



EB 2023/152

Resolución 230/2023, de 14 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 LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Centro Logístico para recepción, almacenamiento y distribución de materiales de protección frente a brotes epidemiológicos”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de julio de 2023, se interpuso 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) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (en adelante, LAB) contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Centro Logístico para recepción, almacenamiento y distribución de materiales de protección frente a brotes epidemiológicos”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 20 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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 se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 21 de julio, mientras que el informe no se ha recibido a fecha de hoy.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de agosto, no se han recibido alegaciones.

CUARTO: Con fecha 2 de agosto, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 029/2023, por la que acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de M.P.N. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, se observa lo siguiente:

- 1) 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 del OARC / KEAO, 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.



- 2) En el supuesto ahora analizado, L.A.B. pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por infringirse los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan el recurso del poder adjudicador a la externalización de servicios y por contar Osakidetza con personal propio adecuado para la realización del objeto del contrato cuya estabilidad o promoción profesional estarían afectados por el contrato impugnado. No cabe duda de que esta pretensión se fundamenta en un interés legítimo que atañe a los intereses de un determinado colectivo de trabajadores de Osakidetza que L.A.B. defiende y que se verían satisfechos en el caso de que el recurso se estimara.

- 3) Además, LAB impugna las cláusulas específicas 5 y 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) argumentando, en síntesis, que no se desglosan adecuadamente los costes del contrato y que la modificación contractual prevista en los pliegos infringe el artículo 204 LCSP por no establecerse la cláusula correspondiente de forma clara y precisa. LAB afirma que estas infracciones repercuten en los derechos de los trabajadores porque una correcta fijación del precio redundaría en una mayor disponibilidad de recursos para acciones formativas, contrataciones adicionales de personal para cubrir carencias de servicio y mejoras en las condiciones de trabajo. Es doctrina reiterada de este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 5/2019) que el artículo 48 LCSP otorga legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse que en la ejecución del contrato se incumplirían por el empresario las obligaciones sociales o laborales con los trabajadores que participan en ella, y que dicha legitimación depende de que la conexión entre el acto impugnado y el incumplimiento sea deducible “fundadamente”. Sin embargo, la conexión en la que se basa el recurso es genérica, remota y meramente hipotética (de hecho, el recurso ni siquiera concreta la norma o convenio colectivo concreto incumplido), y darla por buena sería tanto como admitir que las organizaciones sindicales pueden impugnar cualquier cláusula vinculada con los costes de la prestación porque, teóricamente, están en



juego hipotéticos excedentes presupuestarios que podrían destinarse a finalidades que beneficiarían a los trabajadores. Consecuentemente, LAB carece de legitimación para impugnar las cláusulas específicas 5 y 16 del PCAP.

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

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.

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 LCSP porque se ha expuesto en la memoria del expediente una justificación insuficiente de la externalización, más allá de la



afirmación vacía de que no se dispone de recursos humanos. Además, LAB alega que las labores descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) las realiza personal de almacén propio en la mayoría de los hospitales de Osakidetza, y que hay en marcha procesos selectivos para la provisión de nuevo personal.

b) La recurrente alega el Decreto 106/2008, de 3 de junio, relativo al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza (en adelante, “Decreto 106/2008”), que incluye un compromiso del poder adjudicador de no externalizar nuevas áreas o servicios; en particular, entiende que el contrato externaliza un servicio de almacén que ya se está prestando por los profesionales de Osakidetza en otros centros del poder adjudicador y que ya no existe la situación excepcional y de emergencia que justificó dicha externalización en un primer momento.

c) La licitación se produce sin previa negociación y afectando a los trabajadores de Osakidetza cualificados para desempeñar las funciones contratadas; por otro lado, la externalización no garantiza por sí sola una mejoría en la calidad o el coste del servicio.

SÉPTIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por considerar que no está debidamente justificada la necesidad de la externalización habida cuenta de que Osakidetza dispone de personal propio capacitado para gestionar las labores especificadas en los pliegos y que se han infringido los acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de servicios.

Particularmente importante para el objeto del recurso es la “Memoria de cumplimiento de condiciones previas para la celebración de contratos de servicios”, cuyo contenido relevante para la Resolución del recurso es el siguiente:



(...)

El 30 de enero de 2020 la OMS declaró el brote SARSCoV- 2 en China como Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional y desde entonces se ha ido extendiendo. El 28 de febrero de 2020 se detectan los primeros casos en Euskadi y el 11 de marzo de 2020 se declaró la pandemia mundial.

El consumo de material de protección individual en Osakidetza experimentó a partir de la última semana de febrero de 2020 un incremento exponencial, sin precedente histórico alguno y difícilmente previsible.

Si bien la labor preventiva realizada de adquisición de material de protección individual permitió hacer frente a este incremento exponencial de consumo de las organizaciones se constataron dos circunstancias. La primera, que en momentos puntuales hubo escasez de material a pesar de los esfuerzos de compra realizados. La segunda, que una pandemia a nivel mundial provoca un colapso en los mercados de este material en el que organizaciones como Osakidetza e incluso gobiernos como el Gobierno Vasco tienen una capacidad de actuación limitada ante las demandas de los grandes países.

También se constató que, en estas circunstancias de crisis, no es suficiente con disponer del material contratado, sino que es necesario disponer de material almacenado. En efecto, la situación vivida del mercado provocó que pedidos comprometidos con proveedores de Osakidetza no se materializaran y que, incluso, envíos de material no llegaran a su destino por su intervención en fronteras y limitaciones impuestas a la libre circulación de mercancías.

Ello determina que, por razones de seguridad, Osakidetza tuviera que adecuar desde el principio de la pandemia su estrategia de aprovisionamiento y en lugar de que sea el proveedor quien soporte la carga del almacenamiento, deba ser un centro de almacenamiento logístico quien diera soporte adicional y complementario al resto de almacenes de Osakidetza, a fin de garantizar el aprovisionamiento a las OSI cuando sea necesario en situaciones críticas más allá de la actividad ordinaria. Con este fin el 27 de marzo de 2020 Osakidetza puso en funcionamiento un Centro Logístico para permitir la recepción, almacenamiento y distribución de grandes cantidades de material y hacer frente a las necesidades que en este ámbito pueda determinar un nuevo rebrote del COVID-19.

Osakidetza encargó para ello a una empresa especializada la gestión de los citados servicios, ante la necesidad de dar una respuesta ágil y urgente a las necesidades planteadas, de conformidad con el Plan de Contingencia UCI definido por la Dirección General de Osakidetza, y debidamente comunicado al Departamento de Salud. Dicho servicio sirvió para que se pudiera



asegurar el aprovisionamiento más allá de Osakidetza, al resto de entidades públicas de la sociedad, como son todo el sector sociosanitario y sus residencias de mayores, centros de trabajo de las diputaciones, centros de educación, Ertzaintza, EUDL o cualquier otra administración vasca que así lo requiera.

Es por ello que la prestación de este servicio para asumir toda esa carga logística de almacenamiento, aprovisionamiento y distribución no puede llevarse a cabo en las instalaciones de Osakidetza, ya que su objetivo es responder a emergencias provocadas por brotes epidemiológicos coyunturales, mediante la disposición de un almacén con una capacidad mínima de almacenamiento de 10.000 pallets, y así poder estar preparados para cualquier necesidad en caso de que se produzca una nueva situación de emergencia sanitaria; así como estar en un radio máximo de conducción de vehículo pesado de 1,5h de cualquier entidad de la Comunidad Autónoma Vasca.

(...)

Por otro lado, el apartado 13 Anexo del Decreto 106/2008 establece lo siguiente:

Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. No obstante, y ante situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por el propio Ente Público.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones del recurrente 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 conducen a la desestimación del recurso por las razones que se exponen a continuación.

a) Sobre la suficiencia de la motivación de la externalización

A juicio de este Órgano, la memoria satisface suficientemente el requisito de la justificación de la contratación de servicios exigido en los artículos 30.3 y 116.4 f) LCSP y desvirtúa la preferencia que esta Ley establece en favor de la prestación de servicios con medios propios por las siguientes razones:

- 1) Se alega una argumentación atendible que justifica la externalización. En particular, el objeto del servicio es disponer, para supuestos de brotes



epidemiológicos (y no, por lo tanto, para la gestión ordinaria y permanente de Osakidetza), de un almacén de gran capacidad y complementario del resto de los almacenes del poder adjudicador. Estas circunstancias pueden aconsejar, por ejemplo, que no se asuma una inversión importante para contar con un nuevo centro logístico propio. Una vez que se entiende justificada la contratación de la disponibilidad de un centro logístico ajeno, parece claro que es igualmente razonable y no caprichoso que la externalización incluya también los medios técnicos y humanos necesarios para su gestión.

- 2) Una vez acreditado que la externalización está adecuadamente justificada como pide el artículo 30.3 LCSP, debe recordarse que la decisión de externalizar o no el servicio (y en su caso, con qué alcance) es una potestad discrecional del poder adjudicador, sin que el recurso haya acreditado que dicha potestad se ha ejercido sobrepasando los límites que la constriñen; así, no se observa arbitrariedad alguna ni infracción de los principios generales de la LCSP ni, como se señalará en el apartado b) siguiente, del fondo reglado establecido en los acuerdos de negociación colectiva (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, más allá de lo fijado, en su caso, en los citados acuerdos, y una vez comprobado que la contratación está justificada y amparada en la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador no está legalmente obligado, además, a organizar los medios personales de sus servicios de la forma y con el alcance demandado por la recurrente.

b) Sobre la infracción del Decreto 106/2008

El recurrente plantea la infracción del Decreto 106/2008, que prohíbe en su apartado 13 la externalización de nuevos servicios. Este motivo de recurso debe rechazarse:

- 1) LAB entiende que, dado que la situación de emergencia y excepcionalidad sanitaria está formalmente finalizada, ya no hay justificación para



externalizar el servicio. Por el contrario, este Órgano entiende que precisamente la finalidad que justifica el contrato impugnado es anticipar las necesidades logísticas especiales provocadas por futuras emergencias sanitarias o brotes epidemiológicos.

- 2) Aunque pueda considerarse que el objeto del contrato es una nueva área o servicio a los efectos del Decreto 106/2008, el hecho de que el recurso a personal ajeno esté vinculado en este caso a la disposición de un centro logístico del adjudicatario (ver punto a) 1 anterior) hace que parezca desproporcionado exigir a Osakidetza su contratación separada.

c) Conclusión

A la vista de los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse.

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 el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Centro Logístico para recepción, almacenamiento y distribución de materiales de protección frente a brotes epidemiológicos”, tramitado por Osakidetza.

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



TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.3 LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2023ko abenduaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de diciembre de 2023