



EB 201/074

Resolución 103/2018, de 3 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. contra las cláusulas 2.3 y 2.4 del Pliego de Bases Técnicas del contrato de “Servicio de gestión de residuos peligrosos no sanitarios de los centros de la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 6 de mayo de 2019 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. contra las cláusulas 2.3 y 2.4 del Pliego de Bases Técnicas (en adelante, PBT) del contrato de “Servicio de gestión de residuos peligrosos no sanitarios de los centros de la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 7 de mayo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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). La citada documentación se recibió entre 10 de mayo.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de doña M.J.C.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2.a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en un único argumento consistente en que las cláusulas 2.3 y 2.4 del PBT exigen que el licitador disponga de autorización para el

tratamiento y/o transporte de los tipos de residuo objeto del contrato expedida por el Gobierno Vasco, lo cual es un requisito de arraigo territorial, contrario a la libre concurrencia, pues únicamente dispondrán de dicha autorización las empresas cuyo domicilio social radique en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La pretensión del recurso es la de que se declare la nulidad de las cláusulas 2.3 y 2.4 del PBT y que el órgano de contratación convoque un nuevo procedimiento de licitación con unos nuevos pliegos ajustados a derecho, eliminando de ellos dichas cláusulas.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El órgano de contratación manifiesta que se allana a la pretensión de la recurrente y acepta convocar un nuevo procedimiento de licitación con unos nuevos pliegos que eliminen dichos apartados 2.3 y 2.4 del PBT.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre los argumentos del recurso.

a) Sobre la admisión por el poder adjudicador de la viabilidad del recurso

Con carácter previo al estudio del motivo de recurso esgrimido por la recurrente, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de la pretensión de la recurrente. El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente previsto en la LCSP ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de aplicación supletoria. Por ello, procede, por analogía, acudir al artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que regula la figura del allanamiento del demandado, y que, según su apartado segundo, implica el dictado de la resolución de conformidad

con la pretensión del recurrente, siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos. En el supuesto que nos ocupa, quien propone el allanamiento es la Directora Económico-Financiera por Resolución N° 1547/2017, de la Dirección Gerencia delegando la firma. No obstante, esta delegación únicamente lo es respecto de las funciones que en materia económico-financiera vienen atribuidas a la Dirección Gerencia, sin que entre ellas se hallen las de órgano de contratación, que es una facultad asignada al Director-Gerente en el art. 15.1.f) del Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen los Estatutos Sociales del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud. Consecuentemente, la declaración del poder adjudicador tiene la consideración de una alegación más de las que este Órgano debe tener en cuenta para la resolución del recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 162/2018 del OARC / KEAO).

b) Cláusulas impugnadas

El fondo del asunto del recurso versa sobre la vulneración por las cláusulas 2.3 y 2.4 del PBT del principio de libre competencia por contener una condición de arraigo territorial (la autorización para el tratamiento y/o transporte de los tipos de residuo objeto del contrato expedida por el Gobierno Vasco y el permiso como transportista de residuos tipo) que, a juicio de la recurrente, únicamente puede ser cumplida por las empresas cuyo domicilio social se halle radicada en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El estudio de este motivo de impugnación debe partir del contenido de las cláusulas impugnadas:

2.3. Garantías de cesión y tratamiento

El licitador deberá tener **autorización** en la Comunidad Autónoma del País Vasco para el tratamiento y/o transporte de los tipos de residuos objeto del concurso. Deberán incluirse en la oferta dichas autorizaciones expedidas por el Gobierno Vasco.

2.4. Transporte de residuos a almacenes de transferencia o plantas de tratamiento:

En aquellos residuos que tengan consideración de mercancías peligrosas, el licitador asumirá las responsabilidades de Expedidor, Cargador, Transportista y Descargador, de acuerdo con lo

indicado en el ADR (Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera) y RD 97/2014, por el que se regula las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español de los residuos objeto del expediente e indicará en su propuesta el **permiso como transportista de residuos tipo, objeto del presente concurso dentro de la comunidad autónoma del País Vasco.**

c) Sobre la autorización para el tratamiento y/o transporte de residuos

La cláusula 2.3 del PBT requiere que los licitadores dispongan de autorización para el tratamiento y/o transporte de los tipos de residuo objeto del contrato que, según la cláusula 1 del PBT, deben ser eliminados y neutralizados. La gestión de los residuos está regulada en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. En lo que concierne a la realización de una o varias operaciones de tratamiento de residuos, que consiste en las operaciones de valorización o eliminación, incluida la preparación anterior a la valorización o eliminación (artículo 3.q), las personas físicas o jurídicas que las realicen deben obtener una autorización que será concedida por el órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma donde tenga su domicilio el solicitante, si bien será válida para todo el territorio español (artículo 27.2). Por su parte, si se trata recogida de residuos sin una instalación asociada o transporte de residuos con carácter profesional, así como actividad de negociante o agente, el ejercicio de la actividad se halla sometida al régimen de comunicación previa al inicio de sus actividades ante el órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma donde tengan su sede social, que la inscribirá en su respectivo registro (artículo 29.2), si bien será válida en todo el territorio nacional (artículo 29.3).

Trasladado todo lo anterior a la cláusula 2.3 del PBT, significa que los únicos licitadores que pueden cumplir el requisito de la cláusula 2.3 del PBT serán aquellos que disponen de una planta autorizada en Euskadi (art. 27.1) o las personas físicas o jurídicas que vayan a realizar operaciones de tratamiento (en una planta que no es suya) que tengan su sede social en Euskadi.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589, apartado 25, manifiesta que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Contrastadas estas condiciones con las prescripciones técnicas impugnadas se observa que se incumple la primera de aquellas. Resulta del todo discriminatorio exigir únicamente la autorización de tratamiento y/o transporte de residuos expedida por la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca cuando la eficacia de dicha autorización, con independencia de la Comunidad Autónoma que la haya expedido, es la de todo el territorio español. De esta manera, se está estableciendo una barrera de entrada a todas aquellas empresas que no están ubicadas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, pues nunca podrán obtener la autorización solicitada en la cláusula 2.3 del PBT a pesar de que su autorización las habilita a operar en todo el territorio español, incluido el de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Estas conclusiones no se oponen a los principios de proximidad y suficiencia en los que pudiera basarse la eliminación de los residuos objeto del contrato impugnado, pues debido a la reducida dimensión territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi bien pudieran entrar en escena posibles instalaciones ubicadas en otras comunidades autónomas limítrofes, pudiendo respetarse estos principios en el contrato a través de estipulaciones diferentes a las debatidas.

Por otra parte, la cláusula 2.3 del PBT, de forma alternativa a la autorización para el tratamiento de residuos, exige, asimismo, autorización para el transporte de residuos peligrosos. Esta prescripción no puede ser satisfecha por ninguna empresa que se dedique de forma profesional a esta actividad, ya que para su ejercicio no se requiere de una autorización sino de una

comunicación previa. Téngase en cuenta que este requisito, que no es el exigido por la normativa sectorial aplicable para el ejercicio de la actividad y, por consiguiente, cuya obtención no es posible por ningún operador económico del mercado, debe acreditarlo el licitador, por lo que su omisión supone la exclusión de la oferta, lo cual resulta contrario a los principios de libre acceso y libre competencia (artículo 1 de la LCSP).

Consecuentemente, se ha de estimar este motivo de impugnación y acordar la nulidad de la cláusula 2.3 del PBT.

d) Sobre el permiso como transportista de residuos dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco

El recurrente impugna la cláusula 2.4. del PBT con los mismos argumentos que utiliza para la impugnación de la cláusula 2.3, si bien no resultan plenamente aplicables por contener la cláusula 2.4 estipulaciones relacionadas con la seguridad vial mientras que las de la cláusula 2.3 se refieren a la seguridad medioambiental. No obstante, del contexto del recurso se deduce que lo que se impugna es que el permiso como transportista de residuos tipo se halle limitado a la Comunidad Autónoma del País Vasco. La cláusula recurrida no resulta clara ni precisa en cuanto a la autorización administrativa que exige, pues podría referirse a permisos excepcionales (artículo 7 del Real Decreto 97/2014) o a la autorización administrativa especial que habilita para conducir vehículos que transportan mercancías peligrosas (artículo Real Decreto 97/2014). Esta oscuridad es contraria al principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma a lo largo de todo el procedimiento y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los

criterios aplicables al contrato de que se trate. Consecuentemente, este motivo de recurso también ha de ser estimado.

e) Conclusión

La consecuencia de la anulación de las cláusulas 2.3 y 2.4 del PBT, que establecen requisitos ilegítimos que afectan a la aptitud para contratar de los licitadores, únicamente puede ser la de la cancelación de la licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. contra las cláusulas 2.3 y 2.4 del Pliego de Bases Técnicas del contrato de “Servicio de gestión de residuos peligrosos no sanitarios de los centros de la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza, acordando la nulidad de las cláusulas 2.3 y 2.4 del PBT y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko ekainaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de junio de 2019