



EB 2016/073

Resolución 084/2016, de 6 de julio 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 ECOCYL, S. L. contra el contrato de “Servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de mayo de 2016, la empresa ECOCYL, S. L. presentó 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), un escrito calificado como “recurso especial en materia de contratación”, frente al contrato de “Servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en Vitoria – Gasteiz” tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

El mismo día de su presentación se solicitaron al poder adjudicador el expediente 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). La citada documentación se recibió en este OARC / KEAO el 1 de junio de 2016.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados el día 8 de junio, se han recibido las de EKO GASTEIZ, S.L. y las formuladas conjuntamente por las empresas EKOGRAS GASTEIZ, S.L., ECOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. y KERABI GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.L., los días 21 de junio y 13 de junio, respectivamente.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El escrito presentado por la empresa ECOCYL se califica a sí mismo como “recurso especial en materia de contratación”, siendo la pretensión que este OARC / KEAO «declare la no conformidad a derecho de la adjudicación contratación del servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en la ciudad de Vitoria – Gasteiz realizada a favor de EKOGASTEIZ, S.L. (...) así como la no conformidad a Derecho de todos los actos preparatorios anteriores al acto de adjudicación que se hayan podido producir en el presente procedimiento de contratación, de conformidad al Art. 35 del TRLCSP por ser nula de pleno derecho, declarando la nulidad de pleno derecho de toda la contratación y de todos los mencionados actos (...)». El fundamento de la pretensión es, en síntesis, que se ha omitido la preceptiva publicación del anuncio de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y que ello impidió al recurrente presentar su oferta.

A juicio de este OARC / KEAO, del contenido del escrito se deduce que el recurrente está ejerciendo la acción recogida como cuestión de nulidad en el artículo 39 TRLCSP, con base en el motivo previsto en el artículo 37.1 a) TRLCSP. La citada cuestión es la transposición en el TRLCSP de un mecanismo de impugnación introducido en la Directiva (89/665/CEE), relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en la reforma operada por la Directiva 2007/66/CE. Este mecanismo obliga a los Estados miembros a sancionar con su “ineficacia” la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio en el DOUE cuando este trámite sea preceptivo (ver el Acuerdo 59/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Esta irregularidad se considera por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como «la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador» y la citada ineficacia (nulidad especial en el TRLCSP) como la mejor forma «de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los



que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir» (Considerandos 13 y 14 de la Directiva 2007/66/CE), finalidad que coincide plenamente con la buscada por el recurrente.

En consecuencia con lo anterior, y dado que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ – PAC) establece que «El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter», el tratamiento aplicable a la impugnación es el propio de la cuestión de nulidad especial prevista en los artículos 37 y siguientes del TRLCSP.

SEGUNDO: Consta la representación de quien actúa en nombre del recurrente. Respecto a la legitimación, el poder adjudicador estima que ECOCYL carece de ella porque, dado que no puede resultar adjudicatario del contrato por no haber sido licitador, no puede obtener ventaja directa e inmediata de la nulidad del acto impugnado. EKO GASTEIZ también niega la legitimación por entender que ECOCYL pudo tener conocimiento de la licitación por otras vías, carece de capacidad para presentar una oferta al contrato y porque, en realidad, no defiende un interés propio sino el de otra empresa que sí participó en el procedimiento y cuya legitimación para interponer una cuestión de nulidad ya fue negada por esa razón en la sentencia de 20 de enero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Dichas alegaciones no pueden aceptarse; el fundamento de la cuestión de nulidad es, precisamente, procurar que un operador económico que no ha podido presentar una oferta a un contrato que no ha sido publicitado en las condiciones legalmente exigibles pueda obtener finalmente la oportunidad de hacerse con ese negocio. Dado que esta razón es la invocada por ECOCYL en su recurso y que consta que en el artículo 2 de sus Estatutos figura que entre su objeto social está la “recogida, transporte, almacenamiento y valorización de aceites y grasa vegetales usados”, no cabe duda de que la cancelación de la



licitación le supone el beneficio tangible que caracteriza a la legitimación. Ante esta consideración, es irrelevante que la empresa tenga o no relación con otros operadores económicos, o que pudo tener conocimiento del contrato por otras vías, pues ello añadiría un requisito a la cuestión de nulidad que no se deriva de la Directiva de recursos ni del TRLCSP; tampoco es necesario analizar la solvencia del recurrente, pues ese es un tema distinto y posterior al análisis de la legitimación que debe tratarse, en su caso, en el marco del correspondiente procedimiento de contratación.

TERCERO: Por lo que se refiere al plazo de interposición, y como se deduce de lo señalado en el Fundamento de Derecho anterior, la finalidad de la cuestión de nulidad es conseguir la falta de producción de efectos de un contrato ya perfeccionado. Según el artículo 27.1 TRLCSP, la perfección de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se produce con la formalización; consecuentemente, parece que lo coherente con el esquema de la Directiva de recursos sería que solo fuera posible interponer la cuestión de nulidad contra contratos formalizados. En este sentido, el artículo 39.4 TRLCSP establece, como regla general y a salvo de los supuestos del artículo 37.3 TRLCSP, no aplicables a este caso, un plazo de seis meses para interponer la cuestión “a contar desde la formalización del contrato”. Sin embargo, el propio TRLCSP admite que pueda presentarse contra contratos adjudicados pero aún no formalizados; así se deduce del artículo 37.1 a), que habla de contrato “adjudicado” sin publicidad previa de la licitación en el DOUE; del plazo de interposición del artículo 39.3 b) TRLCSP, que se refiere claramente a la impugnación de la adjudicación, y del artículo 39.2 TRLCSP, que establece la inadmisión de la cuestión de nulidad cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial sobre el mismo acto, habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión de dicho acto; de todo ello se deduce que la cuestión puede versar también sobre actos del procedimiento de adjudicación (igual que el recurso especial) y no solo sobre contratos perfeccionados. Dado que el contrato no se ha formalizado, el plazo de seis meses al que se refiere el



artículo 39.4 TRLCSP ni siquiera se ha iniciado, por lo que el recurso debe considerarse interpuesto en plazo.

CUARTO: La pretensión de ECOCYL, que también apoyan las alegantes EKOGRAS GASTEIZ, S.L., EKOGRAS RECUPERACIÓN Y RECICLADO, S.L. y KERABI GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, S.L., consiste básicamente en la declaración de nulidad de pleno derecho de toda la contratación por omisión del preceptivo anuncio de la licitación en el DOUE. En el expediente no consta dicho anuncio, y la Resolución 61/2014 de este OARC / KEAO, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la empresa EKO GASTEIZ, S.L. contra la adjudicación de este mismo contrato, ya señalaba que se trataba de un contrato de servicios de la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado era claramente superior a los 207.000 euros, sujeto por tanto a regulación armonizada y a publicidad europea (artículos 16.1 b) y 142.1 TRLCSP). Concretamente, el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Resolución establecía lo siguiente:

«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)¹, la generación de residuos de aceite vegetal (urbanos) en Álava en 2012 ascendió a 855 toneladas para 320.266 habitantes, lo que

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



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), 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 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 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.»

Por todo ello, la pretensión debe aceptarse por concurrir los requisitos del art. 37.1.a) TRLCSP, lo que conlleva la nulidad del acto recurrido y de toda la licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 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 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de

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



Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar la cuestión de nulidad interpuesta por la empresa ECOCYL, S. L. contra el contrato de “Servicio de recogida selectiva de aceite vegetal usado en Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, declarando la nulidad de la adjudicación y de todo el procedimiento de adjudicación, que se cancela.

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, 2016ko uztailaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de julio de 2016