



EB 2024/125

Resolución 217/2024, de 21 de noviembre, 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 LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del edificio de Servicios Generales y del edificio industrial del HUA Txagorritxu de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de julio de 2024 se 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (en adelante, LAB) contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del edificio de Servicios Generales y del edificio industrial del HUA Txagorritxu de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 24 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 26 de julio y 9 de agosto.



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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.P.N., que actúa en su nombre.

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 artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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, Osakidetza, 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 se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) El argumento empleado por Osakidetza en la justificación de la externalización prevista en el artículo 30.3 LCSP, relativo a su habilitación como empresa instaladora de sus propias instalaciones, obvia que el poder adjudicador puede asumir dicha habilitación por disponer en su plantilla de personal con el correspondiente carné profesional, según los artículos 26.8 y 37 del Reglamento de Instalaciones Térmicas, aprobado por el Real Decreto 1027/2007 (en adelante, “RITE”), precisando únicamente de una declaración responsable. Para LAB, la falta de voluntad para cumplimentar dicha declaración no puede esgrimirse como una imposibilidad o insuficiencia para cumplir la ley.
- b) Se alega que es falsa la afirmación del expediente de que el mantenimiento técnico – legal vaya más allá del mantenimiento preventivo; además, LAB afirma que el poder adjudicador no puede escudarse en que el contrato incluye una parte de asesoramiento e implantación de un sistema de gestión de la calidad, que puede ser objeto de un contrato específico.
- c) El contrato infringe el Decreto 106/2008, que incorpora un compromiso de Osakidetza de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. LAB recuerda que la sentencia 176/2024, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ya impidió un intento de externalizar el servicio, y señala que los argumentos de Osakidetza son esencialmente los mismos que los empleados en el expediente ahora impugnado. La recurrente entiende que no puede aceptarse un ciclo infinito de expedientes y recursos mientras se prorroga el contrato con la empresa que actualmente presta el servicio y que el Decreto 106/2008 obliga a la revisión de las privatizaciones y no a su consolidación. Se alega que el objeto del contrato no estaba externalizado el 1 de enero de 2010 porque los edificios a los que se refiere se inauguraron el 1 de febrero de 2022.
- d) Osakidetza tiene medios humanos disponibles en la OSI Araba (especialmente en el Hospital de Txagorritxu) para prestar el servicio cuya

externalización se pretende, incluidas las personas procedentes de las listas de contratación temporal.

e) Finalmente, se solicita la declaración de que los pliegos y el anuncio de licitación son contrarios a Derecho.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Osakidetza se opone a la estimación del recurso con base en los argumentos que se resumen a continuación:

a) Osakidetza alega que, como ya se afirma en la memoria del expediente, no incluye en su objeto social las actividades que se pretende contratar; su posible habilitación en este campo en particular abriría el paso a otras que desvirtuarían la finalidad del Ente, que es la prestación de servicios sanitarios. La recurrente pretende sustituir la facultad de la Administración de autoorganización de sus propios servicios cuando requiere que Osakidetza se habilite de acuerdo con lo dispuesto en el RITE.

b) No se puede condicionar la potestad de autoorganización de Osakidetza a que en su plantilla se incluyan personas con carnet profesional habilitante, cuando éste no es requisito de acceso al puesto funcional de Oficial de mantenimiento calefactor – fontanero. Los oficiales de mantenimiento son técnicos auxiliares profesionales y sus funciones son auxiliares y de apoyo.

c) Osakidetza afirma que las revisiones previstas en el contrato comprenden inspecciones, retimbrados, actuaciones preventivas y correctivas contra la legionela y otras actuaciones.

d) La pretensión de que Osakidetza contrate separadamente las necesidades de asesoramiento es inmiscuirse en la potestad de autoorganización del Ente.

e) Las listas de personal temporal son insuficientes para asumir el servicio y los listados aportados por LAB no especifican las especialidades incluidas en ellas.

Prestar el servicio con personal propio supondría contratar cinco oficiales calefactor – fontanero más de los existentes, además de que Osakidetza tendría que habilitarse como empresa mantenedora.

f) No hay incumplimiento del artículo 6 del Acuerdo de Mesa General de negociación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, publicada mediante la Orden de 3 de febrero de 2010 única regulación vigente y aplicable en materia de externalización de servicios. Esta norma habla de un uso “preferente” de los medios propios, por lo que se admite excepcionalmente la externalización. La memoria justificativa del expediente contiene una motivación técnica y detallada de los motivos que justifican la externalización (necesidad de los servicios y no disposición de los medios humanos y materiales necesarios).

g) Se alega que no puede identificarse “nueva actividad” con “centro o servicio de nueva creación o apertura”; consecuentemente, la “actividad” ya existía respecto a su implantación y además estaba ya contratada, por lo que puede también contratarse ahora.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por no estar debidamente justificada la necesidad de la externalización y por contar Osakidetza con medios personales adecuados; además, se considera que el contrato infringe los acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización.

El contrato es consecuencia del que fue objeto de la Resolución 188/2022 del OARC / KEAO, que desestimó un recurso especial interpuesto por LAB. La Resolución 188/2022 fue anulada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de mayo de 2024, nº 176/2024 ECLI:ES:TSJPV:2024:2080 (en adelante, “sentencia 176/2024”). De esta sentencia es especialmente relevante el Fundamento jurídico tercero, cuyo contenido es el siguiente:

(...)

TERCERO.- Respuesta de la Sala.

Se plantea por la demandante que la externalización del servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios generales de la OSI Araba, que se recoge en los pliegos del contrato, supone un incumplimiento de los compromisos adquiridos por la Administración en esta materia.

En la sentencia nº 230/2018 de 28 de junio (rec. 427/2017) esta Sala, en un supuesto en el que se analizaba la contratación externa de los servicios de lavandería, planchado, costura y suministro de ropa quirúrgica del Hospital de Urduliz, expuso los siguientes argumentos:

“En lo que respecta al compromiso adquirido por el Servicio Vasco de Salud, sin profundizar en el contenido de los Acuerdos alcanzados con los representantes de los trabajadores, ni acometer labores interpretativas, precisas para denotar su incumplimiento, pero no a efectos de la acomodación de la contratación litigiosa a la normativa contractual, es de ver como el Decreto 106/2008, de 3 de junio, que aprueba el Acuerdo adoptado en el seno de la Mesa de Sanidad de 14 de marzo de 2008 alude en su parte expositiva a "El compromiso de no externalización de los servicios que ya se acordó en el año 2005, y que vuelve a reafirmarse en este nuevo Acuerdo, apuesta nuevamente por un sistema global de nuestro sistema sanitario". En el mismo sentido, la Orden de 3 de febrero de 2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de 18 de noviembre de 2009, insiste en que "...la Administración adquiere el compromiso de no realizar externalizaciones de nuevas actividades y revisar las actuales, para velar por el cumplimiento de la normativa legal.." y en el preámbulo del acuerdo se deja constancia de la coincidencia de las partes firmantes en el "valor preferente de la gestión pública de los servicios a los ciudadanos".

El propio Servicio Vasco de Salud admite en su escrito de contestación, en base a ese último Acuerdo, que la pactada atención preferente de los servicios por medios propios, podrá ceder si circunstancias determinadas y/o excepcionales, o de interés público lo aconsejan, que, sin embargo, no se explicitan en las respectivas memorias, sin que pueda considerarse como tal la fórmula rituarial empleada que no hace siquiera mención a los concretos servicios objeto de la contratación, ni por tanto, a sus singularidades.”

Y en la más reciente sentencia nº 110/2024 de 2 de abril (rec 342/2023) de esta Sala, en relación con la contratación del servicio de lavandería del Hospital Santa Marina, hemos señalado:

“Pues bien, hemos de partir de la idea de que la administración tenía la obligación de motivar la concurrencia de circunstancias que justificaran la externalización del servicio al dar inicio al procedimiento de contratación. De manera que no cabe que intente subsanar ese déficit motivador en el escrito de demanda.

Sentado lo anterior, examinaremos el contenido de las dos memorias a las que se refiere la actora.

La primera de ellas figura en el folio 242 del expediente administrativo. Se trata de la memoria de cumplimiento de condiciones previas para la celebración de contratos de servicios, en la que se indica lo siguiente:

«La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de la Dirección Económico- financiera del Hospital. Dicha actividad está incluida entre los servicios que pueden ser contratados, conforme a la Instrucción sexta, y su objeto no contiene prestaciones que con arreglo a la Instrucción quinta deben ser satisfechas con medios propios.

Se trata de un servicio históricamente existente en la red de Osakidetza que ya venía siendo contratado externamente como servicio auxiliar o complementario necesario en todo caso para la adecuada prestación del servicio esencial de Osakidetza, cual es el servicio sanitario, no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada en Osakidetza, o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada.

Su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone Osakidetza.»

En la memoria justificativa de la necesidad e idoneidad del contrato (folio 244 del expediente administrativo) se reproducen estos mismos argumentos.

Pues bien, es fácil ver que tal justificación es insuficiente para permitir a la demandante obviar los compromisos libremente asumidos por ella para hacerse cargo con medios propios, de forma progresiva, de la prestación de estos servicios. En efecto, se trata de una motivación estereotipada y genérica. De manera que, de aceptarse, podría servir para la externalización de todos los servicios y, en consecuencia, para que la administración no cumpliera con aquello a lo que, de forma libre y voluntaria, se comprometió en el año 2008.

Ambos informes afirman, de manera apodíctica, que la prestación del servicio no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone la actora. Ahora bien, no se explica por qué se asumió tal compromiso si no podía luego llevarlo a la práctica. Tampoco ha justificado la existencia de algún calendario o planificación para ir erradicando la externalización de estos servicios. Tampoco se han acreditado los esfuerzos realizados para cumplir con ese calendario.

La administración pone el acento en el coste económico que supondría prescindir del contrato que ahora nos ocupa. Ahora bien, tal coste debió ser valorado por O-SVS en el momento de asumir el compromiso en cuestión. De hecho, no se ha justificado que haya concurrido alguna circunstancia extraordinaria que haya incrementado el coste previsto o que le haya impedido destinar los medios necesarios para hacer frente a su compromiso.

La conclusión que extraemos de lo expuesto es que la administración no motivó suficientemente el recurso a la exteriorización del servicio. Tampoco se ha acreditado la

conurrencia de circunstancias excepcionales o de interés público que justifiquen el recurso a la puesta en marcha de un procedimiento contractual para la prestación del servicio de lavandería en el Hospital de Santa Marina.”

De ambas sentencias se desprende la idea de que para que la Administración pueda recurrir a la externalización del servicio, es preciso que concurren circunstancias excepcionales que así lo aconsejen y que han de ser adecuadamente justificadas por la demandada en el momento de dar comienzo al procedimiento de contratación. Así resulta de la Orden de 3 de febrero de 2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de 18 de noviembre de 2009.

En este sentido, en la Instrucción Sexta sobre buenas prácticas en la contratación de servicios, aprobadas por el Consejo de Gobierno el 29-04-14 se señala : *Para la contratación de las prestaciones recogidas en el apartado anterior, la implantación de las actividades que se satisfagan mediante ellas y su provisión externa deberán datar de fecha anterior al 1 de enero de 2010, fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011 y medidas en relación con el empleo público, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de enero de 2010. Sólo excepcionalmente se admitirán contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o, que implantadas, no estuvieran contratadas a dicha fecha.*

Pues bien, en la Memoria justificativa que aparece en los folios 68 y 69 del expediente administrativo, se indica lo siguiente:

- I. La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de la OSI Araba.
- II. Dicha actividad está incluida entre los servicios que pueden ser contratados conforme a la instrucción sexta y su objeto no contiene prestaciones que con arreglo a la instrucción quinta deben ser satisfechas con medios propios.
Se trata de un servicio históricamente existente en la red de Osakidetza y en concreto en la OSI Araba que ya venía siendo contratado externamente como servicio auxiliar, no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada en Osakidetza o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada.
- III. Su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone la OSI Araba.
La realización de los trabajos de mantenimiento de la citada instalación requiere de un alto grado de especialización, tanto de la empresa como de los profesionales adscritos al mismo, de ahí la exigencia legal de la necesidad de una habilitación empresarial concreta en el ámbito de las operaciones de mantenimiento de las instalaciones térmicas, en concreto de la habilitación administrativa como empresa

mantenedora reguladora en los artículos 35 y 36 del Reglamento de Instalaciones Térmicas en edificios aprobado por el Real Decreto 1027/2007, no disponiendo Osakidetza y en concreto la OSI Araba de la citada habilitación como empresa mantenedora, ni los medios materiales y humanos necesarios para la realización de dicho mantenimiento conforme a la normativa de aplicación.

- IV. Los documentos contractuales elaborados en la fase de preparación del contrato incorporan las debidas garantías para dar cumplimiento a la instrucción octava sobre buenas prácticas en la celebración de contratos de servicios a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

La demandante, ya desde la vía administrativa, viene sosteniendo que Osakidetza dispone de los medios personales y materiales necesarios para asumir los trabajos de mantenimiento de la instalación de climatización del nuevo edificio y ha aportado prueba de la que resulta que existe personal de plantilla en OSI Araba en puestos de Técnico/a Especialista Instalaciones de Climatización, como técnicos superiores con titulación de Ingeniería.

La demandada no ha hecho el más mínimo esfuerzo en sustentar su afirmación de que no dispone de medios técnicos ni personales.

Es por ello que tenemos que concluir que la Administración demandada no motivó suficientemente el recurso a la externalización del servicio, como era su obligación. Tampoco se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales o de interés público que justifiquen la puesta en marcha de un procedimiento contractual para la prestación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios generales de la OSI Araba.

Todo lo cual determina que debemos estimar el recurso contencioso administrativo y anular la resolución recurrida por ser contraria a derecho.

Por otro lado, la “Memoria de cumplimiento de condiciones previas para la celebración de contratos de servicios” que consta en el expediente señala lo siguiente:

(...)

**INFORME DE NECESIDAD, IDONEIDAD, EFICIENCIA E INSUFICIENCIA DE MEDIOS
(art. 28, 30.3, y 116.4 f), LEY 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).**

I. A través del expediente de referencia la organización de servicios de Osakidetza, OSI Araba, pretende contratar el “Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones de climatización del edificio de Servicios Generales y del edificio industrial del HUA-Txagorritxu de la OSI Araba”, a fin de que las citadas instalaciones cumplan con las exigencias de eficiencia energética y seguridad que deben cumplir las instalaciones térmicas en los edificios destinadas a atender la demanda

de bienestar e higiene de las personas, durante su mantenimiento y uso, en orden a garantizar la seguridad, salubridad e higiene, en los procesos de climatización de los diferentes edificios y estancias del Hospital Universitario de Araba-Sede Txagorritxu de la OSI Araba, de conformidad con lo establecido en el Reglamento Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, (en adelante el RITE) de aplicación a dichas actividades, y en cuanto titulares de dichas instalaciones.

II. Estas actividades a contratar resultan además de exigibles legalmente de conformidad con el RITE, absolutamente necesarias para asegurar las exigencias técnicas de bienestar e higiene, eficiencia energética, y seguridad de los procesos asistenciales que se llevan a cabo en los edificios y estancias del hospital, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del RITE.

III. El alcance de las prestaciones a contratar a través del expediente de referencia exceden del mero mantenimiento preventivo o correctivo, comprendiendo además el mantenimiento técnico-legal, el asesoramiento, recomendaciones respecto a mejoras o modificaciones de las instalaciones, y el establecimiento, implantación, y mantenimiento de un Sistema de Gestión de Calidad.

IV. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del RITE, “el titular o usuario de las instalaciones térmicas es responsable del cumplimiento del RITE en lo que se refiere a su uso y mantenimiento, sin que este mantenimiento pueda ser sustituido por la garantía”, y de conformidad con lo dispuesto en su artículo 26.1, “el mantenimiento de las instalaciones sujetas al RITE ha de realizarse por empresas mantenedoras habilitadas”, siendo dicha empresa mantenedora “la responsable de que el mantenimiento de la instalación térmica sea realizado correctamente de acuerdo con las instrucciones del Manual de Uso y Mantenimiento, y con las exigencias del RITE”, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 26.3.

V. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.2 del RITE, “empresa mantenedora de instalaciones térmicas en edificios es la persona física o jurídica que realiza el mantenimiento y la reparación de las instalaciones térmicas en el ámbito de este RITE”, y para el ejercicio de la actividad profesional de instalador o de mantenedor, las empresas deberán cumplir los requisitos y disponer de la documentación establecida en el artículo 37 del RITE, entre los que se recoge:

- a) Disponer de la documentación que identifique al prestador, que, en el caso de persona jurídica, deberá estar constituida legalmente e incluir en su objeto social las actividades de montaje y reparación de instalaciones térmicas en edificios y/o de mantenimiento y reparación de instalaciones térmicas en edificios.
- b) Estar dados de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social y al corriente en el cumplimiento de las obligaciones del sistema.
- c) Tener suscrito un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan derivarse de sus actuaciones, por una cuantía mínima de 300.000 euros.

VI. Osakidetza es un Ente Público de Derecho Privado adscrito al Departamento de Salud del Gobierno Vasco, cuyo objeto social es la provisión del servicio público sanitario en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi mediante las prestaciones de asistencia primaria y especializada que sean objeto de aseguramiento y contratación pública, y toda su gestión está encomendada a tal fin.

Para el cumplimiento de dichos fines, y en el debido ejercicio de su autonomía de gestión y de su potestad de auto organización, Osakidetza puede y debe contratar externamente los servicios objeto del expediente de referencia, a fin de dar debido cumplimiento a las exigencias del RITE, y asegurar que las instalaciones de climatización atiendan debidamente la demanda de bienestar e higiene de las personas, durante su mantenimiento y uso.

VII. No siendo Osakidetza en general, ni la OSI Araba en particular, empresa mantenedora habilitada, ni estando en su objeto social comprendidas las actividades de montaje y reparación de instalaciones térmicas en edificios y/o de mantenimiento y reparación de instalaciones térmicas en edificios, conforme a los artículos 35 y 37 del RITE, se han de contratar externamente dichas actividades con empresa mantenedora habilitada conforme al RITE, a través de la oportuna licitación pública, y a ello precisamente responde la tramitación del expediente de referencia.

VIII. Estas actividades de mantenimiento no pueden ni deben ser prestadas por el personal de la plantilla de la OSI Araba, toda vez que aun cuando existen trabajadores de dicha plantilla, oficiales de Mantenimiento Calefactor-Fontanero, que disponen del carné profesional en instalaciones térmicas, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.2. del RITE, “este carné profesional no capacita, por sí solo, para la realización de dicha actividad, sino que la misma debe ser ejercida en el seno de una empresa instaladora o mantenedora en instalaciones térmicas”. Por otro lado, estar en posesión del carnet de instalador, no es un requisito de acceso al puesto funcional Oficial calefactor-fontanero y, por lo tanto, no puede supeditar la potestad auto organizativa de Osakidetza.

A mayor abundamiento, el Decreto 186/2005 de 19 de julio, por el que se regulan los Puestos Funcionales de Osakidetza, establece como puestos funcionales correspondientes a la actividad que se pretende contratar, el de Técnico en Instalaciones de Climatización y el de Oficial de Mantenimiento Calefactor-Fontanero, siendo las titulaciones requeridas para acceder a estos puestos la Formación Profesional de grado superior en la especialidad Técnico/a Superior Mantenimiento y Montaje de Instalaciones de Edificio y Proceso, y la Formación Profesional de grado medio en la especialidad Técnico/a en Montaje y mantenimiento de Instalaciones de Frío, Climatización y Producción de Calor, respectivamente.

La plantilla actual de la OSI Araba está formada únicamente por oficiales de Mantenimiento Calefactor- Fontanero, cuyo cometido funcional específico en relación al ámbito de las instalaciones en lo concerniente a su oficio, conforme al Manual de Organización del Decreto 186/2005 de Puestos Funcionales (Rev. 01. Septiembre 2005) es, entre otros, “Colaborar en la supervisión de servicios de mantenimiento subcontratados”, que es precisamente lo que se recoge en el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de referencia: “La gestión, operación, el seguimiento y control de las condiciones ambientales del HUA-T se realizará con personal propio de Osakidetza. La empresa adjudicataria se coordinará y colaborará con el personal propio de Osakidetza en estas tareas”.

IX. Las actividades que a través del expediente de referencia se pretenden contratar están incluidas entre los servicios que pueden ser contratados, conforme a la Instrucción Sexta de las “Instrucciones sobre buenas prácticas en la celebración de los contratos de servicios”, aprobadas por el Consejo de Gobierno en su sesión de fecha 29 de abril de 2014”, y su objeto no contiene prestaciones que con arreglo a la Instrucción Quinta deben ser satisfechas con medios propios, al tratarse de instalaciones que por sus características, están sujetas al RITE, y han de ser mantenidas por empresa mantenedora habilitada, tal y como se ha expuesto.

Se trata además de un servicio históricamente existente en la red de Osakidetza, y en concreto en la OSI Araba, ajustándose a lo requerido en el apartado segundo de esta misma Instrucción Sexta, en cuanto que la implantación de este tipo de actividades y su provisión externa data de fechas muy anteriores al 1 de enero de 2010, como fecha de entrada en vigor del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi sobre incrementos retributivos para los años 2010 y 2011, y medidas en relación con el empleo público aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de enero de 2010, no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada.

En este sentido, hospitales de la red de Osakidetza con dimensionamiento y características similares al Hospital Universitario de Araba- Sede Txagorritxu, han contratado externamente el Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones de climatización, desde la década de los años 1990 hasta la actualidad.

En concreto, y en lo que al Hospital Universitario de Araba-Sede Txagorritxu (anteriormente Hospital Txagorritxu) se refiere, se han contratado externamente los Servicios de Mantenimiento de las Instalaciones de climatización de una forma regular desde el año 2007 hasta la actualidad.

X. Los documentos contractuales elaborados en la fase de preparación del expediente de referencia, incorporan las debidas garantías para dar cumplimiento a la Instrucción Octava de las Instrucciones sobre buenas prácticas en la celebración de los contratos de servicios, a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto motivadamente, que nuevamente reiteramos y resumimos a continuación, consideramos que concurren en este caso circunstancias excepcionales y de interés público, además de las exigencias legales conforme al RITE, para proceder a la contratación externa del “Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones de climatización del edificio de Servicios Generales y del edificio industrial del HUA-Txagorritxu de la OSI Araba”:

1.- De conformidad con lo establecido en el RITE, el mantenimiento de las instalaciones térmicas (de climatización) en los edificios ha de atender las demandas de seguridad, salubridad e higiene, en los procesos de climatización de los diferentes edificios y estancias del Hospital Universitario de Araba-sede Txagorritxu de la OSI Araba.

2.- El mantenimiento de dichas instalaciones ha de realizarse por empresa mantenedora habilitada, siendo la empresa mantenedora, la responsable de que el mantenimiento de la instalación sea realizado correctamente de acuerdo con las instrucciones del Manual de Uso y Mantenimiento, y con las exigencias del RITE.

3.- Ni Osakidetza en general, ni la OSI Araba en particular, son empresas mantenedoras habilitadas, ni están comprendidas en su objeto social las actividades de montaje y reparación de instalaciones térmicas en edificios y/o de mantenimiento y reparación de instalaciones térmicas en edificios, de conformidad con lo establecido en el RITE.

4.- Estas actividades de mantenimiento no pueden ni deben ser prestadas por el personal de la plantilla de la OSI Araba, toda vez que aun cuando existen trabajadores de dicha plantilla, oficiales de Mantenimiento Calefactor-Fontanero, que disponen del carné profesional en instalaciones térmicas, sin embargo, este carné profesional no capacita, por sí solo, para la realización de dicha actividad, sino que la misma debe ser ejercida en el seno de una empresa instaladora o mantenedora en instalaciones térmicas, de conformidad con lo establecido en el RITE.

5.- Las actividades que a través del expediente de referencia se pretenden contratar están incluidas entre los servicios que pueden ser contratados conforme a la Instrucción Sexta de las “Instrucciones sobre buenas prácticas en la celebración de los contratos de servicios”, y su objeto no contiene prestaciones que con arreglo a la Instrucción Quinta deben ser satisfechas con medios propios.

6.- La implantación de este tipo de actividades y su provisión externa data de fechas anteriores al 1 de enero de 2010, no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada con anterioridad a dicha fecha.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión, las cuales conducen a la desestimación del recurso:

- 1) Tal y como ha manifestado con anterioridad este Órgano (ver la Resolución 136/2024) Osakidetza dispone de potestad de autoorganización para gestionar los servicios de su competencia, decidiendo, entre otras cosas, si deben prestarse con medios propios o contratados al efecto (ver, por todas, la Resolución 90/2023 del OARC). Esta potestad supone, entre otras, la posibilidad de delimitar, en su respectivo ámbito competencial, una organización determinada, de distribuir funciones y facultades, de delimitar responsabilidades, competencias y procedimientos con la finalidad de la consecución del interés general.

- 2) No obstante lo expresado en el apartado 1) anterior, el artículo 30.3 LCSP establece que la prestación de servicios se realizará normalmente por la Administración por sus propios medios, si bien, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar el servicio. Asimismo, el artículo 116.4.f) de la LCSP exige que en la fase preparatoria de los contratos de servicios se incluya un informe que justifique adecuadamente la insuficiencia de medios que determina la necesidad de acudir a la contratación externa. Sobre el alcance de esta justificación, la sentencia del Tribunal Supremo de 3/11/2011, ECLI:ES:TS:2011:7996 establece que no es un requisito formal ni su omisión equivale a una deficiencia de motivación, sino un “requisito previo necesario para que la Administración pueda ejercer una potestad administrativa de contratar.”
- 3) A la vista de lo exigido por la jurisprudencia, la justificación que consta en el expediente, reproducida más arriba, es suficiente para excluir la preferencia inicial de la LCSP por la ejecución de los servicios con medios propios. En particular, es especialmente relevante que el objeto del contrato incluye prestaciones que deben llevarse a cabo por una empresa debidamente habilitada según el RITE y que en él están comprendidas prestaciones que exceden del mantenimiento preventivo o correctivo, como el mantenimiento técnico – legal, el asesoramiento o un sistema de gestión de calidad. En ambos casos, se trata de funciones que exceden de las tareas atribuidas al personal propio y cuya ejecución no se le puede exigir.
- 4) A juicio de este Órgano, la suficiencia de la justificación aportada por el poder adjudicador no se desmiente por los argumentos del recurso. En particular, se observa lo siguiente:
- Como bien indica el poder adjudicador, la inconveniencia de la externalización no puede radicar en el hecho de que, circunstancialmente, en su plantilla figuren trabajadores con

habilitación profesional como mantenedores, pues no se trata de un requisito de acceso al puesto y, por lo tanto, no parece que el ejercicio de la correspondiente actividad les sea profesionalmente exigible. Asimismo, el objeto del contrato incluye materias, como la implantación, mantenimiento y gestión de un sistema de calidad del servicio, que exceden de las funciones del personal que, según la recurrente, podría ejecutar el objeto del contrato.

- Este Órgano considera que, una vez acreditada la insuficiencia de los medios propios como pide el artículo 30.3 LCSP, la recurrente no puede exigir que, para evitar la externalización, la empresa se habilite para el mantenimiento de sus propias instalaciones. Debe tenerse en cuenta que, para ello, entre otros requisitos, se necesita tener en plantilla al menos un operario con carné profesional de instalaciones térmicas de edificios (artículo 37 d) del RITE en relación con el artículo 26.8 de la misma norma), circunstancia que puede darse pero que no es estructural, como ya se ha señalado anteriormente, por lo que no puede servir para fundar una decisión con vocación de permanencia en el tiempo. Consecuentemente, dado que la externalización es inevitable si quiere cumplirse con una obligación legal, no es necesario analizar si el contrato se ajusta o no a los acuerdos que limitan dicha externalización.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del edificio de Servicios Generales y del edificio industrial del HUA Txagorritxu de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko azaroaren 21a

Vitoria-Gasteiz 21 de noviembre de 2024