



**EB 2014/51**

**Resolución 61/2014, de 11 de junio de 2014, 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Eko Gasteiz, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida selectiva de aceite de cocina usado”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 16 de mayo de 2014, la empresa Eko Gasteiz, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida selectiva de aceite de cocina usado”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

**SEGUNDO:** Con fecha 21 de mayo se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose en plazo las de las empresas Recyoil Energy, S.L., y Ekogras Gasteiz, S.L. Consta asimismo el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En el expediente se acredita la legitimación del recurrente y la representación de D. E. R.P. de .N. que actúa en su nombre.

**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.

Dado que no se discute la naturaleza de servicios del contrato, 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 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 (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)<sup>1</sup>, 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

---

<sup>1</sup> [http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.net/r49-4892/es/contenidos/informacion/resid\\_no\\_peligrosos/es\\_1005/indice.html](http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.net/r49-4892/es/contenidos/informacion/resid_no_peligrosos/es_1005/indice.html)



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), de donde resulta 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 céntimos<sup>2</sup>, 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 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.

**TERCERO:** El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

---

<sup>2</sup> 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



**CUARTO:** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública (artículos 3.1 a), 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP).

**SEXTO:** La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

- a) El informe de valoración de las ofertas dice textualmente que la adjudicataria plantea otros dos modelos opcionales de contenedor a tener en cuenta por los servicios técnicos municipales (STM); lo mismo sucede en el apartado referido a la estética.
- b) El punto 7 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) dice textualmente que no proceden las variantes, por lo que la admisión de la oferta infringe el artículo 147 TRLCSP.
- c) La empresa Recyoil Energy, S.L. fue excluida por presentar variantes.
- d) Finalmente, se solicita la exclusión de la adjudicataria impugnada y la adjudicación del contrato a la recurrente, por ser la siguiente en puntuación y haberse atendido a lo requerido en el Pliego.

**SÉPTIMO:** La empresa Recyoil alega que fue excluida por encontrarse en el mismo supuesto que la adjudicataria impugnada, por lo que ha existido un trato arbitrario, lo que supondría la nulidad del procedimiento.

**OCTAVO:** La empresa Ekogras, adjudicataria del contrato, solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación con los siguientes argumentos:



- a) No se puede considerar que se haya presentado una variante no prevista en los Pliegos. Las variantes son “propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los pliegos de condiciones” (Resolución 2/2012 del Tribunal Administrativo de la Contratación de la Comunidad de Madrid).
- b) EKOGRAS sólo presenta una única propuesta con un modelo de contenedor cuya descripción física y características técnicas se desarrollan de manera exhaustiva a lo largo de la memoria, lo que no sucede con otros modelos de contenedor. La referencia que la Memoria hace a otros dos modelos no es una propuesta alternativa en el sentido del artículo 147 TRLCSP, pues no se plantea ni se busca una solución técnica diferente o complementaria, sino que es una única propuesta. Simplemente se dice que hay otros modelos de contenedores que cumplen las mismas características, pero que ni se contraponen al modelo propuesto ni se ofrecen como alternativa, y así lo ha entendido, correctamente, el poder adjudicador.
- c) Lo mismo cabe decir de la supuesta existencia de dos propuestas de diseño. La oferta establece que “se utilizarán los (colores) especificados en el pliego de condiciones técnicas, y siempre bajo la aprobación de los STM” y que “la propuesta está abierta a los cambios que se consideren convenientes por parte de los STM, quienes aprobarán el diseño final de la misma.” Ello no implica la presentación de propuestas alternativas y contrapuestas motivadoras de exclusión.
- d) Por otro lado, el Órgano que resuelve el recurso especial no puede sustituir la competencia del órgano de contratación para adjudicar el contrato, como pide el recurrente.

**NOVENO:** Aparte de las consideraciones sobre la inadmisibilidad del recurso, ya mencionadas en el fundamento jurídico segundo, el informe del poder adjudicador no formula alegación alguna sobre el fondo del recurso.



**DÉCIMO:** El artículo 147 TRLCSP establece en su párrafo 1 que «cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.» En el caso analizado, el punto 7 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es muy expresivo cuando afirma que “no procede” la presentación de variantes o alternativas. Consecuentemente, las ofertas de los licitadores que presenten variantes deben ser excluidas. Debe recordarse que las variantes, siempre que estén autorizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 147 TRLCSP, son la única posibilidad de que los licitadores presenten varias ofertas simultáneas sin que ello suponga el rechazo de todas ellas (artículo 145.3 TRLCSP). Llegados a este punto, sólo queda determinar si la propuesta del adjudicatario infringe efectivamente, como sostiene el recurrente, la prohibición de presentar variantes.

Analizada la oferta de la empresa adjudicataria, se observa que el apartado 2.7 de su oferta técnica (páginas 309 y 310 del expediente) se titula “contenedor opcional” y contiene una descripción de dos modelos, incluyendo su capacidad, dimensiones y colores, acompañándose también fotografías. Debe recordarse que el apartado 2 se titula “Modelo de contenedor” y el 2.1 “Sistema propuesto”. A pesar de que la empresa ha alegado que “se apuesta en todo momento por el modelo descrito en la propuesta y simplemente se dice que hay otros modelos de contenedores que cumplen las mismas características, pero que no se contraponen al modelo propuesto ni se ofrecen como alternativa”, el tenor literal de la oferta, con uso expreso del término “opcional”, es muy claro y no puede llevar a otra conclusión que la de que la empresa ha querido ofrecer al poder adjudicador la posibilidad de elegir entre varias alternativas técnicas, ya que, de lo contrario, no tendría sentido que el apartado 2.7 fuera parte de la oferta. Es muy revelador que la oferta señale que “para que los STM puedan valorar mejor el tipo de contenedor propuesto, su robustez y adecuación al servicio, llevaríamos hasta las instalaciones del ayuntamiento que se nos indicase, una unidad del modelo ofrecido. Asimismo se podría llevar una unidad de los modelos propuestos como opcionales en 2.7”, así como que



el informe técnico que sustenta la valoración, en el epígrafe “Modelo de contenedor”, mencione expresamente que el adjudicatario “plantea otros dos modelos opcionales, a tener en cuenta por los STM”, lo que no deja lugar a dudas de que el Ayuntamiento ha entendido que se le ha ofrecido una alternativa adicional en un aspecto que cuenta como criterio de adjudicación.

Análogo comentario merece la presentación de dos propuestas de diseño. En la oferta (página 305 del expediente) se dice que “se adjunta una propuesta de rotulación con dos variantes”, lo que es recogido en el informe técnico de valoración como un aspecto positivo.

Por todo ello, este Órgano considera que la oferta del adjudicatario infringe los Pliegos de la licitación al incluir variantes no autorizadas, lo que debió suponer su exclusión. Consecuentemente, el recurso debe estimarse.

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,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la empresa Eko Gasteiz, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recogida selectiva de aceite de cocina usado”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la exclusión de la empresa adjudicataria y la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva propuesta de adjudicación a favor de la siguiente empresa que haya efectuado la oferta económicamente más ventajosa según el orden de clasificación.



**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

**TERCERO:** 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, 2014ko ekainaren 11**

Vitoria-Gasteiz, 11 de junio de 2014