



EB 2019/173

Resolución 212/2019, de 5 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CONFEDERACIÓN EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA / SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (ELA / STV) contra los pliegos del contrato “Servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de octubre de 2019 se remitió por el poder adjudicador al registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso, calificado de alzada, interpuesto por CONFEDERACIÓN EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA / SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (ELA / STV) (en adelante, ELA) contra los pliegos del contrato “Servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

A dicho recurso se acompañaba 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). El expediente de contratación figura adjunto al tramitado en orden a resolver el recurso especial presentado por D.D.Z.P contra los pliegos de este mismo contrato (expediente EB 2019/170).

SEGUNDO: 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 representación de don J.M.M. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, es aplicable la doctrina asentada por este Órgano en sus Resoluciones 24, 29 y 45/2017, confirmadas por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018 (en adelante, “sentencia 230/2018”) y referidas a recursos en los que los motivos impugnatorios aducidos eran muy similares a los expuestos ahora; en ellas se admitió la legitimación sindical con los siguientes argumentos:

- la recurrente basa su legitimación para la interposición del recurso en su interés en el cumplimiento de los acuerdos que se derivan de la negociación colectiva cuyo contenido se opone al de los pliegos impugnados y, en general, en la defensa de los intereses de los trabajadores, perjudicados por la externalización que el contrato impugnado supone.
- en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia 448/2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO, se señala que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la



afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el supuesto ahora analizado, ELA pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por no respetar los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan o impiden el recurso a la externalización de servicios. En concreto, alega que los pliegos impugnados incumplen los acuerdos derivados de la negociación colectiva (artículo 60 del Decreto 83/2010, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos y el artículo 13 del 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), incumpliendo el compromiso adquirido de no externalizar nuevas actividades/servicios/áreas, basando su legitimación en la necesidad de garantizar el empleo público. No cabe duda de que asegurar el carácter vinculante de la negociación colectiva es un interés legítimo conectado claramente con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados por lo que ELA goza de legitimación para impugnar.

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

Sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento Jurídico octavo a) de esta resolución, conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación (ver también el último párrafo del Fundamento jurídico cuarto de la sentencia 230/2018).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Calificación del recurso

A la vista de lo señalado en los fundamentos anteriores el recurso debe ser calificado de recurso especial y no de recurso de alzada. A este respecto, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, por ejemplo, sus resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, no estando vinculado por el recurso ofrecido por el órgano de contratación en los pliegos de la licitación, o por el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente (artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SÉPTIMO: Argumentos del recurso

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

a) La subcontratación vulnera la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi (en adelante, LOSE) pues, si bien en la memoria justificativa del contrato se manifiesta que el Sistema Nacional de Salud incluye el transporte sanitario urgente en su cartera como un servicio común básico de carácter gratuito que puede ser prestado con recursos ajenos contratados de conformidad con el artículo 90 de la Ley General de Sanidad, omite que ésta norma es anterior a la LOSE que garantiza que los servicios se prestarán con recursos de titularidad pública.

b) Si se compara el número total de horas anuales de personal necesarios para la ejecución del servicio impugnado (p.ej. una ambulancia Tipo B requiere de 6 técnicos diarios) con el número de horas de los dos contratos actualmente en vigor, se concluye que en el contrato impugnado se incrementa el número de horas de personal de la siguiente forma:

- En Bizkaia se incrementa el número de horas de los técnicos en emergencias sanitarias (en adelante, TES) en 17.520 horas y de los de personal de enfermería en 8.760 horas. Consecuentemente, el número de horas “nuevas” que se contratan en exceso comparándolas con los dos contratos anteriores es de 26.280 horas lo que significa que, sobre la base de 1.592 horas de jornada anual por puesto, se deberían crear 16,50 nuevos puestos o dotaciones.
- En Gipuzkoa se incrementa el número de horas de los TES en 1.488 horas, lo que supone crear 0,93 de dotación o nuevo puesto.
- En Araba se incrementa el número de horas de TES en 17.520 horas, lo que supone crear 11 puestos o dotaciones nuevas.

c) Finalmente, solicita la nulidad o anulación de la Resolución de 25 de septiembre de 2019, de la Viceconsejera de Administración y Financiación



Sanitaria por la que se aprueban el expediente de contratación, el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y el PCASP y que se anule el procedimiento de adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) El recurrente en ningún momento especifica si los derechos que pretende proteger son los de los trabajadores de Osakidetza, los de los que se deben subrogar o de los afiliados a su central Sindical.
- b) El recurrente se muestra como defensor de una legalidad que nombra para poner de manifiesto que el servicio se debería de dejar de externalizar, pero no indica dónde radica el problema en los pliegos o en la resolución de aprobación, que son los actos impugnados.
- c) Lo que verdaderamente se recurre es la propia decisión del Departamento de Salud de continuar contratando el servicio.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de lo anterior, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas, debiendo ser contestada en primer lugar la planteada por el órgano de contratación sobre si la decisión de contratar es un acto sujeto a recurso especial y, si esta cuestión es resuelta en sentido afirmativo, si el contrato impugnado conculca las disposiciones de la LOSE o traspasa los límites establecidos en los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan la externalización de servicios, en resumen, si los pliegos se ajustan a la legalidad.



a) Sobre si la decisión de contratar es un acto sujeto a recurso especial

El poder adjudicador considera en su informe que la decisión de contratar no puede ser objeto de recurso especial. Esta alegación debe desestimarse ya que en supuestos similares al que ahora se plantea (ver, en este sentido las Resoluciones 24/2017, 29/2017, 45/2017 y 88/2019), este OARC/KEAO ha admitido los recursos interpuestos contra la decisión de contratar y se ha pronunciado sobre el alcance de la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación en el momento de adoptarla (ver, en el mismo sentido, la sentencia 230/18). Esta misma conclusión se extrae del examen de la jurisprudencia del TJUE que, interpretando en sentido amplio el concepto de decisión recurrible, considera que lo son las decisiones de la entidad adjudicadora anteriores al comienzo formal del procedimiento de licitación, como las de no iniciar un procedimiento de contratación pública (STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, apartado 33) o la de celebrar contratos de trabajo con personas físicas para la prestación de determinados servicios sin tramitar un procedimiento de contratación pública (STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864).

b) Sobre los límites de la discrecionalidad técnica en la decisión de contratar

En las resoluciones anteriormente citadas el OARC/KEAO ha concluido que, en lo que respecta a la delimitación del objeto del contrato, 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, y cuya infracción es parte del núcleo material del acto discrecional que forma parte del control de legalidad atribuido al recurso especial. En lo que respecta al cumplimiento de lo dispuesto en la LOSE, además de ser aplicable esta misma argumentación, debe recordarse que el principio de legalidad obliga a la administración, en todo caso,



a realizar sus funciones con pleno sometimiento a la ley y al ordenamiento jurídico (artículo 103.1 CE).

b1) Respecto al incumplimiento de lo dispuesto en la LOSE

Alega el sindicato recurrente que con la decisión de externalizar el servicio se incumple lo dispuesto en el artículo 18 de la LOSE que dispone lo siguiente:

Artículo 18. Provisión de servicios sanitarios con medios de titularidad pública.

En la Comunidad Autónoma de Euskadi se garantizará la existencia de una dotación de recursos de titularidad pública adecuada a las necesidades sanitarias, realizándose su planificación con criterios de racionalización de recursos.

Esta alegación debe ser desestimada. Esta norma garantiza la existencia de medios públicos adecuados para el servicio público sanitario (ver, en este mismo sentido, el Título III de la LOSE “Organización de las estructuras públicas de provisión de servicios sanitarios”), pero no supone una limitación (mucho menos una prohibición) de satisfacer con medios ajenos las necesidades del sistema sanitario. Por el contrario, el artículo 30 de la LOSE prevé la provisión de servicios sanitarios por instituciones privadas y dispone que las relaciones entre el Departamento competente en materia de sanidad y cualquier entidad privada para la provisión de servicios sanitarios se instrumentalizarán de acuerdo con lo que al respecto establecen la legislación general básica y la propia LOSE, lo cual posibilita el que el poder adjudicador pueda acudir a la contratación pública para adquirir los servicios objeto del contrato impugnado.

b2) Respecto del incumplimiento de los Acuerdos de negociación colectiva.

El sindicato recurrente no niega que los servicios que se pretenden contratar se hallan actualmente externalizados. De la argumentación de su recurso, consistente en comparar el número total de horas por año a realizar por los trabajadores que prestan el servicio en los dos contratos ahora en vigor con el



número total de horas anual que efectuarán los trabajadores por cada recurso material solicitado en el nuevo contrato que sustituirá a los dos ahora vigentes, se desprende con claridad que lo que se denuncia es la extensión de lo que ahora se contrata, pero sin que se ponga en duda que la actividad se encontraba ya externalizada.

El artículo 60.1 del Decreto 83/2010, de 9 de marzo, aplicable al supuesto que nos ocupa, dispone que La Administración atenderá preferentemente con medios propios los servicios que precise para el desarrollo de su actividad. Desde el inicio de la vigencia del acuerdo, la Administración asume el compromiso de no externalizar ninguna nueva actividad ni actividad existente que actualmente no esté subcontratada. El acuerdo pone el énfasis en la decisión de externalización, que es el objeto de los límites que fija, sin que sea relevante el número de medios materiales o personales que realizaban la actividad en el inicio de la vigencia del Acuerdo. Ello es lógico y congruente con el marco general de la contratación pública, pues dicho número, por una parte, depende de que se especifique o no en los pliegos de la licitación el umbral mínimo de medios a asignar a la ejecución del contrato (si no se fija, cada licitador puede proponer la organización y gestión de la prestación como entienda más adecuado) y, por otra, está condicionado por el volumen y alcance de las necesidades que deben satisfacerse (por ejemplo, por la evolución de la demanda de las prestaciones sanitarias).

Además ha de tenerse en cuenta que, en aplicación de las “Instrucciones sobre buenas prácticas en la celebración de contratos de servicios”, aprobadas por el Consejo de Gobierno en su sesión de 29 de abril de 2014¹ y que son de interés para el caso porque suponen la interpretación del acuerdo invocado por la recurrente y asumido por la administración, el servicio de transporte y los de salud y asistencia social, son susceptibles de ser contratados siempre que la provisión externa date de fecha anterior al 1 de enero de 2010, cuestión ésta que no ha sido puesta en duda por el recurrente.

¹ <http://www.euskadi.eus/instrucciones-sobre-buenas-practicas-en-la-contratacion-de-servicios/web01-a2funpub/es/>



c) Conclusión

Consecuentemente, los servicios objeto del contrato no constituyen una nueva actividad a los efectos del artículo 60 del Decreto 83/2010, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos, ni su prestación con medios privados mediante un contrato público es contraria a la LOSE, por lo que el recurso debe ser desestimado (ver, en el mismo sentido, la Resolución 66/2017 del OARC / KEAO).

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 CONFEDERACIÓN EUSKAL LANGILEEN ALKARTASUNA / SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS (ELA / STV) los pliegos del contrato “Servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial.

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

Vitoria-Gasteiz, 2019ko abenduaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de diciembre de 2019