesgo o deterioro del medioambiente, la eficacia del sistema de gestión integral de residuos por un único gestor, etc...

El principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. 1-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93). La definición de los requisitos técnicos ha de hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener

con los mismos, siendo indiferente el número de fabricantes o distribuidoras que puedan ofertar el mismo.

En este caso el PPT describe las actividades a realizar sin mencionar sistemas o métodos específicos, singulares o únicos, sino de manera genérica acorde con la normativa que regula la gestión de residuos peligrosos. Además entre los criterios de adjudicación el PCAP contempla aquellos relativos a la oferta técnica (plan de gestión; recursos humanos y materiales; mecanismos de control; criterios ambientales; gestión de envases y plan de contingencias) para la gestión externa de los residuos, iguales para todos los licitadores.

Por lo que a juicio de este Tribunal es admisible la redacción de los Pliegos en cuanto a la exigencia de gestión externa de los residuos y debe desestimarse el motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 doña M.S.C., en nombre y representación de Equipos de Reciclado Biológico, S.L., (ERB), contra los Pliegos del contrato “Contrato de servicios de gestión integral de residuos del Hospital Universitario Fundación Alcorcón y parcial del Centro de Salud Mental de Alcorcón” nº expte: PA 39/17.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.