



EB 2024/018

Resolución 136/2024, de 18 de julio, 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 L.A.B., contra los pliegos del contrato del “Servicio de mantenimiento integral de los edificios, infraestructuras, instalaciones generales, maquinaria, elementos eléctricos y electromecánicos, mobiliario y enseres de la OSI Bidasoa”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de enero 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 L.A.B., contra los pliegos del contrato del “Servicio de mantenimiento integral de los edificios, infraestructuras, instalaciones generales, maquinaria, elementos eléctricos y electromecánicos, mobiliario y enseres de la OSI Bidasoa”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 30 de enero 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 el día 2 de febrero.



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 nombre y representación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK L.A.B.

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: Argumentos del recurso

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) Se incumple el artículo 30.3 de la LCSP (justificación de la insuficiencia de medios propios en los contratos de servicios); Osakidetza cuenta con una plantilla, propia o en las listas de contratación, que cuenta con Ingenieros Superiores, Ingenieros Técnicos, Oficiales de mantenimiento, administrativos y auxiliares administrativos, con una capacidad técnica incuestionable. En el expediente se está produciendo una transmisión de la responsabilidad a la empresa contratada. Debería ser el personal responsable de mantenimiento quien gestionase el mantenimiento menos especializado mediante los recursos propios y proceder a la subcontratación de las labores especializadas.
- b) Se incumple el Decreto 106/2008, que recoge un acuerdo de la Mesa sectorial de Sanidad en el que Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios.
- c) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, declarando contrario a derecho el anuncio de licitación y los pliegos.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) Consta en el expediente la memoria que motiva la decisión de contratar en la que no solo se ahonda en la necesidad de contratar, sino que justifica y detalla la insuficiencia de medios. Se trata de un servicio que nunca ha existido internamente. En concreto, la OSI Bidasoa, cuya realidad y dimensionamiento nada tiene que ver con otras OSIs, nunca ha tenido trabajadores de mantenimiento en plantilla desde su fundación hace 32 años, lo que se especifica en el Anexo II de la memoria justificativa. La recurrente pretende coger una situación marco y aplicarla a todas las OSIs.

b) Se respeta el punto 2 del Decreto 106/2008 porque la actividad demandada viene realizándose de forma externa desde hace 32 años (Anexo I de la memoria justificativa) y por esta razón no puede afectar a ningún trabajador de la organización.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse (i) por no estar debidamente justificada la necesidad de la externalización habida cuenta de que Osakidetza dispone de profesionales capacitados para gestionar las labores especificadas en los pliegos y (ii) por incumplir los acuerdos de negociación colectiva.

Particularmente relevante en lo que a la cuestión planteada se refiere es la memoria que consta en el expediente y que, en el epígrafe titulado “Justificación de insuficiencia de medios en contratos de servicios”, establece lo siguiente:

ANEXO I

I.- La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de esta Organización Sanitaria Bidasoa.

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.

III.- Su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone esta Organización, siendo además inconveniente o imposible su reorganización. La especialización técnica que exige la actividad a contratar y la conveniencia de que el contrato sea ejecutado por una empresa especializada hacen desaconsejable la ejecución con medios propios.

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

La presente contratación se encuadra dentro de los supuestos de la Instrucción Sexta.

Se trata de un servicio habitual, pero que en uso de la capacidad de auto organización de Osakidetza se opta por su contratación con terceros.

Se justifica esta decisión en que una prestación realizada por una entidad especializada es más conveniente que crear un servicio propio en la OSI Bidasoa.

Se trata de una función auxiliar que sirve para cumplir con la función principal de la OSI Bidasoa y se encuentra entre los supuestos permitidos de contratación.

La indicada Instrucción recoge los servicios de limpieza entre los que se permite su contratación. En este caso se trata de contratar la limpieza de las dependencias de todos los centros de la OSI Bidasoa.

Se adoptan las siguientes medidas para evitar la cesión ilegal de trabajadores: Todas las recogidas en las Instrucciones sobre buenas prácticas para la contratación de servicios.

La presente contratación no se encuentra incluida entre los supuestos de la Instrucción Quinta, es decir aquellos servicios que no pueden ser objeto de contratación con terceros.

ANEXO II

El mantenimiento de las instalaciones sanitarias es una necesidad preferente e indiscutible. Dicho mantenimiento integral es indispensable para el normal funcionamiento en la prestación de los servicios sanitarios de esta OSI según los estándares de seguridad necesarios.

Por otro lado, dicho mantenimiento ayuda a la conservación de todos los elementos necesarios para poder dar servicio habitual y de calidad a los usuarios, evita el deterioro de los edificios, instalaciones, mobiliario y enseres y; además, procura la eficiencia máxima de los mismos.

Esta actividad se viene realizando desde la apertura del Hospital del Bidasoa, hace 32 años, y no contradice el Decreto 106/2008 de externalización de nuevas áreas o servicios. (DECRETO 106/2008, de 3 de junio, por el que se aprueba el Acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad, en su reunión del día 14 de marzo de 2008).

Se certifica tras la consulta a la Dirección de Personas de esta OSI Bidasoa:

- Que en la plantilla de esta organización no hay operarios asignables a esta actividad que es objeto de contratación.
- Toda la plantilla tiene asignadas funciones sin que queda realizar ninguna reasignación de funciones.
- Tampoco existe en la plantilla de esta organización puestos sin cubrir o que estén asignados a esta OSI en procesos selectivos en marcha o que vayan a convocarse, que resulten suficientes teniendo en cuenta la plantilla que actualmente desarrolla labores para este servicio.

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

a) Sobre la suficiencia de la motivación de la externalización

En síntesis, Osakidetza indica en la memoria del expediente que la externalización de la prestación es necesaria porque en la OSI (i) no hay operarios asignables a esta actividad que es objeto de contratación, (ii) toda la plantilla tiene asignadas funciones sin que queda realizar ninguna reasignación de funciones y (iii) no existe en la plantilla de la OSI puestos sin cubrir o que estén asignados a esta OSI en procesos selectivos en marcha o que vayan a convocarse, que resulten suficientes teniendo en cuenta la plantilla que actualmente desarrolla labores para este servicio. Esta información se ve contrastada por la afirmación de la OSI de que actividad objeto del contrato, la de mantenimiento, no se ha efectuado nunca con trabajadores de su plantilla.

A juicio de este Órgano, estas explicaciones son suficientes para satisfacer el requerimiento de justificación de la contratación de servicios que se recoge en los artículos 30.3 y 116.4 f) de la LCSP y desvirtuar la preferencia que la LCSP establece en favor de la prestación de servicios con medios propios. Frente a ella, el recurrente se limita a señalar la existencia de categorías profesionales en las listas de contratación de Osakidetza, cuyas funciones se corresponderían con el objeto del contrato que podrían efectuar los trabajos demandados y en la falta de especialización de algunas de las tareas demandadas. Sin embargo, esta alegación no es convincente por varias razones:

- 1) 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 o público que, como afirma el poder adjudicador, en este caso es el de la atención sanitaria.
- 2) Tal y como consta en la Memoria justificativa publicada en la Plataforma, la OSI Bidasoa nunca ha contado en su organización con

personal cuya finalidad sea efectuar materialmente el mantenimiento del objeto del contrato, lo que supone que en el momento de la contratación carece de puestos de trabajo destinados a esta finalidad.

- 3) En contra de lo alegado por el sindicato recurrente la decisión de no acudir a las listas de contratación no supone infracción de los límites de la potestad de autoorganización de Osakidetza. Téngase en cuenta que la finalidad de estas listas es la provisión de personal estatutario temporal o sustituto para el desempeño de funciones propias de estatutarios siempre que se den los supuestos y condiciones del artículo 9 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, entre los que se encuentran los de existencia de plaza vacante, o ejecución de programas de carácter temporal, o exceso o acumulación de tareas y que difícilmente se podrá acudir a estas listas cuando la OSI nunca ha satisfecho las necesidades de mantenimiento a través de su propia organización.
- 4) Lo que en realidad plantea el sindicato recurrente es una modificación organizativa para que la OSI gestione esta prestación con personal propio contratado al efecto, lo cual excede los límites del recurso especial.

b) Sobre el incumplimiento de los acuerdos de negociación colectiva

En lo que respecta a la alegación del recurrente sobre el incumplimiento de los acuerdos de negociación colectiva en lo relativo a la no externalización de determinados servicios, este Órgano considera que debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano viene señalando que los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de ciertos servicios son parte del “fondo parcialmente reglado” que el poder adjudicador debe respetar cuando ejerce su potestad discrecional de autoorganización para

determinar si presta un servicio con sus propios medios o con medios ajenos. Consecuentemente, la posible infracción de dichos Acuerdos, cuya fuerza vinculante garantizan los artículos 32.2 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público (ver, por ejemplo, la Resolución 29/2017 del OARC / KEAO) es parte del núcleo material de la discrecionalidad que puede ser objeto del control de legalidad atribuido al recurso especial (ver, por todas, la Resolución 212/2019 del OARC / KEAO).

- 2) El poder adjudicador ha motivado en la memoria justificativa de la contratación, y reiterado en el informe de oposición al recurso, que el objeto del contrato se ha prestado por personal externo desde la creación de la OSI hace 32 años, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 106/2008. Esta manifestación permite descartar razonablemente que nos hallemos ante un incumplimiento del acuerdo de negociación colectiva.

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 (L.A.B.) contra los pliegos del contrato del “Servicio de mantenimiento integral de los edificios, infraestructuras, instalaciones generales, maquinaria, elementos eléctricos y electromecánicos, mobiliario y enseres de la OSI Bidasoa”, 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 uztailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de julio de 2024