

Acord de Junta de Govern Local aprovat en data 28/07/2020

Instruccions internes (329)

Assumpte: Aprovació d'una instrucció sobre pròrroga forçosa en contractes de prestació de serveis sotmesos al Text refós de la Llei de contracte del sector públic de 2011, quan encara no s'ha formalitzat el nou contracte.

Número Expedient: 3/2020/329

En el moment actual l'Ajuntament es troba immers en un ampli procés de renovació de contractes de prestació de serveis essencials, o bé medials però indispensables per a la prestació dels mateixos.

Quan finalitza un contracte licitat amb el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic de 2011, ja sigui per transcurs del temps previst o per una altra causa d'extinció de contracte, a vegades no s'ha pogut formalitzar el contracte que ha de substituir-lo per causes alienes als gestors del procediment (ex.: recursos especials de contractació, dificultats sobrevingudes per liquidar contractes de llarga durada, disputes sobre elements essencials que han de figurar al futur plec de condicions, etc.). En aquests casos el servei gestor demana la formalització d'una pròrroga forçosa amb el contractista que ja presta el servei, per enllaçar un contracte amb l'altre, d'acord amb l'art. 235.1 a del Reglament d'Obres, Activitats i Servis del Ens Locals de 1995. Des de fa anys hi ha dubtes de la pervivència d'aquesta norma davant les lleis de contractes posteriors, en quant la seva aplicació pugui oposar-se al principi general de pública concurrència que informa tota la legislació sobre contractes.

En la tensió existent entre l'obligació de donar continuïtat als serveis públics essencials i la de maximitzar la lliure concurrència, licitant els contractes quan l'anterior relació jurídica estigui pròxima al final, un element interpretatiu de gran importància ha estat la Resolució 216/2019 de 26 de juny del Tribunal Català de Contractes, que dona pautes precises per solucionar aquestes situacions d'impasse entre la finalització d'un contracte i el començament del que li ha de succeir. Per tal d'establir un modus operandi en aquestes situacions, a proposta de la Secretaria General i de la Intervenció General, s'ha elaborat una Instrucció interpretativa, per tal de permetre als diferents serveis ajustar la seva activitat contractual a les seves necessitats, en el marc d'unes determinades condicions. Per tot l'exposat,

Es proposa a la Junta de Govern Local

Primer.- Aprovar la instrucció que s'adjunta com a annex sobre pròrroga forçosa en contractes de prestació de serveis sotmesos al text refós de la Llei de contracte del sector públic de 2011, quan encara no s'ha formalitzat el nou contracte.

Segon.- Donar publicitat de la instrucció als serveis municipals pel seu coneixement i efectes.

ANNEX

INTRUCCIONS S/ PRÒRROGA FORÇOSA EN CONTRACTES DE PRESTACIÓ DE SERVEIS SOTMESOS AL TRLCSP DE 2011, QUAN ENCARA NO S'HA FORMALITZAT EL NOU CONTRACTE

PLANTEJAMENT

Quan finalitza un contracte licitat amb el TRLCSP de 2011, ja sigui per transcurs del temps previst o per una altra causa d'extinció de contracte, a vegades succeeix que no s'ha pogut formalitzar el contracte que ha de substituir-lo. En aquests casos el servei gestor demana la formalització d'una pròrroga forçosa amb el contractista que ja presta el servei, per enllaçar un contracte amb l'altre. L'art. 29 de la LCSP de 2017 preveu una solució, específica pels contractes de subministres i els de prestació de serveis, consistent en una possible pròrroga forçosa de un màxim de 9 mesos, previ compliment de determinades condicions que acreditin la diligència de l'Administració en la tramitació de la nova licitació. En canvi el TRLCSP 2011 no conté una solució genèrica davant d'aquesta situació.

Amb la finalitat d'estudiar aquesta problemàtica, procurant el menor dany possible a la prestació dels serveis públics afectats per la finalització del contracte, en els casos sotmesos al TRLCSP 2011, s'apunten diferents idees:

EL PRINCIPI DE CONTINUITAT

L'art. 280 a) del TRLCSP 2011, considera que la obligació primordial dels contractistes de serveis públics és la de "prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas". Per tant el principi de continuïtat dels serveis públics és possiblement el més essencial dels que ha d'observar el contractista i, en origen, l'Administració. En idèntics termes es manifestava l'art 161 del text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques de 2000 i, actualment, el 288 de la Llei de Contractes del Sector Públic de 2017. Es tracta doncs d'un principi de valor immanent, de forma que les Administracions estan obligades a prestar els serveis públics de la seva competència, sense perjudici del compliment dels requisits de la llei de contractes, que en qualsevol cas no poden impedir la prestació efectiva dels mateixos. Aquesta és la raó de ser de l'art. 235.1 a) del ROAS, quan obliga a l'antic contractista a la pròrroga forçosa del seu contracte fins que el nou hagi formalitzat el seu.

TENSIÓ ENTRE ELS PRINCIPIS DE CONTINUITAT DEL SERVEI I EL DE LLIURE CONCURRÈNCIA EN LA CONTRACTACIÓ

El principi de continuïtat no és un absolut jurídic que prescindeix de qualsevol altra consideració; cap principi jurídic ho és. En el nostre cas pot entrar en col·lisió amb els principi de lliure concurrència de la contractació administrativa, àmpliament desenvolupat a



Ajuntament Granollers

l'art. 1 del TRLCSP: llibertat d'accés entre els candidats, publicitat i transparència dels procediments, no discriminació, igualtat de tracte i salvaguarda de la lliure competència. Reconeguda la tensió existent entre el dos principis, és necessari fixar uns criteris que harmonitzin i equilibrin ambdues forces sense negar-se mútuament. En definitiva, ni el principi de continuïtat dels serveis públics es una patent per ignorar els requeriments de la legislació de contractes, ni aquesta pot ser un impediment per a la prestació de serveis públics essencials.

LEGISLACIÓ APLICABLE, JURISPRUDÈNCIA, DOCTRINA D'ÒRGANS CONSULTIUS I DE TRIBUNALS ADMINISTRATIUS DE CONTRACTES

- art. 280 a) TRLCSP: La obligació primordial dels contractistes de gestió de serveis públics és la de “prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas”.
- art. 235.1 a) ROAS: Gestió indirecta. Obligacions del contractista. “(a) Prestar el servei amb la continuïtat i la regularitat que hagi acordat l'ens local contractant sense altres interrupcions que les que es produïrien si la gestió es prestés de forma directa. En cas d'extinció normal del contracte, el contractista ha de prestar el servei fins que un altre es faci càrrec.”
- Sentència del Tribunal Suprem de 18/11/1986:
“no se está ante un caso de prórroga expresa o tácita del contrato (...) sino ante una situación excepcional en que denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio —y mientras no se seleccione al nuevo contratista— impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del “ius variandi”, con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público, como es el caso al tratarse de un contrato de limpieza del Hospital Insular».
- Junta Consultiva de Contractació de Balears. Informe 1/2016. Nega que es pugui acordar una pròrroga forçosa per considerar que el TRLCSP ni cap altre norma ho preveu (a Balears no regeix el ROAS). La solució que dona es cobrir el període sense contracte amb contractes menors, procediments negociats o directament o ordenant “la continuació del servei per temps indispensable”.
- Junta Consultiva de Contractació de Canàries. Informe 4/2016. Nega la possibilitat de pròrroga tàcita més enllà de l'estipulat en el contracte. Per cobrir el cessament de la prestació de servei, planteja un contracte menor (amb prevencions) o la “adopció de un acuerdo de continuación del servicio, el cual, elude la apariencia de fraude que ofrecen otras soluciones y exigiría un acuerdo que debe adoptarse de forma motivada antes de que el contrato se extinga; además, de que la duración de su vigencia ha de ser proporcionada a la necesidad.”
- Tribunal Català de Contractes. Resolució 216/2019 de 26 de juny. Pel seu interès es reproduïx el fonament 5è. de la Resolució.



Ajuntament Granollers

“**CINQUÈ**. Entrant en el fons de l'assumpte, cal analitzar si la decisió de TMG impugnada és nul·la de ple dret com afirma la part actora.

Al respecte, cal indicar que si bé tant la part actora com l'òrgan de contractació fan referència a la “*prórroga del contracte*”, pròpiament de la fonamentació donada per TMG es desprèn que es tracta de la decisió unilateral de l'òrgan de contractació de perllongar l'execució del contracte fins a la formalització del nou contracte que no podrà superar el termini de 9 mesos, atesa la necessitat de garantir la continuïtat de la prestació. En aquest sentit, es va pronunciar el Tribunal Suprem en la Sentència de 18 de novembre de 1986 afirmant que es tracta d'una situació excepcional que requereix la continuïtat del servei per raons d'interès públic:

“no se está ante un caso de prórroga expresa o tácita del contrato (...) sino ante una situación excepcional en que denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio —y mientras no se seleccione al nuevo contratista— impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del “ius variandi”, con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público, como es el caso al tratarse de un contrato de limpieza del Hospital Insular”.

Com sigui que la controvèrsia sobre la procedència d'aquesta decisió de TMG podria tractar-se *de facto* d'una nova adjudicació i, en conseqüència, d'un acte susceptible de ser recorregut, cal analitzar si concorren les circumstàncies que justifiquen la decisió de l'òrgan de contractació.

Per una banda, TMG fonamenta aquesta pretensió sobre la base que no és d'aplicació l'article 29.4 de la LCSP. L'acord de 21 de desembre de 2018 indica que:

Al respecte, cal assenyalar que, al marge que no és d'aplicació l'article 29.4 de la LCSP, en tant que el règim jurídic del contracte era el TRLCSP, ex disposició transitòria primera de la LCSP, i **partint que en aquell moment no existia una solució explícita a situacions de necessitat en la continuació en la prestació del servei fins a l'adjudicació de nou del contracte, el cert és que, tenint en compte les característiques i abast del servei contractant i les raons argüïdes per TMG: necessitat de continuació del contracte i terminació normal del contracte fins al nou contracte, podrien tenir encaix en el supòsit previst en l'article 235.1.a) del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS), en establir com a obligació del contractista:**

“Prestar el servei amb la continuïtat i regularitat que hagi acordat l'entitat local contractant sense altres interrupcions que les que es produïrien si la gestió es prestés de forma directa. En cas d'extinció normal del contracte, el contractista haurà de prestar el servei fins que altre es faci càrrec de la seva gestió”.

Per tant, en principi, la decisió de TMG podria tenir cobertura en la normativa del ROAS tot tenint en compte que:

En aquest supòsit concorren esdeveniments produïts com a conseqüència de la impugnació de la licitació (expedient 052018) per la pròpia TEISA, que va afectar que es pogués continuar amb la tramitació del nou contracte de servei de la gestió administrativa i econòmica.

Ha existit una planificació per part de l'òrgan de contractació en haver aprovat, licitat i publicat la nova licitació el 16 de novembre de 2018, amb anterioritat de l'extinció normal del contracte que ara es pretén la seva continuació per aquestes circumstàncies.

La decisió adoptada es pren per tal d'assegurar la prestació en ares a l'interès públic.

Quant a l'al·legació de la part actora relativa a l'existència d'una possible modificació del contracte inicial, al respecte, cal observar que en la part dispositiva de l'acte recorregut indica que es “*prorroga parcialment*” el contracte formalitzat a l'any 2017, però quant a l'objecte és el que es pretenia licitar de nou per a l'any 2019:



Ajuntament Granollers

Respecte a la pretesa modificació del contracte inicial plantejada per la part actora, val a dir que de la comparativa entre les tasques administratives i econòmiques previstes inicialment en el primer contracte i les previstes en la licitació aprovada i licitada el 16 de novembre de 2018, permeten constatar que són, en essència les mateixes.

Pel que fa a la diferència entre el valor anual de 76.702 euros amb què xifra TMG la continuació de la prestació del servei fins a la nova adjudicació i el pressupost anual del contracte de la nova licitació (expedient 052018) que és de 77.436 euros, de la lectura de l'informe de la gerència on s'analitzen i exposen diverses consideracions al respecte destaca el fet que s'indiqui que l'import econòmic de la retribució corresponent a la pròrroga es calculi segons l'estudi econòmic inclòs en el PCAP de la contractació 012016, atès que pròpiament la continuació de les prestacions ho són respecte del contracte inicial. En concret, en aquest informe s'indica que:

Atès l'anterior, i vist que no s'aprecia l'existència de cap modificació del contracte, ni de nova adjudicació, sinó que la decisió recorreguda de caràcter excepcional de continuació de prestació del servei fins a la nova adjudicació del nou contracte i, en tot cas, d'una durada fins a mesos, de conformitat amb la legislació d'àmbit local abans reproduïda, cal desestimar el recurs presentat per TEISA.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació, el recurs presentat pel senyor A.G.V., en nom i representació de l'empresa TRANSPORTS ELÈCTRICS INTERURBANS, SA, contra la pròrroga del contracte de gestió administrativa i econòmica de TRANSPORTS MUNICIPALS DEL GIRONÈS, SAU (expedient 01016), d'acord amb els fonaments jurídics exposats en la Resolució.”

TIPUS DE CONTRACTES I CONDICIONS SOBRE ELS QUE ES PODRIA APLICAR LA PRÒRROGA FORÇOSA

CLASSE DE CONTRACTES:

Una vegada establert que es poden acordar pròrrogues forçoses en determinades circumstàncies, la primera qüestió a abordar és sobre quina classe de contractes podríem aplicar el principi de continuïtat dels contractes via pròrroga forçosa de l'art. 235.1 a) ROAS. Seria en tres casos:

(a) els de gestió de serveis públics (art. 275 TRLCSP), que acullen la prestació de serveis públics ordenats per la legislació local o bé els que vagi creant l'ajuntament en matèries de competència municipal.

(b) aquells contractes de serveis que, tot i haver estat qualificats com a tals en el plec de condicions que els van regir per no comportar risc operacional pel contractista, suposen prestacions directes a la ciutadania, no a l'Administració.

(c) aquells contractes de serveis que, tot i no prestar-se de forma directa a la ciutadania, resulten imprescindibles per a la prestació d'un servei públic essencial (arts. 25 i 26 LBRL i legislació especial).

CONDICIONS QUE S'HAN DE COMPLIR PERQUÈ SIGUIN APLICABLE:

La segona qüestió a determinar és quines serien les condicions de fet sota les quals es podria acudir a la pròrroga forçosa. Al meu entendre, seguint la resolució del Tribunal Català



Ajuntament Granollers

de Contractes, només procediria aquesta possibilitat quan es compleixin 2 condicions bàsiques:

(i) el retard en la formalització del contracte no sigui imputable a l'Administració (casos de interposicions de recursos especials, greus problemes per a liquidar el contracte, contenciosos amb contractista sobre elements que han de formar part del següent plec, etc.), i

(ii) s'hagi complert una planificació de l'òrgan de contractació per licitar i publicar la nova licitació amb antelació de 3 mesos en procediments ordinaris, o 6 mesos en procediments harmonitzats, respecte la data d'extinció normal del contracte per transkurs complet de la seva durada.

Una vegada finalitzat el contracte no es podrà acordar cap pròrroga, ni voluntària ni forçosa.

PROCEDIMENT

1. L'expedient de pròrroga forçosa s'iniciarà amb informe tècnic del servei que justificarà:

- Que el contracte en qüestió és un dels que hem classificat com a contractes de prestació de serveis essencials, o indispensable per a la seva prestació.
- Que la necessitat de la pròrroga no és deguda a un retard de tramitació imputable als serveis municipals sinó a causes externes justificades.
- Que davant de la finalització del contracte anterior, el servei ha complert la planificació establerta pel servei de Contractació per a licitar i publicar la nova licitació.

Tot seguit serà objecte d'informe pel servei de Contractació i per Secretaria. Amb els informes favorables, passaran a formalitzar-se tots els tràmits pressupostaris.

2. Els contractes que, per trobar-se inclosos en les lletres a), b) i c) del primer paràgraf de l'apartat anterior, precisen de continuïtat, però no compleixen els requisits que hem establert al paràgraf segon de l'apartat anterior, podran ser objecte de l'adopció d'una ordre de continuació del servei pel temps indispensable en els termes citats a l'informe de la Junta Consultiva de Canarias 4/2016, amb les conseqüències pressupostàries que comporta la prestació de serveis sense un contracte que li doni suport.

Una vegada finalitzat el contracte no es podrà acordar cap ordre de continuació expressa del contracte.

3. Els contractes de subministrament o d'obres i/o instal·lacions, no poden acollir-se al principi de continuïtat dels serveis públics, i per tant no poden utilitzar la figura de la pròrroga forçosa de l'art. 235.1 a) ROAS.



Ajuntament Granollers

CONCLUSIONS

1. Es podrà acordar una pròrroga forçosa pel temps que falti fins la formalització del nou contracte en els següents tipus de contractes:

(a) els de gestió de serveis públics (art. 275 TRLCSP), que acullen la prestació de serveis públics ordenats per la legislació local o bé els que vagi creant l'ajuntament,

(b) aquells contractes de serveis que, tot i haver estat qualificats com a tals en el plec de condicions que els van regir per no comportar risc operacional pel contractista, suposen prestacions directes a la ciutadania, no a l'Administració, i

(c) aquells contractes de serveis que, tot i no prestar-se de forma directa a la ciutadania, resulten imprescindibles per a la prestació d'un servei públic essencial (arts. 25 i 26 LBRL i legislació especial), en el sentit de que sense ell no seria possible la prestació del servei públic essencial.

La pròrroga forçosa, en els tipus de contractes esmentats, està condicionada al compliment de dos requisits:

(i) Que el retard en la formalització del contracte no sigui imputable a l'Administració (casos de interposicions de recursos especials, greus problemes per a liquidar el contracte, contenciosos amb contractista sobre elements que han de formar part del següent plec, etc.), i

(ii) Que s'hagi complert una planificació de l'òrgan de contractació, licitant i publicant la nova licitació amb antelació de 3 mesos en procediments ordinaris, o 6 mesos en procediments harmonitzats, respecte de la data d'extinció normal del contracte que fineix.

En aquests casos s'aprovarà un document comptable AD en el mateix acord de pròrroga forçosa.

2. Quan els contractes esmentats amb les lletres a, b i c) finalitzin sense complir algun dels requisits establerts a la conclusió primera, es podrà dictar una *ordre de continuïtat del servei* pel temps indispensable, per garantir que el serveis es continuen prestant, però sense que això suposi cap pròrroga formal del contracte inicial. Les factures hauran d'aprovar-se amb el document ADO com a reconeixement extrajudicial de crèdit per la Junta de Govern Local (article 21 de les bases d'execució del pressupost).

3. NO podran acollir-se a la possibilitat de pròrroga forçosa ni a l'ordre de continuïtat de servei:

- Els contractes esmentats a la conclusió primera que hagin finalitzat.
- La resta de contractes de serveis, i també els de subministrament o d'obres i/o instal·lacions.

En cas que, malgrat tot, el servei es continuï prestant i hi haguessin factures per pagar, es seguirà el procediment de reconeixement extrajudicial de crèdit, com a l'apartat anterior.



Ajuntament Granollers

4. Els contractes que s'hagin formalitzat amb subjecció a l'actual llei de Contractes del Sector Públic (LCSP) només es podran acollir al règim de pròrrogues previst l'art. 29.4 LCSP.