



EB 2023/147

Resolución 005/2024, de 10 de enero, 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 SAMYL FACILITY SERVICES, S.L. contra la prórroga del “Contrato de Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales para los años 2021-2023”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de julio de 2023, se recibió 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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por SAMYL FACILITY SERVICES, S.L. (en adelante, SAMYL) contra la prórroga del “Contrato de Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales para los años 2021-2023”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

SEGUNDO: El día 14 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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 los días 17 y 19 de julio.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del propio recurrente y del poder adjudicador.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.G.P.D.L. que actúa en nombre y representación de FACILITY SERVICES, S.L.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El poder adjudicador entiende que el recurso debe inadmitirse por referirse a un acto no incluido en el ámbito objetivo del recurso especial descrito en el artículo 44.2 LCSP; en particular, se alega que un acuerdo de prórroga como el recurrido se inserta en la fase de ejecución del contrato y no en la de fase de preparación y adjudicación del mismo. Por el contrario, SAMYL afirma que la citada prórroga equivale, en realidad, a una nueva adjudicación del contrato, la cual sí puede ser objeto del recurso especial. A juicio de este Órgano, de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/1/2005, C-26/03. ECLI:EU:C: 2005:5, apartados 33 y siguientes) se deduce una respuesta favorable a la admisión del recurso (ver también la Resolución 202/2022 del OARC / KEAO):

- 1) A los efectos de la Directiva 89/665, que regula los recursos en materia de contratación pública y cuya trasposición a nuestro ordenamiento figura en los artículos 44 a 60 de la LCSP, es impugnabile cualquier acto de un poder adjudicador adoptado en relación con un contrato público sujeto a la Directiva 2014/24/UE y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que se adopte sin un procedimiento formal de



contratación pública, pues así lo exige el efecto útil de la citada Directiva 89/665. En este caso, el recurso se basa, fundamentalmente, en la alegación de que el acto impugnado se presenta formalmente como una prórroga de la vigencia del contrato de las previstas en el artículo 29.4 LCSP cuando, en realidad, bajo esta apariencia legal existe una nueva adjudicación (acto claramente incluido en el ámbito objetivo del recurso especial) sin procedimiento previo alguno.

- 2) La decisión de no tramitar un procedimiento de adjudicación por entender que éste no es legalmente preceptivo es precisamente la primera decisión sujeta al control jurisdiccional. En este caso, el poder adjudicador ha adoptado una prórroga forzosa de la vigencia de un contrato por entender que estaba amparado por el artículo 29.4 LCSP.
- 3) Por otro lado, debe señalarse que, según una reiterada doctrina (expuesta, por ejemplo, en las Resoluciones 49/2013, 74/2013, 16/2014 y 21/2015 del OARC / KEAO y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26/7/2015, nº 330/2017, ECLI:ES:TSJPV:207:2727) este Órgano, 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 dada por el órgano de contratación, sino que debe atender a la naturaleza del negocio jurídico y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Irun tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

La recurrente basa la impugnación en los motivos que se resumen a continuación:

a) SAMYL resultó adjudicataria del contrato cuya prórroga se impugna, siendo su vigencia de dos años sin posibilidad de prórroga; el día 14/6/2021 se formalizó el contrato, con una vigencia máxima de dos años, sin posibilidad de prórroga. Con fecha 6/6/2023, el poder adjudicador comunicó a SAMYL la prórroga del contrato a partir del 14/6/2023 en las condiciones vigentes y hasta la adjudicación y formalización del nuevo contrato, previsto para finales del mes de octubre. La recurrente comunicó al Ayuntamiento que la prórroga forzosa no tiene la cobertura del artículo 29.4 LCSP y que por ello se trata de una nueva adjudicación del contrato; además, el mantenimiento de las condiciones contractuales originales es inasumible y compromete la viabilidad de la empresa, por lo que solicitó pactar unas nuevas condiciones de ejecución del servicio y una compensación a la mercantil por los gastos en los que incurra para asegurar la continuidad de la prestación. Con fecha 13/6/2023, el poder adjudicador dictó el acuerdo de prórroga impugnado.

b) La recurrente alega que se incumple el artículo 29.4 LCSP en los siguientes apartados:

- Se incumple el plazo de antelación mínimo de tres meses para la publicación del anuncio de licitación del nuevo contrato (la primera publicación en la Plataforma de Contratación fue el día 14/4/2023, y el día 19/4/2023 en el Diario Oficial de la Unión Europea, DOUE).
- En contra de lo que requiere el artículo 29.4 LCSP, la falta de formalización del nuevo contrato no se debe a “incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación”.



c) SAMYL alega que el principio de riesgo y ventura no puede regir cuando el contratista ha de continuar ejecutando la prestación contractual una vez finalizado el plazo contractual; en tal caso, el poder adjudicador debe compensarle por la totalidad de los gastos en que haya incurrido para asegurar dicha prestación. Se adjuntan varias sentencias e informes de órganos consultivos en apoyo de esta alegación.

d) A la vista de lo expuesto en los apartados b) y c) anteriores, SAMYL alega que, si ha de continuar realizando las prestaciones una vez concluido el plazo fijado en el contrato, habrán de acordarse unas nuevas condiciones contractuales y compensarse los gastos incurridos para la continuidad de la prestación, no pudiendo producirse la continuidad de la prestación en la forma pretendida por el Ayuntamiento.

e) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad o anulabilidad del acto impugnado, ordenando la retroacción de actuaciones para que el órgano de contratación dicte una nueva resolución por la que se admitan unas nuevas condiciones de ejecución, debiendo ser compensada la recurrente por la totalidad de los gastos incurridos para asegurar la prestación, incluyendo dicho resarcimiento los costes efectivamente soportados desde el momento en que se ha empezado a prestar el servicio por imposición del Ayuntamiento.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) El Ayuntamiento entiende que la guerra entre Rusia y Ucrania es un acontecimiento que afecta al orden mundial de suministro de energía encareciendo los costes por encima de cualquier previsión razonable y cuyo reflejo inmediato es la subida desorbitada de los precios y la necesidad de ajustar la capacidad adquisitiva de los consumidores mediante los salarios; por ello, en



todos los sectores y empresas (incluida SAMYL) se han iniciado procesos de negociación colectiva. En el contrato impugnado el citado ajuste salarial era muy relevante para la viabilidad del contrato, ya que los costes son básicamente salariales. El convenio colectivo aplicable al contrato finalizó el 31/12/2020 sin que las partes alcanzaran un nuevo acuerdo hasta el 23/2/2023; el retraso es imputable a la recurrente, parte negociadora del convenio, que fue instado reiteradamente por el poder adjudicador. No obstante, la demora en la fijación del nuevo marco que permitiera la valoración del servicio con seguridad suficiente para garantizar su viabilidad económica (artículos 100 y 101 LCSP) retrasó la licitación porque las condiciones laborales anteriores se entendían superadas en un contexto inflacionista como el descrito. Mediante la Resolución de la alcaldía de 13/1/2023 se inició la tramitación del nuevo expediente y se publicó el día 16/1/2023 el anuncio de información previa (artículo 134 LCSP). Por todo ello, se entiende aplicable el artículo 29.4 LCSP.

b) El poder adjudicador ha actuado diligentemente, procurando conocer, con la máxima antelación posible, los datos necesarios para cerrar el estudio de viabilidad del nuevo contrato; por otro lado, y a la vista del retraso generado en la licitación por la falta de acuerdos laborales, se publicó un anuncio previo para que los posibles licitadores interesados pudieran conocer de antemano la incoación del nuevo expediente.

c) La aplicación del artículo 29.4 LCSP conlleva la permanencia de las condiciones del contrato formalizado entre las partes, sujeto al principio de riesgo y ventura. El Ayuntamiento alega que la premisa fundamental para compensar daños producidos al contratista por la continuidad del servicio y no amparados en dicho principio es que tales perjuicios sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados. Por ello, no existiría inconveniente en estudiar cualquier eventual reclamación que SAMYL pudiera llevar a cabo en este sentido (como ya se indicó en el escrito de alegaciones a la empresa de 22/6/2023).



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de todo lo anterior y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre las pretensiones de la recurrente.

a) Sobre el ajuste del acto impugnado al artículo 29.4 LCSP

La primera pretensión de la recurrente es la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulación del acto impugnado por no satisfacerse los requisitos establecidos en el artículo 29.4 LCSP para la prórroga extraordinaria de un contrato cuando aún no está formalizado el contrato que vaya a sustituirlo, cuya literalidad es la siguiente:

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario o, tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario.

Este motivo de recurso debe estimarse porque:

- (i) la falta de formalización del nuevo contrato no puede imputarse a incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y



- (ii) porque no se ha publicado el anuncio de licitación del nuevo contrato con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

No obstante, debe indicarse que, dado que se trata de requisitos acumulativos, la omisión de cualquiera de los dos supondría por sí sola la invalidez del acto impugnado.

a 1) Sobre la imprevisibilidad para el órgano de contratación

La parte expositiva del acto impugnado (Resolución de Alcaldía de 13/6/2023) señala que el retraso producido en la tramitación del procedimiento de adjudicación del nuevo contrato se justifica por la necesidad de conocer las condiciones salariales acordadas en el nuevo convenio colectivo de aplicación al personal de la contrata, habida cuenta de la relevancia de los costes laborales en el precio del contrato y de la exigencia legal de que este último sea adecuado al mercado. En el mismo sentido, el informe de respuesta al recurso argumenta que la guerra entre Rusia y Ucrania ha producido una subida desorbitada de los precios y el correlativo incremento de los salarios mediante procesos de negociación colectiva, como ha sido el caso del que ha afectado a SAMYL y a los representantes de los trabajadores que prestan el servicio objeto del contrato. Estas alegaciones no son aceptables por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano ya ha señalado que la LCSP (ver, por ejemplo, el artículo 100.2 LCSP, que habla del “convenio laboral de referencia”) requiere que los cálculos para elaborar el Presupuesto Base de Licitación (PBL) de los contratos de modo que su importe sea ajustado al mercado deben efectuarse con base en los convenios colectivos vigentes y aplicables en el momento de determinar dicho PBL, y no de acuerdo con convenios no suscritos o en fase de negociación (ver, por ejemplo, las Resoluciones 136/2022 y 40/2023 del OARC / KEAO). Consecuentemente, debe concluirse que no es necesario esperar al inicio de la vigencia de un nuevo convenio para tramitar un procedimiento de adjudicación, pues los datos



para calcular el PBL ya son conocidos y se refieren a los convenios aplicables vigentes.

- 2) Si el procedimiento de adjudicación se ha retrasado por la incertidumbre sobre el alcance salarial del nuevo convenio colectivo, el poder adjudicador no puede imputarlo a un hecho imprevisible sino a una decisión propia, consciente y en absoluto ineludible, de esperar a la aprobación de un nuevo convenio. Téngase en cuenta que no puede considerarse como un hecho imprevisible que a un convenio colectivo finalizado le sustituya otro después de un periodo de negociación más o menos prolongado y que este último recoja un incremento retributivo, no siendo infrecuente el caso de que el nuevo pacto llegue mucho tiempo después de la finalización de la vigencia del anterior y con los correspondientes efectos retroactivos (en este caso, el nuevo convenio, que sustituye a uno finalizado el 31/12/2020, se acordó el 23/2/2023 y sus efectos se retrotraen al 1/1/2021).
- 3) Por otro lado, el artículo 29.4 LCSP reproducido más arriba exige expresamente que los acontecimientos imprevisibles se produzcan “en el procedimiento de adjudicación”, lo que no sucede en este caso, en el que las circunstancias alegadas por el Ayuntamiento pretenden justificar precisamente la demora en el inicio de dicho procedimiento, y no su retraso una vez iniciado. Esta exigencia es consecuente con la finalidad del precepto, que es ofrecer un cauce legal de continuidad del servicio a un poder adjudicador que tramita a tiempo el procedimiento de adjudicación del nuevo contrato, el cual se dilata por causas que no le son imputables; por ello, esta norma excepcional no es aplicable cuando la causa es previa al procedimiento de adjudicación.



a 2) Sobre la fecha de la publicación del anuncio de la licitación del nuevo contrato

Consta en el expediente que el contrato originario finalizaba el 13/6/2023, y que el anuncio de licitación del nuevo contrato que había de sustituirlo se publicó el día 14/4/2023 en el perfil del contratante y el día 19/4/2023 en el DOUE. Por lo tanto, no se satisface el requisito establecido en el artículo 29.4 LCSP de que dicho anuncio se publique con una antelación mínima de tres meses respecto a la fecha de finalización del citado contrato originario. Debe señalarse que el precepto habla de “anuncio de licitación”, lo que remite al anuncio recogido en el artículo 135 LCSP, que no puede sustituirse, a estos efectos, por el anuncio de información previa (artículo 134 LCSP), publicado en este caso el día 16/1/2023. Por todo ello, también debe estimarse este motivo de impugnación.

b) Sobre la solicitud de dictado de una nueva resolución

El recurrente solicita que este OARC / KEAO obligue al órgano de contratación a dictar una nueva resolución por la que se admitan unas nuevas condiciones de ejecución de la prestación. Esta pretensión debe desestimarse. Con independencia de que vaya a anularse el acto impugnado y sin perjuicio de las facultades revisoras que este Órgano pudiera llegar a ejercer previo recurso interpuesto por persona legitimada, el poder adjudicador conserva la competencia para decidir bajo qué modalidad y con qué alcance debe garantizarse, en su caso, la continuidad del servicio. En este sentido, el recurrente no tiene derecho a reclamar una fórmula de su preferencia o que el prestador temporal del servicio deba ser necesariamente él mismo.

c) Sobre la solicitud de indemnización

El recurrente solicita la compensación por todos los gastos incurridos para asegurar la prestación con efectos desde que comenzó a prestar el servicio por imposición del Ayuntamiento. Esta solicitud debe desestimarse. El recurrente alega jurisprudencia e informes de órganos consultivos de los que se deduciría



que, en caso de prórroga forzosa para asegurar la continuidad de un servicio, debe indemnizarse al contratista por todos los gastos incurridos. Sin embargo, más allá de una invocación general a dicha doctrina, no hay en el recurso mención alguna a costes, perjuicios o gastos concretos susceptibles de compensación de acuerdo con ella, y tampoco consta la determinación, siquiera aproximada, del importe o de los conceptos que lo integrarían.

d) Conclusión

La consideración de que el acto impugnado no está amparado en el artículo 29.4 LCSP implica que se trata de la adjudicación directa de un contrato de servicios sin la tramitación previa del correspondiente procedimiento de adjudicación, por lo que se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en los artículos 39.1 LCSP en relación con el 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, y 39.2 c) LCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 120 del Real Decreto Ley 3/2020, el artículo 46.1 de la LCSP y 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SAMYL FACILITY SERVICES, S.L. contra la prórroga del “Contrato de Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales para los años 2021-2023”, tramitado por el Ayuntamiento de Irun, declarando la nulidad del acto impugnado.



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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 122.1 del Real Decreto Ley 3/2020.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko urtarrilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de enero de 2024