



EB 2014/158

Resolución 9/2015, de 27 de enero de 2015, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa URBASER, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Prestación de la explotación de la planta de clasificación y separación de residuos de envases ligeros de la Mancomunidad de San Marcos”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de diciembre de 2014, la empresa URBASER, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Prestación de la explotación de la planta de clasificación y separación de residuos de envases ligeros de la Mancomunidad de San Marcos”.

El mismo día se trasladó el recurso al poder adjudicador. El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron 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 18 de diciembre de 2014.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, dentro del plazo otorgado se han recibido las de la empresa CESPA, GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.U.



II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: De conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP, queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de quien comparece en su nombre.

SEGUNDO: El poder adjudicador se opone a la admisión del recurso por entender que su objeto es un contrato administrativo especial del artículo 19.1 b) del TRLCSP, que no se encuentra comprendido en el ámbito objetivo del recurso especial que prevé el artículo 40.1 TRLCSP. Las razones de esta calificación jurídica se basan en que la relación contractual se enmarca en el sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados, en que su objeto no es el propio de ninguno de los contratos administrativos típicos, en la heterogeneidad de las prestaciones contratadas, en que las prestaciones se destinan a otras entidades, y en que la retribución no es fija ni la Administración garantiza una rentabilidad mínima al adjudicatario. Por su parte, el recurrente y CESPAS estiman que la calificación hecha por el poder adjudicador no vincula al OARC / KEAO y que la verdadera naturaleza del contrato es la de contrato mixto de obras, suministros y servicios, siendo este último el componente más relevante económicamente, lo que conlleva la aplicación de la normativa correspondiente y la admisibilidad del recurso.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial –es decir, a la hora de verificar su propia competencia– no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC).

En este sentido, se observa que del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se deduce que el contrato incluye las siguientes prestaciones:



- la explotación de la planta de clasificación y separación de residuos de envases ligeros de la Mancomunidad de San Marcos, incluyendo la entrega de los materiales recuperados a un recuperador o reciclador designado por la empresa pública ECOEMBES.
- la ejecución de obras e instalaciones previstas a realizar a la actual instalación para su adecuación al nuevo proyecto de explotación a proponer por los licitadores.
- el adjudicatario conservará y mantendrá las instalaciones en perfectas condiciones de uso, incluyendo las labores periódicas de reparación o sustitución de elementos deteriorados por el uso y el mantenimiento correctivo y preventivo.

Por otro lado, el coste del contrato lo abonará la Mancomunidad en función del precio resultante de la adjudicación. El Anexo I del PCAP especifica el método de cálculo de la remuneración, a la que se aplica un porcentaje de descuento ofertado por el adjudicatario y un incentivo en función de los kilogramos recuperados de cada material y entregados al reciclador y de la efectividad anual de la Planta de Selección; finalmente, a la cantidad resultante hay que restar 100.000 euros anuales en concepto de amortizaciones a cargo de la Mancomunidad.

De lo anterior se deduce que las prestaciones pueden incardinarse sin dificultad en tres tipos contractuales típicos: los servicios (de mantenimiento), los suministros (del material recuperado que se entrega al recuperador o reciclador) y la obra (en las instalaciones), tal y como éstos se definen en los artículos 6, 9 y 10 del TRLCSP. En particular, hay que resaltar que ni en la definición de los suministros ni en la de los servicios se considera relevante que el destinatario de la prestación sea el poder adjudicador u otra persona distinta. Debe descartarse pues que nos encontremos ante un contrato administrativo especial, pues esta categoría contractual se caracteriza, según el artículo 19.1 b) TRLCSP, por su declaración expresa en una Ley –que no es el caso– o por tener un objeto distinto que el de los contratos administrativos típicos.



Por otro lado, no es cierto, a pesar de que los Pliegos usen esos términos, que haya en el contrato “explotación de un servicio”, pues no se trata de ofrecer prestaciones a terceros que pueden o no demandarlas y, que, en caso de recibirlas, pagan por ellas un precio al adjudicatario; sino de una actividad propia de la Mancomunidad que esta realiza mediante contrato con una empresa y cuyo precio ella misma satisface. En el mismo sentido, tampoco hay ninguna transferencia o asunción del riesgo, más allá de la que se predica con carácter general para cualquier contrato administrativo (artículo 215 del TRLCSP), pues es común en los contratos de servicios o suministro de tracto sucesivo que la remuneración dependa de las unidades realmente entregadas (artículo 9.3 a) del TRLCSP) y de aplicación general que el precio pueda variar en función del cumplimiento de objetivos (artículo 87.4 TRLCSP). Por ello, debe descartarse que el contrato analizado pueda ampararse en las figuras de concesión de obra (artículo 7 del TRLCSP) o concesión de servicios (artículos 8 y 277 a) del TRLCSP).

A la vista de lo anterior, hay que concluir que, al concurrir los rasgos de varios contratos típicos, deben aplicarse las normas propias del contrato mixto para determinar cuál es la normativa aplicable al régimen de recursos. El artículo 12 TRLCSP establece que “cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”, precepto que este Órgano entiende que se extiende a la determinación del régimen de impugnación de los actos del procedimiento de adjudicación, pues los recursos se insertan dentro de él. Este precepto debe matizarse con la jurisprudencia comunitaria (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/4/2007, asunto C-220/05, de 21/2/2008, asunto C-412/04, y de 6/5/2010, asunto C-145/08), de la que se deduce que la determinación del régimen jurídico de un contrato mixto no puede suponer que se eluda la aplicación de las Directivas si la prestación considerada principal tras un análisis global y funcional del contrato es la propia de un contrato sujeto



a ellas. Esta situación indeseada puede darse cuando concurren en un mismo negocio jurídico prestaciones del contrato de obras (cuyo umbral para la regulación armonizada está en 5.186.000 euros de valor estimado) y prestaciones de servicios o suministros (sujetos al recurso especial a partir de los 207.000 euros). Si se aplicara únicamente el criterio del artículo 12 TRLCSP, podría suceder que a un contrato cuyo objeto principal sea un servicio o suministro cuyo valor estimado conlleve su sujeción al recurso especial no se le apliquen las normas correspondientes porque también incluye obras, accesorias respecto al objeto principal pero cuantitativamente más relevantes, aunque no alcancen el umbral de armonización que marca la sujeción al recurso especial. En el caso analizado no consta expresamente en el PCAP el valor estimado. Sin embargo, sí es claro, y las partes no lo discuten, que el objeto principal es la actividad de clasificación, separación y entrega de envases ligeros, actividad propia que la Administración pretende externalizar, y que las obras en la instalación son accesorias en el sentido de que su finalidad está subordinada a la mejor consecución de dicho objeto. Dado que el presupuesto anual del contrato asciende a los 2.100.000 euros, sin IVA (punto 7.1 del PCAP), se superan ampliamente los 207.000 euros que permiten considerar el contrato como sujeto al recurso especial en las categorías de servicios y suministros. Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite. La recalificación de la naturaleza del contrato tiene efectos únicamente en el ámbito procesal, sin que quepa extenderlo al análisis de la compatibilidad del contenido de los Pliegos con el régimen jurídico de su verdadera tipología, cuestión distinta y en la que el OARC / KEAO, de acuerdo con el principio de congruencia (artículo 47.2 del TRLCSP), no va a entrar por no ser objeto del recurso.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: La Mancomunidad de San Marcos tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los motivos impugnatorios aducidos por el recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) Se ha valorado a la oferta ganadora dentro de los criterios de adjudicación la aportación de una nave industrial vecina a la Planta de Clasificación, la cual cumpliría funciones de almacenamiento y ubicación del taller de mantenimiento, mejorando así la operatividad de la Planta. Se da la circunstancia de que la oferta señala que tal inmueble es propiedad del licitador, lo que no es cierto en el momento de presentar la proposición ni lo es en el momento de la adjudicación ni, según los datos del Registro de la Propiedad, a fecha 9 de diciembre de 2014. Consecuentemente, se ha valorado una oferta incierta e hipotética, a pesar de que la Administración conocía esta circunstancia.

b) No se han valorado al recurrente aspectos recogidos en la propuesta, como son el triaje de voluminosos en cabina, diversas modificaciones que difieren de la propuesta básica de modificaciones que figura en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), cronograma de actuaciones, descripción del plan de formación, medios técnicos y humanos adscritos al servicio, mejoras relativas al almacenamiento de los materiales y mejoras relativas al informe anual de Envases Ligeros.

c) Finalmente, solicita la exclusión de la mercantil adjudicataria impugnada TRIENEKENS PAÍS VASCO, S.L. (en adelante, TPV) y, subsidiariamente, la retroacción del procedimiento a la fase de evaluación de las ofertas.

SÉPTIMO: Las alegaciones de CESPAS son, en resumen, las siguientes:



- a) La resolución impugnada no le ha sido notificada.
- b) La calificación jurídica del contrato es incorrecta, debió calificarse como contrato mixto, siendo aplicable la regulación del contrato de servicios por ser la prestación económicamente más relevante.
- c) Se vulnera el límite legal de vigencia de los contratos de servicios y no se ha publicado el preceptivo anuncio en el DOUE, lo que conlleva la anulación del contrato.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La oferta del adjudicatario no incurre en ninguna falsedad; la citada oferta contiene un contrato suscrito por el adjudicatario con la empresa que es el único acreedor hipotecario de la nave en cuestión. En virtud del contrato, dicha empresa se obliga frente a TPV a acudir a la subasta de la nave y a cederle el remate con la finalidad de adquirir la propiedad cuando la venta sea viable, siendo todo ello reflejado en el informe técnico que sustenta la adjudicación. Por otro lado, la aportación del inmueble es una mejora que debe cumplirse cuando se inicie la ejecución del contrato, no se exige que se cumpla en el momento de presentar la oferta. El informe del poder adjudicador aclara que le consta un acta judicial de 5 de diciembre de 2014 que acredita la cesión a TPV.
- b) Respecto a la supuesta arbitrariedad de la valoración, el poder adjudicador invoca la discrecionalidad técnica que le asiste para efectuarla, la cual se ha ejercido lícitamente y de modo razonablemente fundado. En este caso, el informe técnico, emitido por ECOEMBES, entidad ajena al poder adjudicador, garantiza la imparcialidad e idoneidad técnica de la valoración. Además, el poder adjudicador discute las alegaciones contra aspectos concretos de la valoración formulada por el recurrente.



NOVENO: El recurrente alega que la declaración contenida en la oferta ganadora sobre la propiedad de un inmueble que iba a aportar a la ejecución del contrato es falsa, y que ello debe suponer su exclusión o, al menos, la revisión de la valoración que justifica el acto impugnado. Revisada la documentación que consta en el expediente, se observa que, efectivamente, TPV declara en varios apartados de su oferta que la nave es de su propiedad, lo que, según afirma el propio poder adjudicador en su informe, no era cierto. Sin embargo, en otro apartado de la oferta se especifica que el inmueble se obtendrá mediante su adquisición a un tercero que se ha comprometido contractualmente con TPV a conseguir el bien y proceder a su venta, adjuntándose además el citado contrato. Por ello, con independencia de que los términos en los que se expresa TPV no sean los más correctos, no se aprecia contradicción, pues del análisis global de la proposición se deduce claramente que la intención es obtener el inmueble con posterioridad a la presentación de la oferta, lo que no es obstáculo para valorar su aportación, pues existe un sólido indicio de que efectivamente podrá adquirirlo y ponerlo a disposición del contrato. Así lo entendió, correctamente, el informe técnico que fundamenta la adjudicación. Por otro lado, como bien señala el poder adjudicador, ni el TRLCSP ni el PCAP obligan a que el licitador disponga en el momento de presentar su oferta de todos los bienes necesarios para la satisfacción de los compromisos contenidos en su proposición, sin perjuicio de que, en su caso, la falta de cumplimiento de dichos compromisos tenga los efectos legales que correspondan, como pueden ser la imposición de penalidades o resolución del contrato.

DÉCIMO: Respecto a las críticas a la valoración de las ofertas, y al igual que hemos hecho en otras ocasiones, debe exponerse en primer lugar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO (ver, por todas, la Resolución 62/2014) se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación



7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Analizado el informe técnico que motiva el acto impugnado, se observa que contiene una motivación suficiente de las puntuaciones otorgadas, con referencia a los aspectos concretos de las proposiciones, sin que se incurra en vicio legal o arbitrariedad alguna, únicas cuestiones sobre las que este Órgano puede pronunciarse. Por ello, este motivo debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa URBASER, S.A. contra la adjudicación del contrato “Prestación de la explotación de la planta de clasificación y separación de residuos de envases ligeros de la Mancomunidad de San Marcos”.



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: Levantar la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 TRLCSP.

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

QUINTO: 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, 2015eko urtarrilaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de enero de 2015