

Recurso 27/2024
Resolución 47/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 1 de febrero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PREZERO ESPAÑA, S.A.U.**, contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Prestación del Servicio de Recogida de Envases Ligeros, Papel y Cartón en el ámbito de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental» (Expte. 781/2023), convocado por la citada Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 31 de diciembre de 2023 y el 2 de enero de 2024, respectivamente, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos que, entre otra documentación, rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 2 de enero de 2024. El valor estimado del contrato asciende a 93.776.727,95 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 19 de enero de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PREZERO ESPAÑA, S.A.U (en adelante PREZERO o la recurrente) contra los pliegos rectores de la licitación anteriormente citada.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Con fecha 26 de enero de 2024, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, mediante Resolución MC 10/2024, con suspensión asimismo del plazo de presentación de proposiciones.

La Secretaría del Tribunal no procedió a conceder plazo de alegaciones ya que el órgano de contratación ha comunicado que al momento de la suspensión del plazo de presentación de ofertas no se había recibido aún ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental (Málaga) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando determinados aspectos; relativos al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato -en particular al cálculo realizado por el órgano de contratación de los costes salariales- y, asimismo, la configuración actual de la licitación que argumenta impide conocer el precio cierto del contrato. Estas circunstancias ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento, el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de la recurrente y del órgano de contratación.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustentan.

En primer lugar, manifiesta que según figura en el expediente de contratación el órgano de contratación a la hora de realizar el estudio de costes no ha tenido en cuenta ninguna revisión salarial. Afirma que de conformidad con lo dispuesto en el convenio colectivo de referencia *«Convenio Colectivo de recuperación, transformación, venta de residuos y desperdicios sólidos para los trabajadores de Urbaser – Centros de Casares y Marbella, para los años 2022 – 2025»*, sí se contempla la revisión de los salarios. A su juicio como consecuencia de lo anterior: *«los pliegos de la licitación no recogen el coste salarial íntegro necesario para desarrollar el contrato con arreglo al vigente convenio y, por tanto, el presupuesto es insuficiente para cubrir su ejecución, constituyendo esta circunstancia causa suficiente para anular los pliegos de la licitación»*. Por lo anterior, considera que han sido conculcados los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP.

En segundo lugar, la recurrente hace referencia a la forma de financiación del servicio según queda recogida en la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPT) afirmando lo siguiente:

«Para financiar el servicio la Mancomunidad está acogida al “Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias y Ecoembalajes España, S.A.” (en adelante Convenio Marco) para establecer las condiciones generales a aplicar en los gobiernos locales de Andalucía que participen en el sistema colectivo de gestión de residuos de envases y envases usados autorizado en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de fecha 17 de marzo de 2015.

El PPT continúa indicando que actualmente se está en un proceso de renovación de dicho Convenio Marco y, por ello, con fecha 1 de junio de 2023, ECOEMBES presentó una propuesta del nuevo Convenio Marco de Ecoembes con las comunidades y ciudades autónomas, resultado de la implementación del Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases que obliga a dicho tipo de entidades a suscribir convenios de colaboración con las entidades locales. Posteriormente, con fecha 11 de agosto de 2023, con el fin de lograr un mejor entendimiento del texto del nuevo Convenio Marco, ECOEMBES procedió a corregir una serie de erratas detectadas, que no afectan ni a los importes ni a los conceptos de la propuesta presentada el 1 de junio de 2023. Dicho borrador de nuevo Convenio Marco que supondría de mantenerse en sus términos actuales una modificación sustancial de las condiciones económicas del servicio, está pendiente de ser aprobada definitivamente, sin constar a esta parte la posible fecha de entrada en vigor del mismo.

Tal y como se indica en el art. 7 del PPT “el importe del contrato es difícil de prever con cierta exactitud”. Se señala, además, que dicho importe depende de un Convenio Marco pendiente de aprobarse indicando al efecto que: el importe del contrato será el correspondiente de aplicar los criterios de facturación,



establecidos en la propuesta del nuevo Convenio Marco (pendiente de aprobarse), por la prestación del servicio ofertado, más los beneficios obtenidos por la venta del papel-cartón recuperado.».

La recurrente realiza una serie de cálculos para concluir que los ingresos derivados de la prestación del servicio no se encuentran asegurados entre otras cuestiones porque se encuentra en fase de aprobación el Convenio Marco entre ECOEMBALAJES ESPAÑA, S.A (ECOEMBES) y la comunidad Autónoma de Andalucía, el mismo - afirma- se encuentra en fase de borrador, no existiendo certeza de cual vaya a ser su contenido final.

Los argumentos del escrito de impugnación quedan resumidos de esta manera en el propio recurso:

«Todo lo expuesto hasta ahora, relativo al régimen de financiación y abono del servicio, supone la existencia de una real y efectiva imposibilidad de conocer el precio cierto del contrato con vulneración de los arts. 100-102 LCSP, relacionados en la primera alegación y que se dan por reproducidos en cuanto a su contenido y efectos de su infracción.

Y ello es así porque los ingresos a percibir por el adjudicatario están calculados sobre la base de estimaciones basadas en un Convenio no suscrito cuyo contenido no es definitivo y que modifica las condiciones económicas de la prestación del servicio licitado y cuya fecha de entrada en vigor se desconoce por completo. A ello hay que unirle la existencia de un tope máximo respecto a la compensación que, por la diferencia entre los ingresos y costes soportados por el contratista, asume la Mancomunidad que deriva en que dicha compensación no abarca la totalidad de los costes, existiendo para todos los parámetros económicos relativos a las cantidades a percibir por el adjudicatario una incertidumbre permanente derivada de la propia provisionalidad de los cálculos incluidos y/o que se toman de referencia por el pliego y su estudio de costes anexo.

Todo ello supone en definitiva el traslado de un manifiesto riesgo al prestador del servicio, dado que deberá asumir las posibles variaciones de su retribución, característica ésta que no es propia de un contrato de servicios como el que nos ocupa sino de un contrato concesional en el que de conformidad a las disposiciones de la LCSP 9/2017, sí se opera un efectivo traslado de riesgo operacional al concesionario regulándose en paralelo una serie de mecanismos garantistas que le protegen frente a posibles variaciones económicas del contrato por causas específicas, circunstancia ésta que no se da en la presente licitación».

Motivos por los que solicita a este Tribunal que se anulen los pliegos rectores de la citada licitación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe el órgano de contratación con relación a la primera cuestión que menciona la recurrente, el estudio de los costes del servicio, realiza la siguiente manifestación: *«Es cierto que en la estructura de costes no se ha considerado una revisión salarial del personal, teniendo en cuenta que tampoco se han contemplado las revisiones de las condiciones económicas para los servicios de recogida selectiva de envases ligeros y papel-cartón que plantea el borrador del Convenio Marco de Colaboración entre la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Junta de Andalucía, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias y Ecoembalajes España, S.A., que incluye entre otros la revisión de los costes de personal».*

Con relación al segundo motivo de recurso el órgano de contratación argumenta lo siguiente: *«Es cierto que los ingresos de ECOEMBES no se conocen con certeza hasta que no se apruebe definitivamente el Convenio Marco, aunque también se entiende que el borrador de Convenio Marco contempla unas condiciones económicas de mínimos de cara a la negociación».*



Tras realizar una serie de manifestaciones sobre la cuestión de fondo, se resume la postura del órgano de contratación de la siguiente forma:

«que no se conoce con certeza las condiciones definitivas del CONVENIO MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE LA CONSEJERÍA DE SOSTENIBILIDAD, MEDIO AMBIENTE Y ECONOMÍA AZUL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, LA FEDERACIÓN ANDALUZA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS Y ECOEMBALAJES ESPAÑA S.A. (pendiente de aprobación) y según está planteado el criterio de pago de la Mancomunidad en los pliegos, puede existir un riesgo económico para el prestador del servicio.

CONCLUSIÓN

En base a todo lo anteriormente expuesto y como consecuencia del recurso presentado por la empresa PREZERO ESPAÑA, S.A., se considera oportuno no oponerse a la adopción de la medida cautelar, a la vista de la relevancia que el presupuesto base de licitación y el precio del contrato, establecidos en los pliegos, tienen en la forma en la que los licitadores deben configurar sus ofertas».

Por lo anterior, como hemos indicado y se desprende de sus alegaciones el órgano de contratación no se opone al recurso interpuesto.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes expuestas en el anterior fundamento se deduce que el órgano de contratación en su informe al recurso se allana a las pretensiones de la recurrente al afirmar, por un lado, que no se han tenido en cuenta a la hora de calcular los costes de personal las revisiones salariales previstas en el convenio colectivo de referencia y, por otro, que teniendo en cuenta que no se ha aprobado todavía el convenio marco de colaboración mencionado anteriormente puede existir un riesgo económico para el prestador del servicio. Ambas cuestiones parecen indicarse con relación a la no oposición a la adopción de la medida cautelar, sin embargo, resultan claramente extrapolables al propio recurso en tanto que se refieren al fondo de la cuestión objeto de la controversia.

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse, como indicamos, como un allanamiento a las pretensiones del recurso, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual *«Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho».*

De este precepto resultan los siguientes requisitos: 1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites. 2º) Que sólo cabe no aceptarlo cuando estimar las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En el supuesto examinado, por un lado, se ha de considerar lo recogido en el artículo 100.2 de la LCSP que establece lo siguiente: *«En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia»*, en este sentido efectivamente se han de tener en cuenta las revisiones salariales contempladas en el convenio colectivo de referencia a la hora de elaborar el presupuesto base de licitación del contrato, por lo que no hacerlo, supone la conculcación del citado precepto.



Por otro lado, el artículo 102.1 de la LCSP establece que los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto y el artículo 39.2.b) del citado texto legal establece como causa de nulidad de derecho administrativo la carencia o insuficiencia de crédito. Por lo que, como indica el órgano de contratación, teniendo en cuenta que una de las vías de financiación del servicio está constituida por *los «importes económicos que ECOEMBES tenga que abonar a la Mancomunidad por la prestación de las actividades desarrolladas»* y en tanto que dichos importes derivarán de un convenio marco que en la actualidad, según manifiesta el propio órgano de contratación, se encuentra pendiente de aprobación, resulta correcto el allanamiento en tanto que existe incertidumbre sobre esta cuestión y por tanto sobre la propia existencia del crédito necesario para la ejecución de la prestación objeto del procedimiento de licitación.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que no existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, quedando a salvo las garantías exigibles a la contratación pública recogidas en el artículo 1.1 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por último, una vez que se publiquen en su caso los nuevos pliegos, la recurrente o cualquier otra persona interesada si así lo desea podrá proceder a su impugnación, si entiende que los mismos, en cuanto a la parte que en su caso se modifique, adolecen de alguna irregularidad.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PREZERO ESPAÑA, S.A.U.**, contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Prestación del Servicio de Recogida de Envases Ligeros, Papel y Cartón en el ámbito de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental» (Expte. 781/2023), convocado por la citada Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental (Málaga), y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 10/2024, de 26 de enero.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

