



EB 2024/012

Resolución 142/2024, de 22 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 BATZORDEA L.A.B. contra los pliegos del contrato de “Gestión y dinamización en redes sociales”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 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 BATZORDEA L.A.B., contra los pliegos del contrato de “una empresa especializada en gestión y dinamización en redes sociales”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 11 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 entre el 16 de enero y el 2 de julio.

TERCERO: No constan interesados diferentes al recurrente y al 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 nombre y representación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEA 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); según la recurrente, si bien los servicios de publicidad quedan incluidos dentro de los que pueden ser contratados, la actividad no estaba implantada a fecha 1 de enero de 2010 y no hay justificación sobre una posible excepcionalidad.
- b) La externalización del objeto del contrato no está justificada. En concreto, en Osakidetza existen responsables de comunicación y la cláusula 6.1 del Pliego de prescripciones técnicas (PPT) manifiesta que se cuentan con diversas cuentas en redes sociales que se entiende que se está prestando con medios propios al no dar ningún detalle sobre una empresa externa y, por ejemplo, las instalaciones donde presta servicio la entidad impulsora están destinada a la actividad administrativa.
- c) 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.
- d) 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) La memoria que consta en el expediente motiva la decisión de contratar en la necesidad de acudir a una empresa especializada con experiencia en la ejecución de servicios similares, que proyecta cubrir toda la red de Osakidetza y en la mayoría de los casos ha de ejecutarse fuera de las instalaciones de Osakidetza. A juicio del poder adjudicador, se trata de una justificación sucinta, que es lo que demanda la LCSP en esa fase del procedimiento de adjudicación.

b) En una motivación más amplia, propia del recurso especial alega que la tarea principal a desarrollar es la de dinamizar los perfiles de las redes sociales de Osakidetza en Facebook, Instagram, LinkedIn, X (antiguo Twitter) y Youtube, ya existentes, y va a ofrecer una cobertura total del servicio durante las 24 horas, los 7 días de la semana, los 365 días del año, exigiéndose unos concretos perfiles profesionales: Product Owner y Social Media Manager, Community Manager, Digital Planner.

c) El Decreto 106/2008 establece un compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios, pero también dispone que, en situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por la propia Osakidetza. Por otro lado, se alega que este Acuerdo sigue vigente, pero con la redacción en materia de externalización establecida en el Acuerdo de la Mesa General de Negociación publicado mediante la Orden de 3 de febrero de 2010, de la consejera de Justicia y Administración Pública. Este Acuerdo establece en su apartado 6 que la Administración atenderá preferentemente con medios propios los servicios que precise para el desarrollo de su actividad (en concreto, su apartado 6).

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 habida cuenta de que Osakidetza dispone de profesionales capacitados para gestionar las labores especificadas en los pliegos.

Particularmente relevante en lo que a la cuestión planteada se refiere es la “MEMORIA DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES PREVIAS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS” que consta en el expediente y que manifiesta lo siguiente:

La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de la Dirección General. 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 y su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone Osakidetza, siendo asimismo un inconveniente o imposible su reorganización. Así, para poder llevar a cabo el presente servicio se precisa del concurso de una empresa especializada con experiencia en la ejecución de servicios similares, ya que Osakidetza no dispone de los recursos materiales, técnicos, ni humanos necesarios para llevar a cabo este servicio. En concreto, el servicio que se pretende contratar proyecta cubrir toda la red de Osakidetza, a través de sus cuentas corporativas en redes sociales y tiene por objeto la gestión y dinamización de las redes sociales en las que está presente Osakidetza para la difusión de información y actividades de la Organización a través de las cuentas corporativas en redes sociales, así como evaluación del impacto y la expansión de las mismas. Osakidetza no cuenta con los medios necesarios para desarrollar esa tarea. Se trata de un servicio que en la mayoría de los casos ha de ejecutarse fuera de las instalaciones de Osakidetza, las cuales están destinadas a la actividad asistencial y no están habilitadas para asumir este tipo de actividades puntuales y ajenas a la razón social del Ente. Por todo esto, se precisa contratar una empresa que se encargue del servicio de gestión y dinamización de redes sociales con la difusión de información a través de las cuentas corporativas en redes sociales de la Organización y su control y evaluación posterior.

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 las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión, las cuales llevan a la estimación parcial del recurso por las siguientes razones:

- 1) El examen del recurso debe partir de lo dispuesto en la STSJPV 203/2018, invocada por el recurrente y dictada en relación con las Resoluciones 24, 29 y 45/2017 de este OARC / KEAO, que estimaban los recursos especiales contra los pliegos rectores de los contratos relativos a la “Gestión del servicio de alimentación, cafetería, vending del Hospital de Urduliz”, al “Servicio de lavado, planchado, costura y suministro de ropa no quirúrgica, quirúrgica y lavado y suministro de zuecos quirúrgicos del Hospital de Urduliz” y del “Servicio de Limpieza de centros de la OSI Uribe”. En dicha sentencia se manifiesta lo siguiente en relación con la exigencia de que en la fase preparatoria del expediente de contratación se justifique la necesidad del contrato:

Situados en la primera fase del expediente de contratación, la preparatoria, en la que se sientan las bases del contrato y concluye con un acto de aprobación, dando paso a la segunda fase, de selección y adjudicación del contrato, el mentado artículo 109 regula el inicio y contenido del expediente, disponiendo en su apartado 1 que *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley"*.

Con arreglo a este último precepto *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

Si acudimos al expediente administrativo y su ampliación, se observa que en cada uno de los tres expedientes de contratación se incorpora la correspondiente "memoria"; todas ellas, previa determinación del tipo de procedimiento (abierto), el plazo de duración y los criterios de valoración de las ofertas, incluyen, en lo que ahora interesa, un mismo párrafo del siguiente tenor:

"El servicio objeto de contratación se considera necesario para la prestación de asistencia sanitaria en esta organización de servicios. No disponiendo de medios materiales, ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio. Teniendo en cuenta que dicho servicio no forma parte de la actividad principal de nuestra organización y dado que existen en el mercado empresas en la que esta actividad constituye su competencia básica, con inversiones, experiencia y habilidades organizativas que les permiten realizar más eficientemente este servicio, se considera idónea la contratación externa".

Explicación que se revela a todas luces insuficiente para cumplir con el deber de motivación que imponen los preceptos transcritos, hasta el punto de que, por su generalidad y abstracción, sirve para justificar la provisión externa de cualesquiera de los servicios que se presten en sus centros, dejando a salvo la actividad estrictamente sanitaria; no controvertido que los servicios objeto de contratación son *necesarios* para el cumplimiento y realización de los fines propios y estratégicos de Osakidetza, como afirma su defensa, viene obligado el ente público a motivar la *necesidad* de externalización de esos servicios auxiliares o complementarios, aún con mayor rigor, si cabe, cuando ha asumido un claro compromiso de prestarlos a través de medios propios, y según sostienen los sindicatos recurrentes, cuenta con personal para llevarlos a cabo.

- 2) Las disposiciones citadas en esta sentencia, si bien se refieren al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), permanecen redactadas en lo sustancial de igual forma en la

vigente LCSP. Así, el artículo 116.1 de la LCSP, en igual sentido que el artículo 109.1 del TRLCSP, dispone que “La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante”, mientras que el artículo 28.1 de la LCSP, al igual que el artículo 22 del TRLCSP, dispone que Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. A estas disposiciones se ha de sumar que, en el caso de los contratos de servicios, el artículo 30.3 LCSP establece que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración con sus propios medios, y que se podrá contratar cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente (sobre el alcance de este requisito, ver la sentencia del Tribunal Supremo de 3/11/2011, ECLI:ES:TS:2011:7996, en adelante, “STS de 3/11/2011”). 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.

- 3) De lo expresado en los números 1) y 2) anteriores se desprende que el contenido de la memoria no satisface los citados requisitos de justificación. El documento se extiende en alegar que el objeto del contrato es susceptible de contratarse de acuerdo con los criterios fijados por una instrucción interna, que se precisa de una empresa especializada para su prestación y que en la mayoría de los casos ha de ejecutarse fuera de las instalaciones de Osakidetza. La única mención a la carencia o insuficiencia de los recursos humanos propios es el párrafo en el que se expresa que la “...prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y

técnicos de que dispone Osakidetza, siendo asimismo un inconveniente o imposible su reorganización” y no se especifican las razones o características de la especialización exigida para la ejecución del contrato. La consecuencia de ello es que no se da plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar el acto concreto impugnado, sin que puedan ser consideradas como tal la descripción del servicio, que figura con más detalle en el PPT y PCAP, ni el lugar de ejecución de la prestación, que no justifica el recurso a la externalización de un servicio en el que es indiferente para su ejecución la ubicación (servicios que se prestan telemáticamente). Por todo ello, no puede considerarse satisfecho el requerimiento de justificación de la necesidad de la contratación de medios externos, que debe desvirtuar la preferencia legal por el uso de los medios propios. El poder adjudicador ha desarrollado en el informe de oposición al recurso las razones que motivan la externalización, pero debe tenerse en cuenta que no es suficiente, a estos efectos, la motivación posterior, pues se trata de un requisito preceptivo necesario para la válida celebración del contrato además de que no ha podido ser conocida por el recurrente antes de elaborar su impugnación (ver, en este sentido la Resolución 12/2021 del OARC / KEAO).

- 4) Debe señalarse que este Órgano no discute la potestad de autoorganización de la que dispone Osakidetza para gestionar los servicios de su competencia, decidiendo, entre otras cosas, si deben prestarse con medios propios o contratados al efecto. Sin embargo, dicha potestad discrecional tiene como límite el respeto del ordenamiento jurídico que, en el presente caso, se ha traspasado al infringir las normas reguladoras del contenido del expediente (artículo 116.4 f) en relación con los artículos 28.1 y 30.3, todos ellos de la LCSP).
- 5) La estimación de la falta de la debida justificación de la insuficiencia de medios conlleva la anulación de los pliegos y el anuncio de licitación y la cancelación de la licitación por suponer la falta de un “requisito previo necesario para que la Administración pueda ejercer una potestad administrativa de contratar” (ver el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 3/11/2011).

No obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano pudiera emitir sobre un nuevo procedimiento para contratar la misma prestación (en su caso, regido por los mismos pliegos) a la vista de la justificación que se aporte en los términos legalmente previstos. Igualmente, debe tenerse en cuenta que, a la vista del efecto de la presente Resolución, no procede ahora dirimir el debate sobre la adecuación de la contratación a los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan el margen de discrecionalidad con el que cuenta Osakidetza para decidir si ejecuta el servicio con sus propios medios, incluidos los personificados recogidos en el artículo 32 de la LCSP, o lo externaliza.

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (L.A.B.) contra los pliegos y el anuncio del contrato de “Gestión y dinamización en redes sociales”, tramitado por Osakidetza”, anulando los pliegos y el anuncio y cancelando la licitación.

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 dé cuenta 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko uztailaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de julio de 2024