



EB 2018/145

Resolución 149/2018, de 6 de noviembre de 2018, 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 Asociación Española de Recicladores Recuperadores de Papel y Cartón (REPACAR) contra los pliegos del contrato de “Servicio de venta del papel-cartón procedente de las recogidas selectivas de los residuos en la Mancomunidad de Lea-Artibai”, tramitado por la Mancomunidad de Lea-Artibai.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de octubre de 2018 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 la Asociación Española de Recicladores Recuperadores de Papel y Cartón (REPACAR) frente a los pliegos del contrato de “Servicio de venta del papel-cartón procedente de las recogidas selectivas de los residuos en la Mancomunidad de Lea-Artibai”, tramitado por la Mancomunidad de Lea-Artibai.

SEGUNDO: El 15 de octubre 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). Dicha documentación se recibió el día 30 de octubre.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO: Con carácter previo a cualquier otra cuestión, por ser el primer requisito de admisibilidad a estudiar, este OARC / KEAO debe decidir sobre su propia competencia, improrrogable a la vez que irrenunciable (ver, en este sentido la STSJ PV 352/2015, de 20 de julio de 2015), para instruir y resolver la impugnación de REPACAR, contra la adjudicación del contrato contra los pliegos del contrato de “Servicio de venta del papel-cartón procedente de las recogidas selectivas de los residuos en la Mancomunidad de Lea-Artibai”,

Considera el recurrente que la calificación del contrato como de servicios no es procedente porque no existe servicio que contratar y no hay contraprestación alguna por parte del poder adjudicador, sino, por el contrario, la obligación del adjudicatario de abonar un precio por el papel y cartón que le vende el poder adjudicador.

Por el contrario, el poder adjudicador considera que nos hallamos ante un contrato de servicios porque se demanda una prestación de hacer (artículo 17 de la LCSP), consistente en recepcionar, comprar y pagar el precio del papel, debiendo ser ejecutado este servicio de forma sucesiva y por un precio unitario, sin que nada de ello implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Consecuentemente, resulta preciso calificar el contrato para determinar si nos hallamos ante un contrato de servicios tal y como afirma el poder adjudicador, en cuyo caso estaría sujeto al recurso especial en materia de contratación si su valor estimado fuera superior a 100.000 euros (artículo 44.1.a) de la LCSP), o ante un contrato patrimonial, tal y como afirma el recurrente, en cuyo caso quedaría excluido de la aplicación de la LCSP, y consiguientemente, del recurso especial (artículo 9 de la LCSP) o, ante otro tipo de contrato, como una concesión de servicios, en cuyo caso estaría sujeto a recurso especial si su



valor estimado fuera superior a tres millones de euros (artículo 44.1.a) de la LCSP)

Debido a ello, procede analizar las estipulaciones del contrato y, en concreto, aquellas que regulan su objeto y su forma de remuneración, siendo las cláusulas más relevantes para la resolución de la cuestión planteada, las que a continuación se reproducen:

a) Del Pliego de cláusulas administrativas particulares

1.- OBJETO DEL CONCURSO

Es objeto del presente pliego el establecimiento de las estipulaciones que han de regir en el contrato de venta del papel-cartón procedente de las recogidas selectivas de los residuos urbanos y asimilables que la Mancomunidad de Lea-Artibai.

(...)

4.- VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO Y PRECIO DE LICITACIÓN

El valor estimado del contrato es 504.685,00 Euros. 302.811,00 Euros por tres años. 100.937 € (cien mil novecientos treinta y siete euros) anuales.

Los licitadores deberán presentar su mejor oferta en términos de "euros por tonelada entregado" para la adquisición del papel-cartón resultante de las recogidas selectivas de los residuos urbanos y asimilables de papel y cartón, y que se entenderá como el precio a percibir por la Mancomunidad de Lea-Artibai por la venta de ese material.

El papel y cartón será el procedente de la recogida selectiva de contenedores azules, recogida de cartón a comercios e industria, en la recogida que se pueda realizar "puerta a puerta" o cualquier otro sistema de recogida que la Mancomunidad de Lea-Artibai, en el ámbito de los municipios que la integran, establezca mientras dure el contrato de venta.

En dicha oferta no estará incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

El precio y su variación estará referenciado al precio mensual de la estadística de precios de papel recuperado en España de ASPAPEL .

Según las referencias de los precios de mercado publicados mensualmente por la Asociación Española de Fabricantes de Pasta, Papel y cartón (ASPAPEL), se establecerán las siguientes tasas de licitación:



- MATERIAL A. Materiales recogidos en los contenedores azules y en las recogidas "puerta a puerta": CALIDAD ASPAPEL 1.01 ("mezcla sin clasificar").
- MATERIAL B. Materiales recogidos en comercios e industrias (cartón de embalajes): CALIDAD ASPAPEL 1.04 ("cartón de supermercado").

Los licitadores pueden mejorar dichos precios. Para ello, en sus ofertas deben precisar para cada precio:

- Referencia ASPAPEL + mejora que se propone del precio en €/TN.

No se admitirán ofertas que sean inferiores a la referencia ASPAPEL

Sera obligación del contratista la recepción, selección, clasificación, acondicionamiento y posterior envío a una Planta Papelera para su reciclaje, del papel y cartón procedentes de la recogida selectiva entregado por la Mancomunidad de Lea-Artibai en las instalaciones de almacenaje y/o recuperación del contratista, según los orígenes, las calidades y las cantidades estimadas (según dato del 2016) que se presentan a continuación.

Para llevar a cabo el cálculo de los distintos tipos de materiales se ha tomado como referencia la cantidad de "mezcla sin clasificar: 1.01" recogida el año 2017: **1.064.540 kg**.

Suponiendo que el 50% de ese material pueda ser del tipo 1.01 y el otro 50% sea 1.04, las cantidades estimadas a gestionar se especifican en el siguiente cuadro:

ORIGEN	CALIDAD	Kg/año (dato estimado)
- Materiales recogidos en los contenedores azules y en las recogidas puerta a puerta	1.01	Previsto: 532.270
- Materiales recogidos en los Garbigunes y cartón recogido en comercios e Industrias	1.04	Previsto: 532.270

Los licitadores deberán ofertar un precio para el material procedente de los servicios de recogida de los contenedores ubicados en la vía pública, calidad 1.01 "Mezcla de papel y cartón sin clasificar" y otro para el cartón y envases de cartón recogido en los servicios destinados a comercios, polígonos industriales, vertederos y garbigunes, calidad 1.04 "Cartónsupermercados".

Se considerarán dos calidades de papel recuperado, definidas en la lista de la norma "UNE-EN 643 - Papel y cartón. Lista europeo de calidades normalizados de papel y cartón recuperado".

- **Calidad 1.01: "Mezcla de papel y cartón sin clasificar"**



La calidad “1.01” representa toda la fracción de Recogida Selectiva monomaterial de papel y cartón, a través de contenedores de aportación ciudadana instalados en los municipios que integran la Mancomunidad de Lea-Artibai

• **Calidad 1.04: “Cartón supermercado”**

La calidad “1.04” representa la fracción de cartón seleccionado en origen recogido selectivamente en áreas comerciales y polígonos industriales, utilizando para ello contenedores específicos, jaulas, contenedores abiertos, equipos de compactación, recogida manual o cualquier otro modo de selección y transporte que en cada momento apruebe la Mancomunidad de Lea-Artibai.

Los licitadores, no obstante, deberán prever un incremento progresivo en las cantidades de papel-cartón a recepcionar durante el periodo de vigencia del contrato, consecuencia lógica de la progresiva concienciación social y el consiguiente incremento de la participación ciudadana en los sistemas de Recogida Selectiva propuestos.

El pesaje, la calidad y el destino se realizarán conforme a lo dispuesto en las características técnicas de este pliego.

NO SE ADMITIRAN DESCUENTOS EN EL PRECIO POR RECHAZO.

1. Entendiendo que la ejecución del contrato se va a desarrollar en la Costa Cantábrica, con la meteorología que tiene característica, no se admitirá el precio por rechazo, por material entregado, el cual podrá estar en malas condiciones de calidad debido a los niveles de humedad o limpieza.

2. Asimismo tampoco se admitirá descuentos por elementos no deseados (rechazo que no sea papel ni cartón), la cual en ningún caso podrá ser motivo de descuento, y deberá tenerse en cuenta estos aspectos en el precio que los licitadores realicen en sus ofertas.

(...)

b) Del Pliego de condiciones particulares

2.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

El contratista deberá cumplir las siguientes condiciones:

2.1.- INSTALACIONES DE ALMACENAJE Y/ O RECUPERACIÓN DE PAPEL Y CARTÓN

- Desde que entre en vigor el contrato, el adjudicatario debe estar debidamente reconocido por parte de ECOMBALAJES ESPAÑA, S.A., según las condiciones del Convenio marco suscrito por la Comunidad Autónoma Vasca y el sistema Integrado promovido por Ecoembalajes España. SA



- El papel y cartón recogido, será transportado y descargado en las instalaciones de almacenaje o/y de recuperación propuestas por el contratista y aceptadas por la Mancomunidad de Lea-Artibai.
- Con el fin de que la entrega del papel y cartón recogido en los municipios de Lea-Artibai no suponga incremento en los costes de transporte ni aumento en los impactos ambientales derivados de las emisiones de gases de efecto invernadero, las instalaciones se ubicarán obligatoriamente en alguno de los municipios que integran la Mancomunidad de Lea-Artibai durante toda la vigencia del contrato, o en su caso, a una distancia igual o inferior a 50 Km. contados desde la planta de Andonegi en el municipio de Berriatua (Merelludi, 32), midiendo dicha distancia sobre la red principal de carreteras.
- Las instalaciones estarán equipadas con la maquinaria, material y equipos técnicos necesarios para la manipulación y acondicionamiento del papel y cartón descargado y el personal necesario para atender esta obligación, sin implicar en ningún momento ni al personal ni a los medios materiales que dispone la empresa encargada de la recogida de residuos contratada por la Mancomunidad de Lea-Artibai. Dichas instalaciones contarán con todas las autorizaciones pertinentes para ejercer la actividad. Estas instalaciones deberán ser adecuadas para que realicen descargas todo tipo de camiones de la Mancomunidad de Lea-Artibai.
- El adjudicatario deberá asegurar que las descargas de material podrán realizarse cualquier día del año, incluso en festivos, tanto en horario diurno como nocturno, facilitando si fuera preciso la llave de acceso a sus instalaciones.
- Los licitadores deberán presentar una Memoria Técnica en la que se describan detalladamente las instalaciones de Almacenaje y/o Recuperación propuestas para efectuar la entrega de papel y cartón (ubicación, dimensiones, accesos, equipamientos etc.) y los medios humanos y materiales asignados a dichas instalaciones, a efectos de comprobación del requisito de solvencia técnica exigido en el presente Pliego.
- Se deberá tener en cuenta, y no será objeto de reclamación alguna por parte del contratista, la posibilidad de tener que realizar modificaciones en las instalaciones (ampliaciones, traslados, etc.) en caso de producirse un aumento en las cantidades entregadas por la Mancomunidad de Lea-Artibai como consecuencia de la progresiva concienciación social y el consiguiente incremento de la participación ciudadana en los sistemas de Recogida Selectiva propuestos.
- Así mismo, no se reclamará nada por tener que realizar contratación de más personal por el motivo anteriormente citado.
- El adjudicatario del presente procedimiento se comprometerá, por el mero hecho de participar en el mismo, a garantizar el funcionamiento de las instalaciones de



Almacenaje y/o de Recuperación propuestas durante la vigencia del contrato, inclusive sus prórrogas (en caso de haberlas).

- Así mismo habrá de dar cuenta de manera inmediata a la Mancomunidad de Lea-Artibai de cuantas modificaciones realice en cuanto a procedimientos de trabajo, métodos de clasificación, maquinaria, personal y otros.

2.2. -PESAJE DEL PAPEL Y CARTÓN

- El pesaje del papel y cartón recogido se realizará en las instalaciones de almacenaje y/o recuperación que el adjudicatario disponga.
- El pesaje de los materiales que serán base de la facturación ha de realizarse en una báscula aprobada por la Mancomunidad de Lea-Artibai, que siempre habrá contar con calibraciones certificadas y legalizadas (poseerá el certificado de control metrológico de verificación otorgado por el Departamento de Industria del Gobierno Vasco).
- La Mancomunidad se reserva el derecho a cambiar de báscula de referencia.
- Así mismo, la Mancomunidad de Lea-Artibai podrá realizar las comprobaciones que estime oportunas pudiendo realizar el pesaje del material recogido en cualquiera de las básculas que estime oportunas.
- Una vez al mes se entregará a la Mancomunidad de Lea-Artibai una relación detallada de los pesajes efectuados, así como las horas de pesaje, origen y tipo de material, matrículas de los vehículo, etc. ..
- El adjudicatario ha de entregar de manera obligatoria al conductor de la Mancomunidad de Lea-Artibai que acuda con el material recogido para su pesaje una copia del ticket de pesaje para que la Mancomunidad de Lea-Artibai pueda realizar la correspondiente comprobación.

(...)

2.4. -DESTINO FINAL DEL MATERIAL ENTREGADO

El contratista destinará el material recepcionado a su reciclaje, entendiendo como tal el aprovechamiento del papel y cartón recuperado como materia prima para la obtención de pasta de papel y posterior fabricación del producto original u otros productos celulósicos afines.

La gestión de los materiales recogidos se realizará según las siguientes preferencias o prioridades:

- Reutilización
- Reciclaje de materiales
- Valorización energética
- Conducción a vertedero autorizado del rechazo no aprovechable. Ésta ha de ser inevitablemente la última opción tras descartar las opciones anteriores en el orden establecido.



Considera el recurrente que el contrato ha de ser calificado como patrimonial, ya que nos hallamos ante un contrato de compraventa. Este argumento debe ser desestimado a la vista de las cláusulas transcritas. Es claro que no nos hallamos ante una mera compra venta de bienes patrimoniales, sino ante la demanda de una prestación de hacer que consiste en la recogida de papel y cartón, su traslado a un tipo concreto de instalaciones para su clasificación y pesaje y que el material tenga un destino concreto, especificado en las bases del contrato. A tal efecto, se imponen una serie de obligaciones al adjudicatario referidas a cada una de estas fases de recogida y destino del material. Concluido que nos hallamos ante la compra de un servicio la duda es la de si nos hallamos ante un contrato de servicios o ante un contrato de concesión de servicios.

Resulta sobradamente conocido que la diferencia entre ambos tipos de contratos radica en la contrapartida de la prestación del servicio; en el primero es un precio, mientras que en el segundo viene constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 15.1 de la LCSP). La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre, conforme al artículo 15.2 de la LCSP, la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico en los términos del artículo 14.4 de la LCSP, lo cual implica la transferencia al concesionario del riesgo de demanda, que es el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato, o el riesgo de suministro, que es el relativo al suministro de las obras o servicios, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda objeto del contrato, o la transferencia de ambos riesgos, tanto el de demanda y como el de suministro. En todo caso, se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.



La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Examinadas las cláusulas anteriormente transcritas, se observa que el adjudicatario debe abonar al poder adjudicador una cantidad en euros por tonelada resultante de la recogida de papel y cartón según su calidad (Calidad ASPAPEL 1.01 “mezcla sin clasificar” y Calidad ASPAPEL 1.04 “cartón de supermecado”). El precio por tonelada a ofertar se compone de dos conceptos: el primero, es una cantidad fija y es el precio mensual de cada calidad de papel que figura en la estadística de precios de papel recuperado en España facilitado por Asociación Española de Fabricantes de Pasta, Papel y Cartón (ASPAPEL) y, el segundo, la mejora que propone el licitador respecto al precio de referencia de ASPAPEL. La suma de estos dos conceptos a cada tonelada de papel recogido según su calidad es el importe que el adjudicatario debe abonar al poder adjudicador.

Pudiera pensarse que en el precio ofertado se puede llegar a eliminar el riesgo, ya que consiste en un precio medio elaborado por el propio sector; no obstante, este OARC/KEAO considera que existe una exposición real a las incertidumbres del mercado, ya que el precio medio a abonar es del pasado y el poder adjudicador no garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados por la adjudicataria en el marco de la gestión de sus actividades, ya que ésta siempre asumirá parte del riesgo de los costes en los que incurra al vincular éstos a la incertidumbre del suministro, pues se desconoce el volumen de cartón y papel a recoger, y no se admiten descuentos si el material recogido se halla en malas condiciones debido a los niveles de humedad propios de la costa cantábrica donde se debe realizar la recogida, o si las condiciones en las que se halla obligan a su limpieza, o si se recoge material de rechazo que carece de valor. Todo ello supone un coste para la adjudicataria sobre el que no dispone de certeza. Téngase en cuenta que la humedad depende de la



concreta climatología de lugar, que no se puede predecir, y los materiales que son depositados al igual que el estado en el que se hallan no dependen de ninguna de las partes contratantes, sino de los usuarios del servicio. Precisamente, los argumentos del recurso se dirigen a eliminar esta incertidumbre al solicitar que se incluyan en el contrato descuentos del precio a abonar por estos conceptos.

De todo ello, cabe concluir que, aunque limitada, existe una exposición real y no hipotética a las incertidumbres del mercado, lo cual supone que el contrato se califique como una concesión de servicios.

El artículo 44.1.a) de la LCSP dispone que se sujetarán al recurso especial en materia de contratación, entre otras, las concesiones de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros. Examinado el contrato que nos ocupa se observa que su valor estimado es de 504.685,00 €, por lo que este OARC/KEAO no es el competente para la resolución del recurso planteado, el cual deberá ser tramitado y resuelto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículo 44.6 de la LCSP).

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: Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Recicladores Recuperadores de Papel y Cartón (REPACAR) contra los pliegos del contrato de “Servicio de venta del papel-



cartón procedente de las recogidas selectivas de los residuos en la Mancomunidad de Lea-Artibai”, tramitado por la Mancomunidad de Lea-Artibai, por no ser este OARC/KEAO competente para su revisión y trasladar el recurso al poder adjudicador para su tramitación y resolución conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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

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, 2018ko azaroaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de noviembre de 2018