



EB 2014/62 y EB 2014/73

DA 01/2014

Resolución 78/2014, de 7 de agosto de julio de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Recyoil Energy, S.L. contra la adjudicación, así como la cuestión de nulidad formulada por Ekogras Gasteiz, S.L., ambos frente al contrato que tiene por objeto el servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha de 18 de junio de 2014 se registró en el libro de entradas de este 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 presentado por la empresa Recyoil Energy, S.L. ante el órgano de contratación el 12 de junio de 2014 y calificado por la interesada como potestativo de reposición contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, acompañado del expediente y del informe al que se refiere el art. 47.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Una copia del recurso fue trasladada a los interesados el 19 de junio de 2014, no habiéndose recibido alegación alguna.

SEGUNDO: El día 21 de julio de 2014 se registró en el libro de entradas de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko



Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) escrito presentado por Ekogras Gasteiz, S.L., Ecogras Recuperación y Reciclado, S.L. y Kerabi Gestión Medioambiental, S.L. ante el órgano de contratación el 27 de junio de 2014 y calificada por la interesada como acción de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del contrato que tiene por objeto el servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

Este órgano resolutorio requirió a la entidad adjudicadora el 11 de julio de 2014 el informe al que hace referencia el art. 39.5 del TRLCSP, que fue presentado el 21 de julio de 2014.

Una copia del recurso fue trasladada a los interesados el 11 de julio de 2014, no habiéndose recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Las acciones ejercitadas en ambos procedimientos de revisión son diferentes, así como las pretensiones deducidas por las partes; la anulación del acuerdo de adjudicación con retroacción de actuaciones al objeto de admitir a la licitación a la recurrente excluida en un caso, y la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación en el otro.

No obstante, se concluye la existencia de una íntima conexión en ambos supuestos en el sentido previsto en el art. 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), pues la eventual estimación de la nulidad del procedimiento afectaría al objeto del recurso especial, razón por la que procede acumular los dos procedimientos de revisión para resolverlos en un único procedimiento y mediante una única resolución.

SEGUNDO: Las empresas Ekogras Gasteiz, S.L., Ecogras Recuperación y Reciclado, S.L. y Kerabi Gestión Medioambiental, S.L. solicitan la revisión de



oficio por nulidad de pleno derecho del expediente de contratación que tiene por objeto el servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la ciudad de Vitoria-Gasteiz sobre la base de los siguientes argumentos:

a) El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) señala expresamente que el contrato no está sujeto a regulación armonizada, omitiendo toda referencia al valor estimado del contrato ya que la cláusula 2.2.4 señala que «Este contrato no tendrá coste alguno para el ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y no requerirá financiación presupuestaria alguna.»

b) El anuncio de licitación para su contratación se publicó en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava con fecha 4 de diciembre de 2013 y en coherencia con la calificación del contrato al entender que no estaba sujeto a regulación armonizada no se cumplió con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

c) En la Resolución 61/2014, de 11 de junio de 2014, dictada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC), como consecuencia del recurso interpuesto por Eko Gasteiz, S.L. a la adjudicación del contrato, se llega a la conclusión de que el valor estimado del contrato supera los 207.000 euros y, por tanto, tratándose de un servicio incluido en la categoría 16 del Anexo II, se deduce que resulta incuestionable su calificación como contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

d) Si el contrato está sujeto a regulación armonizada, la licitación debería haberse publicado, además en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado, conforme lo establece el art. 142 TRLCSP, siendo en el presente caso exigible que el envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deba de preceder a cualquier otra publicidad.



e) Al no haberse procedido a la publicación en el DOUE del anuncio de licitación se incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), pues en el art. 37.1.a) del TRLCSP se especifica que los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, serán nulos cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.

TERCERA: La entidad adjudicadora se opone con los siguientes argumentos:

a) La tramitación del expediente de contratación se efectuó conforme a la calificación del contrato como de no sujeto a regulación armonizada. El propio recurrente en el Fundamento de Hecho segundo de su recurso, reconoce que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz ha actuado de forma coherente con la calificación del contrato. En este sentido indica el recurso que «El anuncio de licitación del contrato fue publicado en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava. En coherencia con la calificación del contrato al entender que no estaba sujeto a regulación armonizada no se ha cumplido con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea de conformidad con el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector Público.»

b) El OARC/KEAO en la Resolución 61/2014, de 11 de junio de 2014, en ningún momento considera que la incorrecta calificación del contrato como de no sujeto a regulación armonizada conlleve la declaración de nulidad prevista en el artículo 37.1.a) del TRLCSP ni la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 35.1 TRLCSP. En este sentido cabe manifestar que el art. 47.2 TRLCSP dispone que la resolución del recurso será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las



decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación y, conforme al art. 49.2 TRLCSP, la resolución será directamente ejecutiva.

c) En relación a la petición de la recurrente de suspensión de la ejecutividad del acto, señala que la adjudicación del contrato se encuentra suspendida en aplicación de lo dispuesto en el art. 45 TRLCSP al haberse interpuesto ante el OARC/KEAO un recurso especial por la licitadora Recyoil Energy, S.L., razón por la que no se ha ejecutado la Resolución 61/2014, de 11 de junio.

CUARTO: Se hace preciso iniciar el estudio de la cuestión planteada acudiendo a la Resolución 61/2014, de 11 de junio de 2014, de este Órgano resolutorio, por el que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la empresa Eko Gasteiz, S.L. contra la adjudicación de este contrato, citada tanto por la recurrente como por la entidad adjudicadora. Por lo que a la resolución de la cuestión de nulidad planteada interesa, el apartado segundo de sus fundamentos de derecho decía así:

«**SEGUNDO:** Se trata de un contrato de servicios de la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP. El poder adjudicador considera que, dado que el punto 3 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que el contrato “no tendrá coste alguno para el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz y no requerirá de financiación presupuestaria alguna”, no se dan los requisitos de los artículos 13, 16 y 40 del TRLCSP para incluir el contrato en el ámbito objetivo del recurso especial, por lo que el recurso no puede ser admitido. Puesto que no se discute la naturaleza del contrato como contrato de servicios, la viabilidad del recurso especial y, consecuentemente, la competencia de este Órgano, radica en determinar cuál es el valor estimado del contrato. Si resulta ser superior a 207.000 euros, se trataría de un contrato incluido en el ámbito del recurso especial porque ello implicaría que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada (artículo 16.1 b) TRLCSP). Hay que recordar que el valor estimado se fija por referencia al “importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación.”

En el presente contrato, si bien no hay una contraprestación pecuniaria (es decir, expresada en unidades monetarias) que deba abonar el poder adjudicador, el punto 12 de la carátula del PCAP, significativamente titulado “forma de pago”, establece que “teniendo en cuenta que el aceite vegetal usado es un residuo económicamente rentable y como compensación por el servicio prestado, el adjudicatario recibirá la totalidad del aceite vegetal usado”. La jurisprudencia comunitaria ha declarado que, para el cómputo del valor estimado, debe tomarse en consideración el valor global del contrato desde el punto de vista de la importancia



económica que representa para el potencial licitador, en el que claramente debe incluirse, en este caso, el valor de los aceites usados, por ser una retribución (aunque no sea monetaria) de la prestación contractual. Lo contrario podría llevar al absurdo de que los contratos en los que se prevé el pago en especie no estarían sujetos a regulación armonizada o al recurso especial, por grande que fuera su importancia económica real. Esta interpretación debe ser descartada por ser contraria al espíritu y finalidad del mismo concepto de “valor estimado”, que consiste fundamentalmente en medir el interés económico de un contrato para determinar en consecuencia sus requisitos de publicidad (ver la sentencia del TJ de 18 de enero de 2007, asunto “Auroux”, C-220/05).

Una vez aclarado que en el cálculo del valor estimado del contrato se incluye la entrega del aceite usado como contraprestación, debe determinarse cuál es el importe económico aproximado que corresponde a dicha entrega, es decir, la rentabilidad que el contratista puede obtener mediante su comercialización “para cualquier finalidad reglada y autorizada por la normativa vigente, preferentemente para la fabricación de biocombustible”. Ni los Pliegos ni ningún otro documento contractual contiene ese dato; no se señala un valor económico por cantidad de aceite (x céntimos por kilogramo de aceite, p.ej.) y tampoco se establece un cálculo de la cantidad de aceite que puede recogerse durante la vigencia máxima del contrato (6 años). Independientemente del reproche que ello merece por la falta de transparencia que supone, al ocultarse a los operadores económicos un dato trascendental para la elaboración de su oferta, esta omisión obliga a este Órgano a recurrir a métodos indirectos para calcular el valor estimado del contrato. Según datos obtenidos en la página web de la Viceconsejería de Medio Ambiente (Gobierno Vasco)¹, la generación de residuos de aceite vegetal (urbanos) en Álava en 2012 ascendió a 855 toneladas para 320.266 habitantes, lo que daría para los 239.949 habitantes de Vitoria – Gasteiz un total de 640 toneladas anuales. Teniendo en cuenta que se estima que en Araba se recicla el 95% del aceite, eso daría unas 608 toneladas de aceite al año, cantidad que habría que multiplicar por 6, periodo máximo de vigencia del contrato, incluidas las prórrogas (artículo 88.1 TRLCSP), lo que resultaría en que la adjudicataria del contrato podría llegar a recoger y gestionar un total de 3.648 toneladas. Para que esa cantidad de aceite supere el importe de 207.000 euros sin IVA (34.500 euros anuales, 2.875 euros mensuales), umbral que convertiría el contrato en sujeto a regulación armonizada y por lo tanto incluido en el ámbito del recurso especial, el precio por kilogramo debiera superar, aproximadamente, los 6 céntimos (concretamente, 0,0567 euros). Este Órgano conoce al menos un contrato con objeto similar en el que ese precio se estima en 26 céntimos², por lo que parece que, razonablemente, se puede entender que se supera el citado umbral. Por otro lado, el coste de las prestaciones que el adjudicatario debe asumir (adquisición e instalación de contenedores, adquisición y entrega de depósitos adecuados para la recogida de aceite, recogida del aceite en los dos garbigunes, entrega y recogida de depósitos específicos en los

¹ http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.net/r49-4892/es/contenidos/informacion/resid_no_peligrosos/es_1005/indice.html

² Ver el artículo 18 del Pliego de Condiciones Técnicas para la contratación del Servicio de recogida de aceite vegetal usado en el término municipal de Mutxamel



eventos en los que lo solicite el poder adjudicador, recogida, transporte, almacenamiento y entrega a un gestor autorizado de todo el aceite, correcta gestión de los residuos, limpieza, conservación, traslado, reubicación y mantenimiento integral de depósitos y contenedores, publicitación del servicio...) parece claramente superior a los 207.000 euros sin IVA, y dado que no es racional pensar que el contrato se ha configurado para que el contratista pierda dinero, la anterior conclusión se ve reforzada.»

Se ha de tener presente que en el recurso que dio lugar a la Resolución 61/2014 en ningún momento se discutió la naturaleza del contrato puesto que la propia entidad adjudicadora calificaba el contrato como servicios en el punto 1 de la carátula del PCAP (categoría del servicio 16). En la citada Resolución se analizó si, en razón de su valor estimado, el contrato estaba sujeto a tramitación armonizada y, por consiguiente, las decisiones adoptadas para su adjudicación se sometían a la competencia de este Órgano resolutorio, llegándose a la conclusión de que se traspasaba el umbral que convertiría el contrato en sujeto a regulación armonizada y, por tanto, incluido en el ámbito del recurso especial. La consecuencia de todo ello es que sí procede examinar la concurrencia del supuesto de nulidad denunciado.

QUINTO: En cuanto al cumplimiento de los requisitos procesales, el supuesto especial de nulidad ha sido planteado por un recurrente legitimado, pues ha manifestado un interés en el contrato al participar en el procedimiento de adjudicación y el supuesto ha sido planteado en plazo toda vez que no consta en el expediente remitido que la adjudicación haya sido publicada aún en ningún diario oficial.

SEXTO: Conforme al artículo 37.1 a) del TRLCSP:

«Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17 de dicha norma, así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros serán nulos en los siguientes casos:



a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.»

Sin embargo, el apartado 2 del propio precepto establece que:

«2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en el supuesto de la letra a) del apartado anterior si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:

a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» previstos en esta Ley.

b) Que el órgano de contratación publique en el «Diario Oficial de la Unión Europea» un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:

- Identificación del órgano de contratación.
- Descripción de la finalidad del contrato.
- Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 142.
- Identificación del adjudicatario del contrato.
- Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.

c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de publicación del anuncio.»

En el supuesto que nos ocupa, no se ha efectuado la publicidad de la licitación en el DOUE y no concurren las tres circunstancias enumeradas en el art. 37.2 del TRLCSP, pues, de una parte, la entidad adjudicadora no alega que concurren, y de otra parte, del expediente remitido no se deriva su cumplimiento, por lo que no cabe más que concluir que el contrato es nulo, siendo los efectos de esta declaración los establecidos en el art. 38 del TRLCSP en relación con el art. 35.1 de esa misma norma.



SEXTO: Tal y como desprende de la Resolución 61/2014, el cálculo del valor estimado del contrato se efectúa a los meros efectos de la conocimiento del recurso por este Órgano resolutorio, que considera que la fijación de su competencia es una cuestión de orden público, y como tal apreciable de oficio, y la única forma de salvaguardar el efecto útil del recurso especial.

En ningún caso se puede considerar que a través de la resolución de un recurso especial el OARC/KEAO está convalidando un supuesto especial de nulidad por el hecho de que no fue denunciado en su momento y, por consiguiente, tampoco objeto de debate. A estos efectos se debe tener en cuenta que en su actuar el OARC/KEAO está supeditado al mandato del art. 47.2 del TRLCSP, de congruencia de la resolución con la petición, lo cual conlleva que se ha de dar respuesta a las distintas pretensiones formuladas, evitando que se produzca un desajuste entre la parte dispositiva de la resolución y los términos en los que las partes han formulado sus reclamaciones, debiéndose evitar, por tanto, el conceder más o menos o cosa distinta a la pedida.

SÉPTIMO: La declaración de nulidad del convierte en innecesario el análisis del recurso presentado por Ekogras Gasteiz, S.L. frente al contrato por haber decaído el objeto del recurso.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 del TRLCSP 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 de 2011, el del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar la nulidad del contrato que tiene por objeto el servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, por concurrir la causa prevista en el art. 37.1. a) del TRLCSP.

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

TERCERO: 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, 2014ko abuztuaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 7 de agosto de 2014