



**EB 2021/204**

**Resolución 035/2022, de 21 de febrero, 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 “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios Generales de la OSI Araba”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 18 de noviembre de 2021 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 (L.A.B.) contra los pliegos del contrato “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios Generales de la OSI Araba”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA.

**SEGUNDO:** El mismo día 18 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). Dicha documentación se recibió los días 22 de noviembre y 31 de enero de 2022.





**TERCERO:** Mediante la Resolución B-BN 041/2021, de 24 de noviembre, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación.

**CUARTO:** 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 D<sup>a</sup>.S.E.F. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, este Órgano considera que la recurrente goza de ella por las siguientes razones:

- en el último párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:4209 (en adelante, “sentencia 230/2018”), que confirma las Resoluciones 24, 29 y 45/2017 de este OARC / KEAO, se indica que, sentada la afectación del personal de Osakidetza y siendo los pliegos uno de los actos frente a los que podrá interponerse el recurso especial en materia de contratación, no se atisba la ausencia de presupuesto procedimental que conlleve la inadmisión del recurso.
- 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, L.A.B. pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por basar el poder adjudicador la justificación de la externalización del servicio en una supuesta falta de disposición de medios humanos para el mantenimiento de las instalaciones que no es cierta porque la OSI Araba dispone de una plantilla que reúne las condiciones necesarias y suficientes para tal cometido, lo cual, no cabe duda de que representa un interés legítimo, pues atañe a los derechos e intereses de un determinado colectivo de trabajadores de Osakidetza que defiende la recurrente.

**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 (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: 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) La memoria justificativa que se publica en los documentos del expediente de contratación no es cierta cuando justifica la externalización en que no se disponen de medios materiales ni humanos necesarios para el mantenimiento de las instalaciones. Si nos atenemos a los requisitos que establece el Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo, que regula el reglamento de instalaciones térmicas en los edificios (RITE), la plantilla reúne las condiciones necesarias para que la OSI Araba u Osakidetza, en su caso, les habilite como empresa mantenedora de instalaciones eléctricas.
- b) Dado que, al menos, todas las personas cuyos carnés de cualificación se acompañan y que forman parte de la plantilla poseen la titulación individual necesaria para realizar esas labores, queda claro que la habilitación sería una cuestión de gestión administrativa, mucho más sencillo que la publicación de un expediente de contratación, por lo que se da por roto el compromiso adquirido de no externalizar. Además, releva la suficiencia de los recursos humanos para efectuar el mantenimiento, ya que estas mismas personas han recibido la petición de efectuarlo hasta la adjudicación del nuevo contrato.
- c) Finalmente, solicita que sea declarado contrario a derecho tanto el anuncio como los pliegos que rigen la licitación en los términos que han sido alegados en el recurso.



## **SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza**

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) No existe vulneración del ordenamiento jurídico esgrimible en vía de recurso especial, en tanto en cuanto el texto del Acuerdo definitivo trasladado a la Orden de 3 de febrero de 2010 no impone una prestación a través de medios propios con un carácter exclusivo e imperativo bajo cualquier forma y circunstancia, sino que lo contempla con un carácter preferente, admitiendo por tanto a sensu contrario el recurso contra una contratación externa si circunstancias excepcionales o de interés público lo aconsejan, no siendo admisible fundamentar tal vulneración en la no realización por parte de OSI Araba o de Osakidetza de las gestiones administrativas tendentes a conseguir la acreditación o habilitación que les permita la prestación de los servicios de mantenimiento, en cuanto que su objeto social es la provisión de servicios sanitarios, pudiendo gestionarlos a tal fin de la mejor manera que satisfaga las necesidades públicas y el interés general.
- b) De la documentación que conforma el expediente se concluye (i) que la prestación que se pretende contratar es necesaria, (ii) que no se trata de una actividad nueva, ni de una actividad existente pero no contratada con anterioridad al 1 de enero de 2010, (iii) que los servicios pueden ser contratados conforme a la Instrucción sexta y su objeto no contiene prestaciones que deban ser satisfechas con medios propios según la Instrucción quinta, (iv) que su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de los que se dispone, siendo inconveniente o imposible su reorganización, (v) De no compartirse las anteriores conclusiones, el contrato bien puede encuadrarse en el inciso final de la Instrucción 6.2º, en el sentido de que excepcionalmente se admitirán contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o que implantadas no estuvieran contratadas a dicha fecha.
- c) Junto con el informe se adjunta un listado de contratos, importes y adjudicatario de contratos de mantenimiento precedentes.



## **OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

El sindicato recurrente plantea el incumplimiento del Decreto 106/2008, de 3 de junio, relativo al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza - Servicio Vasco de Salud, por fundamentar la decisión de contratar el servicio cuyos pliegos se impugnan en una justificación de la falta de disponibilidad de medios humanos que no es cierta.

Consta en el expediente una memoria en la que, en lo que a la resolución de la cuestión planteada interesa, se incluye el siguiente párrafo:

El servicio objeto de esta contratación se considera necesario para la prestación de un mantenimiento que asegure el confort y la salubridad de los procesos médicos que se desarrollarán en el interior del nuevo edificio. No disponiendo de medios materiales ni humanos necesarios para el mantenimiento de tales instalaciones hay que recurrir a técnicos externos con la habilitación y la experiencia precisa para asegurar su correcto funcionamiento. Dicha actividad está incluida entre los servicios que pueden ser contratados, y su objeto no contiene prestaciones que puedan ser satisfechas con medios propios.

El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) El sindicato recurrente plantea que la decisión de externalizar el servicio demandado en el contrato se efectúa sobre la base de una justificación de insuficiencia de medios que, a su parecer, no se ajusta a la realidad por disponer Osakidetza de una plantilla que reúne las condiciones necesarias para efectuar dicha prestación.
- 2) El examen de esta alegación debe partir de lo dispuesto en la “Sentencia 230/2018”, dictada en relación con las Resoluciones 24/2017, 29/2017 y 45/2017 de este OARC / KEAO que estimaban diversos recursos especiales contra los pliegos rectores de los contratos relativos a “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 la que se manifiesta lo siguiente en lo relativo a la cuestión planteada en el recurso ahora interpuesto, esto es, 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

- 3) 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. A este respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 116.1 de la LCSP, en igual sentido que el derogado 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” y que el artículo 28.1 de la LCSP al igual que el derogado 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 con carácter general que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios, y que se podrá contratar cuando carezca de medios suficientes, previa debida justificación en el expediente. Por todo ello, 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.
- 4) La conclusión que se desprende de lo expresado en los números anteriores es que la invocación genérica y estereotipada a la no disponibilidad de medios humanos sirve para justificar cualquier provisión externa de servicios por lo que es insuficiente para fundar la decisión de



contratar. Téngase en cuenta que no se ha dado plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar un acto concreto, en este caso la prestación de un determinado servicio a través de un contrato público, por lo que no son suficientes aquellas justificaciones que no se refieren a dicho acto, sino que son tan vagas que podrían predicarse de cualquier otro (ver en este sentido, la Resolución 95/2019 de este OARC / KEAO). Debe añadirse que las razones aportadas a este respecto por el poder adjudicador en su informe de oposición no pueden ser tenidas en cuenta por extemporáneas, dado que la motivación expresa es aquí un requisito preceptivo necesario para adoptar válidamente la decisión de contratar (si bien referido a la decisión de no dividir en lotes, ver en este sentido la Resolución 142/2019 del OARC / KEAO). Finalmente, cabe señalar que este Órgano no discute la potestad autoorganizativa y la libertad para gestionar los servicios de su competencia de los que dispone el poder adjudicador (considerando 5 de la Directiva 2014/24), pero dicha libertad tiene como límite el respeto del ordenamiento jurídico (ver, por ejemplo, el artículo 34.1 de la LCSP) 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 justificación adecuada de la insuficiencia de medios conlleva la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación por afectar a un elemento esencial del contrato. Téngase en cuenta que esta obligación de motivación no es una mera exigencia formal, sino un requerimiento sustancial del expediente de contratación, determinante de la validez del mismo; no obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano emita, en su caso, sobre los pliegos que vayan a regir un nuevo procedimiento sobre la misma prestación a la vista de la motivación que se aporte en los términos legalmente previstos.

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 del contrato “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios Generales de la OSI Araba”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA, anulando los pliegos del contrato y cancelando la licitación en los términos expresados en el número 5) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución.

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

**TERCERO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

**CUARTO:** Requerir al órgano de contratación que, de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP, dé conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**QUINTO:** 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, 2022ko otsailaren 21a**

Vitoria-Gasteiz, 21 de febrero de 2022