EB 2022/139

Resolución 202/2022, de 22 de diciembre, 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barakaldo que dispone la continuidad de los servicios limpieza urbana y recogida y transporte de residuos municipales.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de agosto de 2022, la empresa la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A (en adelante, VSM) interpuso, 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 contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barakaldo que dispone la continuidad de los servicios limpieza urbana y recogida y transporte de residuos municipales

SEGUNDO: Con fecha 1 de septiembre de 2022 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). La citada documentación se recibió el mismo 1 de septiembre.

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

Nahi izanez gero, J0D0Z-T47W2-NBK7 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T47W2-NBK7 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.L.A., que actúa en su nombre.

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

El objeto del acto impugnado es el encargo de un poder adjudicador a un operador económico para que ejecute prestaciones propias de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, a cambio de una remuneración, por lo que se dan los requisitos para considerar que se trata de un contrato público (artículo 2.1 de la LCSP) sujeto al recurso especial (artículo 44.1 a) de la LCSP). Como se explicará en el siguiente Fundamento de Derecho, no es relevante la forma externa que adopta el citado contrato.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Tanto el recurrente como el poder adjudicador dudan si el acto impugnado está comprendido o no en el ámbito objetivo del recurso especial, tal y como se delimita en el artículo 44.2 de la LCSP. 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 positiva a esta cuestión:

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 recurrible 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.

2) En este sentido, 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.

Debe, además, 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: <u>Interposición del recurso en tiempo y forma</u>

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **<u>Régimen jurídico del poder adjudicador</u>**

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

SEXTO: **<u>Alegaciones del recurso</u>**

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) La recurrente impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barakaldo de 29/7/2022 que dispone la continuidad de los servicios obligatorios de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos municipales a cargo de VSM bajo las mismas cláusulas conforme a las que ha venido prestando el citado servicio, adjudicado el 13/8/2018, así como de acuerdo con las posteriores modificaciones contractuales operadas; el acto impugnado especifica que el periodo de tiempo durante el que se prestará el servicio será el necesario hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, como es la efectiva puesta en ejecución de la prestación por un nuevo contratista.

b) La actuación impugnada trae causa de la providencia del Tribunal Supremo de 2/12/2021, que inadmite el recurso de casación interpuesto por VSM contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País vasco de 10/9/2020 (en adelante, "sentencia 249/2020"), que anula la adjudicación del contrato a VSM y declara el derecho de UTE SAMOS a dicha adjudicación. Por ello, el Ayuntamiento ha dispuesto de más de seis meses para tomar medidas que eviten el perjuicio alegado sin dañar a VSM, de quien ha obtenido un considerable enriquecimiento injusto, sin que, por ejemplo, se haya previsto un "contrato puente" o se haya apremiado a la legítima contratista (demandante junto con el Ayuntamiento en el procedimiento contencioso administrativo) para que inicie la ejecución del contrato.

c) Se alega que el poder adjudicador no tiene derecho a obligar al recurrente a ejecutar un contrato anulado por el tiempo que la UTE SAMOS (que tiene derecho a la adjudicación de acuerdo con la sentencia 249/2020) necesite para tomar la decisión de retirar o no su oferta, provocando el enriquecimiento injusto de la Administración a costa de la prestación del servicio en régimen de precariedad económica.

d) VSM afirma que el Ayuntamiento le ha ofrecido la adjudicación del contrato (en el caso de que UTE CESPA renunciara a él) y que ha respondido negativamente por inviabilidad económica; asimismo, alega que parece existir un acuerdo entre UTE CESPA y el poder adjudicador para modificar el contrato incrementando su precio en 1.100.000 euros anuales (se aporta una nota de prensa del Ayuntamiento). El enriquecimiento injusto para la Administración se produce por el abono a un tercero en situación irregular, de un precio sustancialmente menor al coste real de los servicios. Por todo ello, debe incoarse un procedimiento para seleccionar un nuevo contratista (temporal o definitivo, con la legítima adjudicataria del contrato) y otro para determinar la compensación económica de los servicios prestados por VSM desde, al menos, la notificación de la providencia de inadmisión del recurso de casación que declaraba la firmeza de la sentencia 249/2020.

e) VSM alega que el acto recurrido es nulo de pleno derecho por infringir los principios de igualdad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad.

f) Debe liquidarse el contrato declarado nulo como consecuencia de la nulidad de la adjudicación inicial, con independencia del periodo de contratación irregular ordenado por el Ayuntamiento.

g) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- la nulidad o, subsidiariamente, la anulación del acto recurrido.
- la determinación de la compensación económica a VSM, en los términos solicitados, y el reconocimiento del derecho a su percepción durante el periodo de continuidad del servicio.
- la incoación del expediente de liquidación de la contratación declarada nula.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El poder adjudicador alega que el acto recurrido era necesario, perentorio e ineludible, habida cuenta de la naturaleza de la prestación y del grave trastorno al servicio público. No puede afirmarse que el Ayuntamiento haya mostrado una actitud pasiva, como alega VSM, pues el poder adjudicador solo recibe el 7/6/2022 el testimonio de la sentencia del TSJPV, ello tras haberse declarado inadmisible el recurso de casación contra ella interpuesto ante el Tribunal Supremo.

b) La continuidad del contrato se acuerda, como dice el artículo 42.3 de la LCSP, bajo sus mismas cláusulas (es decir, según la adjudicación inicial y las modificaciones posteriores). El poder adjudicador niega que haya enriquecimiento injusto; se alega que, de no haber mediado la sentencia 249/2020, estaríamos aún en el plazo normal u ordinario de la prestación del servicio (el cual finalizaría el 13/3/2023). Por otro lado, no se aporta ningún dato o estudio que apoye la idea de que la continuidad del servicio es antieconómica para el contratista, y el incremento de la cuantía del contrato para UTE SAMOS se refiere al cumplimiento de la ejecución de sentencia, incluyendo los dos modificados aprobados después de la adjudicación del contrato, respondiendo a la actualización a futuro según la oferta de UTE CESPA en su momento, y de acuerdo con minuciosos informes técnicos.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

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

a) Sobre la validez del acto impugnado

La primera pretensión es la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulación del acto impugnado, cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

"PRIMERO.- Habiendo sido debidamente motivado que una cesación inmediata en la prestación de los servicios obligatorios de limpieza urbana, recogida, y transporte de residuos municipales derivada de la aplicación inmediata de las resoluciones judiciales indicadas en la parte expositiva del presente acuerdo tendría una notable y grave incidencia en la salud y salubridad pública, y en aplicación de las previsiones contenidas en el art 42.3 LCSP, disponer la continuidad de los servicios citados a cargo de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. bajo las mismas cláusulas conforme a las cuales ha venido hasta este momento prestando servicio, es decir, de conformidad con la adjudicación aprobada por el Ayuntamiento Pleno Nº 166/15/2018-2, de 13 de agosto de 2018, así como las posteriores modificaciones aprobadas que constan en la parte expositiva del presente. No obstante, el periodo de tiempo durante el que se prestará el servicio en las anteriores condiciones será el necesario hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio, como es la efectiva puesta en ejecución de la prestación por un nuevo contratista."

A juicio de este Órgano, el motivo de recurso debe estimarse por las siguientes razones:

1) El contrato en virtud del cual VSM venía prestando el servicio de limpieza urbana y recogida y transporte de residuos municipales fue anulado como consecuencia de la sentencia 249/2020, por lo que su contenido obligacional no puede ya producir efecto jurídico alguno. Consecuentemente, el acto impugnado no puede ampararse en su clausulado, como implícitamente reconoce el poder adjudicador, que lo fundamenta en el artículo 42.3 de la LCSP, el cual permite la prolongación, bajo ciertas condiciones, de los efectos de un contrato declarado nulo.

2) El citado artículo 42.3 de la LCSP no puede servir como base legal para el acto recurrido. En primer lugar, el precepto se refiere a una nulidad declarada en vía administrativa, lo que no es el caso. Por otro lado, el acuerdo de continuación de los efectos del contrato debe producirse en el

mismo acto en el que se declara la nulidad lo que, evidentemente, no se cumple; debe tenerse en cuenta, además, que, implícitamente, este requisito presupone que el órgano que acuerda la continuidad debe ser el mismo que declara la nulidad, lo que es lógico porque dicha continuidad no es sino una limitación de la consecuencia más evidente de la invalidez del contrato, que es su ineficacia.

3) Partiendo de lo expuesto en el apartado 2) anterior, este Órgano estima que no hay otra cobertura legal que pueda amparar el acto recurrido (ni el poder adjudicador la alega). Se trata, materialmente, de la adjudicación directa, sin procedimiento alguno, de un contrato de servicios; de hecho, se ha prescindido incluso del elemento más básico de cualquier contrato, que es el consentimiento de ambas partes. Tampoco se ha acudido a alguno de los procedimientos excepcionales previstos en la LCSP que, en su caso, podrían ser aplicables, como la tramitación por emergencia (artículo 120) o el procedimiento negociado por reconocida urgencia (artículo 168 b) 1º; ver también, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 14/6/2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337, apartados 60 y siguientes). Debe señalarse que no se prejuzga la existencia del interés general que pretende satisfacerse, ni la necesidad de una actuación urgente para remediar graves perjuicios a dicho interés (cuestiones que no son relevantes a los efectos de la presente Resolución), pero sí se rechaza el cauce legal elegido por el Ayuntamiento.

b) Sobre la compensación económica.

El recurrente solicita una compensación económica. Esta solicitud debe desestimarse por los siguientes motivos:

1) Por un lado, el recurso habla de una "compensación económica suficiente y correspondiente a los servicios efectivamente prestados" desde, al menos, la notificación de la providencia de inadmisión del recurso de casación que

convertía en firme la sentencia 249/2020 y de que se declare el derecho de VSM a su percepción "durante el periodo de continuidad del servicio". Además, se sostiene que el Ayuntamiento se ha enriquecido "de manera injusta al estar pagando por la prestación…un precio sustancialmente menor al coste real."

2) El recurrente se refiere a dos periodos temporales diferentes: en primer lugar, al periodo en el que ha continuado prestando servicios sin cobertura jurídica alguna a pesar de existir ya una sentencia firme que anulaba el contrato y, en segundo lugar, al periodo en el que ha continuado dicha prestación bajo el amparo del acto impugnado. Por lo que concierne al primer periodo, este Órgano entiende que carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno al respecto, ya que dicho periodo no se deriva del Acuerdo del Pleno recurrido. Por el contrario, el OARC / KEAO sí es competente para estimar o desestimar la compensación correspondiente al segundo periodo, pues tal indemnización sería una consecuencia de la anulación del Acuerdo (ver el artículo 58.1 de la LCSP).

3) Una vez delimitado el ámbito temporal de la compensación solicitada, debe fijarse su naturaleza. En este sentido, del recurso se deduce que la "compensación" se integraría, en primer lugar, por la retribución de los servicios efectivamente ejecutados, por un importe igual al establecido en el contrato original declarado nulo más sus modificaciones posteriores, tal y como establece el Acuerdo impugnado. Además, VSM pide una compensación adicional correlativa al enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, que se habría lucrado abonando un precio inferior al de mercado, y cuya base de cálculo sería la diferencia entre la retribución percibida y lo que debería haberse percibido conforme a los precios de mercado, determinados por los que dispone la Administración en la nueva convocatoria de licitación.

4) En cuanto a la remuneración de los servicios efectivamente prestados bajo la cobertura del acto impugnado, este Órgano entiende que su abono es ineludible. Debe tenerse en cuenta que el propio Acuerdo establece que la continuidad que ordena se rige por la adjudicación anulada y sus modificaciones, marco en el que se incluye el precio contractual. Aunque el citado Acuerdo vaya a ser anulado, es claro que la prohibición del enriquecimiento injusto y el principio según el cual nadie puede beneficiarse de una ilegalidad provocada por él mismo (ver, por ejemplo, las Resoluciones 172/2020 y 152/2021 del OARC / KEAO) impiden que el poder adjudicador pueda alegar en su beneficio una invalidez de la que es responsable para dejar de remunerar servicios efectivamente prestados. A la misma conclusión se llega por aplicación analógica del artículo 42.1 de la LCSP, que regula la liquidación del contrato nulo.

5) Por el contrario, la solicitud de una indemnización solicitada para compensar el perjuicio provocado por haber ejecutado la prestación bajo condiciones económicas inferiores a las propias del mercado debe desestimarse por las siguientes razones:

- Más allá de una alegación genérica al "mercado", el recurrente no acredita que la prestación del servicio le haya sido antieconómica. Dicho de otro modo, no se prueba que la adjudicación ilegal del contrato le haya forzado a ejecutar la prestación bajo un precio inferior al que habría correspondido en un procedimiento de adjudicación regular.

- Por el contrario, como bien indica el poder adjudicador, el precio establecido en el Acuerdo impugnado es el recogido en la oferta económica de VSM a la licitación de la que resultó ser adjudicatario y los pliegos que rigieron dicho procedimiento preveían un plazo inicial de vigencia del contrato hasta marzo de 2023; consecuentemente, de no haber mediado la sentencia 249/2020, VSM estaría obligado a

ejecutar la prestación por el precio que ahora estima inadecuado (y que ella misma ofertó en la licitación).

c) Sobre la liquidación del contrato declarado nulo

En el mismo sentido expuesto en el apartado 2) de la letra b) anterior, este Órgano entiende que es incompetente para pronunciarse sobre la liquidación del contrato declarado nulo por ser ésta una cuestión derivada de una declaración de nulidad adoptada por otro órgano distinto, perteneciente, además, al poder judicial.

d) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras a), b) y c) anteriores, este Órgano entiende que el recurso debe estimarse parcialmente en el sentido de anular el acto impugnado.

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 la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barakaldo que dispone la continuidad de los servicios limpieza urbana y recogida y transporte de residuos

municipales, anulando el acto impugnado y desestimando las demás pretensiones.

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, 2022ko abenduaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de diciembre de 2022