



EB 2016/121

Resolución 121/2016, de 10 de noviembre de 2016, del 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 la cuestión de nulidad interpuesta por la empresa EKO GASTEIZ, S.L. contra el contrato de “Servicio de recogida y tratamiento de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Sasieta.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de octubre de 2016, la empresa EKO GASTEIZ, S.L. interpuso en el registro del Departamento de Administración Pública y Justicia (Zuzenean) una cuestión de nulidad en el contrato de “servicio de recogida y tratamiento de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Sasieta. El recurso tuvo entrada 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 día 10 de octubre de 2016.

SEGUNDO: Trasladado la cuestión de nulidad al poder adjudicador, la copia del expediente de contratación junto con el informe al 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) han sido recibidos en el OARC/KEAO el día 14 de octubre de 2016.

TERCERO: Remitido el recurso a los interesados el día 17 de octubre de 2016, no se han recibido alegaciones al mismo.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurrente pretende la nulidad de pleno derecho del procedimiento basada en la falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) del anuncio del procedimiento de adjudicación del contrato, lo cual les ha impedido presentar oferta. Si bien el recurrente no indica de forma expresa el concreto recurso que utiliza ni invoca expresamente un precepto legal en el que basar su pretensión, de la motivación expuesta en el escrito así como de la pretensión de nulidad del procedimiento de adjudicación se deduce que está planteando el supuesto de nulidad especial del art. 37.1.a) del TRLCSP. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el art. 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable conforme al art. 46.1 del TRLCSP a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación, no exige que los interesados denominen o concreten cuál es el recurso administrativo que específicamente están utilizando, señalando su párrafo segundo de forma expresa que «El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».

SEGUNDO: EKO GASTEIZ es una empresa que opera en el sector de actividad del objeto del contrato tal y como se deriva de su objeto social que comprende, entre otras actividades, la de “Recogida de aceites vegetales de cocina y de otro tipo para su reciclado” y, de conformidad con lo dispuesto en el 39.2 del TRLCSP, está legitimado para el ejercicio de la acción del referido supuesto especial de nulidad contractual pues alega que el requisito de la omisión de la publicación del anuncio en el DOUE ha sido obstáculo para su participación en el procedimiento de adjudicación. Asimismo, consta la representación de don E. R.P., que actúa en su nombre.



TERCERO: El plazo de interposición de supuesto especial de nulidad contractual no ha transcurrido, pues en el expediente recurrido no consta que se haya efectuado la publicación de la adjudicación del contrato (art. 39.3 del TRLCSP) ni que se haya formalizado el contrato (art. 39.4 TRLCSP).

CUARTO: En cuanto al objeto del contrato, el poder adjudicador reconoce en su informe que se trata de un contrato de servicios de la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP. No obstante, considera que el contrato no está sujeto a regulación armonizada por ser su valor estimado inferior a 209.000 pues la contraprestación que recibe el adjudicatario por el servicio prestado (recogida, tratamiento, entrega para biodiesel y limpieza y mantenimiento de contenedores) es únicamente el precio ofertado por él, mientras que el valor del aceite usado y recogido por el contratista, que queda en su propiedad, es una obligación del contrato que nada tiene que ver con el precio del mismo, por ser la mancomunidad ajena a la posible contraprestación que el contratista pudiera obtener de su entrega.

En el presente contrato el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), bajo el epígrafe de “propiedad del aceite depositado en los contenedores” especifica que “La totalidad del aceite de cocina usado depositado en los contenedores quedará en propiedad del contratista”, de lo cual se infiere que el adjudicatario adquiere la propiedad del aceite depositado en los contenedores y podrá comercializarlo quedándose con la contraprestación que reciba por su venta. Tal y como se indicó en la resolución 061/2014 de este OARC/KEAO «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).»

En la citada sentencia (asunto “Auroux”, C-220/05) se plantea la cuestión de si el “valor del contrato” ha de determinarse únicamente sobre la base de los importes abonados por la entidad adjudicadora, argumento utilizado por el poder adjudicador en el contrato que nos ocupa, concluyendo el TJUE que debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros (apartado 57).

Una vez concluido 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, los ingresos que el contratista puede obtener mediante su comercialización para considerar si el contrato se haya sujeto a regulación armonizada. Como señala el recurrente ni los Pliegos ni ningún otro documento contractual contiene el dato que otorgue un valor económico por cantidad de aceite (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 (4 años más 2 eventuales prórrogas), con el reproche que ello merece de falta de transparencia de un dato trascendental para la elaboración de su oferta por parte de los potenciales licitadores.

En un supuesto de hecho similar al que nos ocupa (Resolución 061/2014) el OARC/KEAO se vió obligado a recurrir a métodos indirectos para calcular el valor estimado del contrato, por lo que en el contrato que nos ocupa se realizará una operación similar si bien los datos se obtendrán de la “Memoria



del año 2015”¹ de la Mancomunidad Sasieta, donde figuran las cantidades de aceite de cocina recogidos por el propio poder adjudicador en el año 2015, que son los datos utilizados por el recurrente para realizar el cálculo del valor estimado del contrato y que no han sido ni rebatidos ni discutidos en el informe de contestación al recurso. Pues bien, en dicho documento consta que en el año 2015, se recogieron 65 toneladas de aceite de cocina. Esta cantidad habría que multiplicarla por 6, período máximo de vigencia del contrato, incluidas las prórrogas (artículo 88.1 TRLCSP), de donde resulta que la adjudicataria del contrato podría llegar a recoger y gestionar un total de 390 toneladas. Para que esa cantidad de aceite supere el importe de 66.728 euros sin IVA, diferencia entre lo presupuestado en el contrato sin IVA (142.272 €) y el umbral que convertiría el contrato en sujeto a regulación armonizada y por lo tanto incluido en el ámbito del recurso especial (209.000 €), el precio por kilogramo debiera superar, aproximadamente, los 0,172 €, y el recurrente aporta como prueba una factura de 30 de agosto de 2016 en la que el kilogramo de aceite comestible lo comercializa a 0,63000 €, además de que en la citada Resolución 061/2014 se dejaba constancia de un contrato con objeto similar en el que ese precio se estimaba en 26 céntimos², por lo que parece que, razonablemente, se puede entender que se supera el citado umbral por lo que nos hallamos ante un contrato de servicios con un valor estimado superior a 209.000 €. Ello significa que el contrato se haya sujeto a regulación armonizada conforme a lo dispuesto en el art. 16.1.b) del TRLCSP y, por consiguiente, la licitación debe publicarse en el DOUE de conformidad con lo dispuesto en el art. 142 del TRLCSP.

QUINTO: En lo referente al vicio de nulidad denunciado, 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

¹ <http://www.sasieta.eus/fitxategiak/dokumentuak/datuak/memoria-2015.pdf>



17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 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.»

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



En el supuesto que nos ocupa, no se ha efectuado la preceptiva publicación del procedimiento de adjudicación en el DOUE y del expediente de contratación remitido ni se deduce que concurran las tres circunstancias enumeradas en el art. 37.2 del TRLCSP ni el poder adjudicador las alega en su informe, 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: La declaración de nulidad del procedimiento de adjudicación convierte en innecesario el análisis del resto de los motivos de impugnación referidos todos ellos a la validez de diversas cláusulas del PCAP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar la cuestión de nulidad del contrato formulada por la empresa EKO GASTEIZ, S.L. y declarar nulo el contrato que tiene por objeto el “servicio de recogida y tratamiento de aceite de cocina usado”, tramitado por la Mancomunidad de Sasieta 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.