

**INFORME DE 12 DE MAYO DE 2016 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA ALGUNOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES TÉCNICAS Y ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS DEL CONCURSO PARA EL SERVICIO DE RECOGIDA SELECTIVA DE ACEITE USADO DE USO DOMÉSTICO DE MÁLAGA (UM/042/16).**

**I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME**

Con fecha 13 de abril de 2016 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de las previstas en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en relación con los pliegos de condiciones técnicas y económicas para el servicio de recogida selectiva de aceite usado de uso doméstico por medio de contenedores específicos instalados en la vía pública redactados por el Servicio Técnico de Limpieza del Ayuntamiento de Málaga y por el Servicio de Contratación y Compras del Ayuntamiento de Málaga, respectivamente.

Los pliegos forman parte de la documentación del concurso público convocado por el Ayuntamiento para la adjudicación del servicio descrito.

En concreto, el reclamante denuncia que entre los criterios de valoración contenidos en los documentos que rigen el concurso se incluyen los siguientes:

- a) La proximidad de los centros de actividad, de manera que se otorga la siguiente puntuación:
  - 10 puntos para centros de actividad situados en Málaga capital o distancias inferiores a 20 kilómetros.
  - 5 puntos para centros de actividad situados en la provincia de Málaga.
  - 1 punto para centros de actividad situados en Andalucía.
  
- b) El incremento de las obligaciones previstas en el contrato y su extensión a hoteles, restaurantes y empresa de catering (canal HORECA). La puntuación de este criterio depende de la extensión geográfica, otorgándose:
  - 30 puntos si se efectúa en el centro histórico y en los barrios de Pedregalejo-Palo, Malagueta y Teatinos.
  - 20 puntos si se realiza en centro histórico y en dos de los tres barrios.
  - 10 puntos se efectúa en el centro histórico y en uno de los tres barrios.

La empresa reclamante considera que la puntuación de ambos requisitos constituye una actuación contraria a las libertades de establecimiento y circulación de los operadores económicos en los términos previstos en el artículo 18.2.a)1º de la LGUM y que, en atención al criterio fijado por la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01) la consecuencia de dicha infracción sería la invalidación de todo el procedimiento.

El anuncio del concurso fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 15 de marzo de 2016.

La SECUM remitió la referida reclamación a esta Comisión el día 10 de mayo de 2016 en el marco de lo previsto en el artículo 26 LGUM.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1) Ámbito de actividad.**

La actividad a la que se refiere el presente informe es la recogida selectiva de aceite usado de uso doméstico mediante la instalación de contenedores en la vía pública para su posterior valorización.

De acuerdo con el Reglamento de Residuos de Andalucía, aprobado por el Decreto 73/2012, de 22 de marzo, el aceite de uso doméstico tiene la consideración de residuo doméstico.

### **2) Análisis de las condiciones de adjudicación.**

#### **2.1 Criterios de valoración.**

Como se ha señalado, las bases del concurso favorecen a los licitantes que tienen algún centro de actividad en la ciudad de Málaga, en dicha provincia o en la comunidad andaluza.

Ciertamente, no se indica qué debe entenderse por “centro de actividad”, pudiendo referirse a instalaciones físicas destinadas al transporte y almacenamiento del aceite.

Los pliegos justifican la utilización de este criterio argumentando que se pretende minimizar las emisiones de dióxido de carbono que el servicio genere.

El segundo de los criterios que, según el recurrente puede afectar a la libertad de establecimiento, es la ampliación del servicio a establecimientos de hostelería. A tal efecto, los licitantes deben presentar contratos o compromisos de adhesión de establecimientos de determinados barrios. En concreto, para su valoración, lo licitantes deben aportar un proyecto detallado que contemple un

censo de los posibles productores en los barrios señalados e incluya los contratos o los compromisos de adhesión de al menos del 50% de ellos:

El resto de criterios de valoración se refieren a:

- a) La calidad del servicio prestado: existencia de sensores volumétricos en los contenedores (30 puntos) y frecuencia de repintado (de entre 2 a 10 puntos).
- b) La realización de campañas de concienciación ciudadana (de 2 a 10 puntos) e implementación de medios para facilitar la recogida doméstica (hasta diez puntos).

De esta manera, sobre el total de 100 puntos, los criterios que a juicio del reclamante contradicen los principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios suponen el 40%.

## **2.2 Análisis de los criterios de valoración desde el punto de vista de la LGUM.**

### **2.2.1 Consideraciones generales.**

El artículo 18 de la LGUM exige que las autoridades competentes se aseguren de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor, no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado. Entre las actuaciones que pueden considerarse limitativas de las libertades de establecimiento y circulación se incluyen, entre otras, las que establezcan requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio y para la obtención de ventajas económicas o para la obtención de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador.

A su vez, entre estos requisitos se incluyen, en particular, que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio (artículo 18.2.a).1º).

Las actuaciones que contengan dichos requisitos serán consideradas limitativas del libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los requisitos recogidos en el Capítulo II de la LGUM.

El artículo 3 de la LGUM se refiere precisamente al principio de no discriminación de los operadores económicos en todo el territorio nacional con independencia de su lugar de establecimiento o residencia.

Por su parte, el artículo 5 dispone que los requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y que, en todo caso, deberán ser proporcionados a la razón invocada, de manera que deberá ser el medio menos restrictivo para la actividad económica.

De la misma manera, el TJUE ha manifestado en sentencias como la de fecha 27 de octubre de 2005 (asunto C-158/03), que la inclusión en los contratos públicos de criterios que obstaculicen la libre prestación de servicios (i) debe respetar el principio de no discriminación, (ii) estar justificada en razones imperiosas de interés general, (iii) ser adecuadas para garantizar la realización del objeto que persigue y (iv) no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En este caso, los obstáculos denunciados no se refieren a la posibilidad de concurrir a la licitación, sino a los criterios de valoración de las ofertas, cuya aplicación puede impedir su adjudicación a las empresas que no puedan cumplirlos por su significativo peso relativo sobre el total de los criterios de puntuación.

El TJUE también ha señalado en sentencias como la citada que no solo los requisitos de admisión deben respetar las anteriores cuatro características, sino que también los criterios de valoración de las ofertas deben ajustarse a ellas:

*(57) Además, es preciso recordar que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación que se desprende de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y que las restricciones a esta última deben cumplir, por su parte, los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia citada en el apartado 35 de la presente sentencia.*

*(58) Como se ha puntualizado en el apartado 42, dado que todos los criterios impugnados en los concursos controvertidos pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado, es necesario comprobar si tales criterios cumplen los cuatro requisitos que se derivan de la citada jurisprudencia.*

### **2.2.2 Análisis del criterio relativo a la existencia de centros de actividad.**

La naturaleza del criterio de valoración consistente en la existencia de centros de actividad en la ciudad de Málaga, su provincia o Andalucía, dificulta ser adjudicatario si el licitador no dispone de centros de actividad en ese el ámbito territorial concreto previamente, pues no se permite la mera disponibilidad de las instalaciones para el caso de resultar adjudicatario. De esta manera, no se valora que los licitadores pudieran establecer uno en el caso de ser adjudicatarios del contrato.

La justificación alegada en los documentos que regulan la licitación es la reducción de emisiones de dióxido de carbono, en la medida que esta es menor si el servicio de recogida exige desplazamientos más cortos de los vehículos con los que se realiza.

A este respecto, debe señalarse que dicho requisito favorece a las empresas que ya están establecidas en la ciudad de Málaga, en su provincia o en último términos en Andalucía, con independencia de la distancia efectiva en estos dos últimos casos.

El TJUE señala, en la citada sentencia, que la exigencia de titularidad de instalaciones, aunque pueda estar justificada (en ese caso en motivos relacionados con la salud de las personas y, en el que nos ocupa, por razones de medio ambiente), es manifiestamente desproporcionada cuando no constituye un elemento esencial para prestar el servicio de que se trata.

En cuanto a la relación con el objeto del contrato, la menor emisión de gases (a cuyo efecto, por cierto, solo se considera la distancia, pero no las características de los vehículos con los que se realiza la recogida, por ejemplo) no guarda relación con el servicio de recogida de aceite licitado. La exigencia de instalaciones o “centros de actividad” cercanos a la ciudad de Málaga antes de la ejecución del contrato podría ser innecesaria y desproporcionada en la medida en que puede no ser adecuada para garantizar la recogida más eficiente del aceite usado.

En todo caso, las emisiones de CO<sub>2</sub> resultantes del ciclo completo de tratamiento del aceite doméstico usado no se limitan con la recogida y almacenamiento, sino que es necesario llevar el aceite usado a las instalaciones donde se producirá su tratamiento y valorización. De esta manera, una empresa con centros de actividad en Málaga podría generar más emisiones si el destino del aceite recogido es su tratamiento en un centro de transferencia más alejado o si tiene procedimientos de transporte menos eficaces.

Finalmente, debe señalarse que el criterio de valoración analizado no se configura como una condición de acceso a la actividad (es decir, para presentar una oferta), sino como un criterio de valoración para la adjudicación del contrato que supone hasta el 10% de la puntuación total.

### **2.2.3 Análisis del criterio relativo a incremento de obligaciones que constituyen el objeto del contrato.**

El segundo criterio que el reclamante considera que constituye un obstáculo para las libertades de establecimiento y circulación se refiere a la asunción de obligaciones que amplían las propias del contrato. En concreto, se valora la recogida en establecimientos de hostelería. A tal fin, es necesario presentar

contratos o compromisos de adhesión. La puntuación obtenida puede suponer hasta el 30% de la total.

A juicio de la recurrente, la exigencia conculca el principio de unidad de mercado por limitar el establecimiento y la libertad de circulación de operadores económicos, si bien no se justifican los motivos por los cuales se produciría esta infracción.

Debe señalarse que, con carácter general, los poderes adjudicadores no disfrutan de una libertad incondicional para determinar los criterios de selección de contratistas. En este sentido se ha pronunciado el TJUE, entre muchas sentencias, en las de fecha 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01) y 10 de abril de 2003 (asuntos C-20/01 y C-28/01). Los criterios no han de ser de necesariamente económicos y pueden tenerse en cuenta criterios de naturaleza diferente siempre que los mismos estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

La ampliación del objeto del contrato valorada de forma favorable en los pliegos a la actividad que consiste en la recogida en el “canal HORECA” guarda una relación evidente con éste (recogida doméstica en contenedores situados en la vía pública), por lo que no constituye una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido expuesto. Además, se cumple el resto de requisitos, en especial su inclusión en los pliegos de cláusulas, sin que se conceda al ayuntamiento de Málaga la facultad discrecional de elegir al contratista.

Asimismo, la valoración de los criterios permite a los licitantes aportar los compromisos de adhesión, y no solo contratos ya vigentes, de los posibles productores en el proyecto que deben presentar.

### **III. CONCLUSIONES**

1. La inclusión de criterios de valoración de las ofertas para la adjudicación del servicio de recogida de aceites de uso doméstico consistentes en la ubicación de los centros de actividad de las empresas concurrentes a la licitación es contraria al principio de libertad de establecimiento y circulación por no respetar los principios no discriminación y de necesidad y proporcionalidad.
2. Por su parte, la mayor valoración de la ampliación del objeto del contrato en lo que se refiere a la recogida en el “canal HORECA”, en la medida en que guarda relación con el objeto del contrato y cumple el resto de

requisitos exigidos por el TJUE, no constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento o circulación.

3. En el caso de que la autoridad local no modificara su actuación para adecuarla a los principios no discriminación y de necesidad y proporcionalidad indicados en este informe, esta Comisión estaría legitimada para impugnar los actos administrativos dictados sin cumplir la señaladas exigencias, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.