



EB 2023/209

Resolución 067/2024, de 9 de abril, 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 y el anuncio de licitación del contrato “Gestión del servicio de alimentación en la OSI – Barrualde Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de noviembre 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, L.A.B.) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Gestión del servicio de alimentación en la OSI – Barrualde Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 3 de noviembre 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). La citada documentación se recibió el día 21 de noviembre en el registro del OARC / KEAO.

TERCERO: Con fecha 23 de noviembre se trasladó el recurso a los interesados, sin que se hayan recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.P.N. para actuar en su nombre.

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) La recurrente entiende que Osakidetza es favorable a la externalización, pero dicha preferencia responde más a un marco ideológico que a un hecho cierto, demostrable y justificable; de hecho, hay ejemplos en Osakidetza de servicios de alimentación gestionados por personal propio que funcionan de modo eficiente, eficaz, flexible y adaptable. Osakidetza pretende contratar servicios de dietista para los que ya dispone de medios suficientes, incumpliendo así el artículo 30.3 LCSP. Análogo reproche formula la recurrente en relación con las funciones de cocinero, de oficial de mantenimiento y de operario de servicios.
- b) El poder adjudicador cuenta con técnicos especialistas en Dietética, cuya formación está acreditada por la titulación que se exige para acceder al empleo público y por los correspondientes temarios de las pruebas selectivas. Sin embargo, no se exige habilitación alguna en este campo a la empresa adjudicataria, a pesar de que asumiría funciones aparentemente muy complejas.
- c) El poder adjudicador expresa una justificación de falta de medios materiales y técnicos igualmente vacía de contenido. Así lo demuestra el hecho de que, según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), Osakidetza corre con los gastos originados en los comedores y cocinas.
- d) El contrato impugnado incumple el artículo 13 del Decreto 106/2008, de 3 de junio, que aprueba el acuerdo de la Mesa sectorial de Sanidad de 14 de marzo de 2008 (en adelante, “Decreto 106/2008”). Este precepto establece que “Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios”.
- e) Finalmente, se solicita que se declaren contrarios a Derecho el anuncio y los pliegos del contrato impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La naturaleza y extensión de las necesidades que se satisfacen mediante el contrato, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, se



han determinado con precisión en la memoria justificativa que consta en el expediente.

b) La existencia en Osakidetza de puestos funcionales con los perfiles profesionales que el recurso cita no prueba, por sí sola, que el objeto del contrato se pueda ejecutar por dichos profesionales. En este sentido:

- (i) se confunde el puesto funcional de Técnico / dietista con el título universitario en nutrición humana y dietética, requerido en el PPT, con capacidad para prescribir dietas a los enfermos.
- (ii) la recurrente no acredita que el personal propio pueda realizar los trabajos de mantenimiento de carácter complejo que solo puede ejecutar personal especializado.

c) La alusión a la insuficiencia de medios materiales se refiere a los aspectos propios del contrato (confección de menús y dietas, gestión y compra de alimentos y materias primas, mantenimiento de instalaciones, etc.) y no a los que interesadamente se refiere la recurrente.

d) El objeto del expediente viene licitándose y adjudicándose desde el año 1999 (se adjunta un listado de varios contratos), por lo que no hay infracción de los acuerdos que prohíben o limitan la externalización. Además, el servicio es uno de los que pueden ser externalizados, según la Instrucción de buenas prácticas en la contratación de servicios del Gobierno Vasco (Servicios de hostelería y restauración) y el Acuerdo de Mesa General de negociación de la Comunidad Autónoma de Euskadi sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011 y medidas en relación con el empleo público (en adelante, “Acuerdo de Mesa General”).

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente alega que



- (i) 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
- (ii) que se han infringido los acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de servicios.

Particularmente relevante para el objeto del recurso es la memoria del expediente, cuyo contenido, en lo que se refiere a la justificación de la necesidad del contrato y de la carencia o insuficiencia de medios externos, es el siguiente:

«El servicio objeto de contratación, necesario para prestar el servicio de alimentación a pacientes y médicos de guardia en el Hospital Galdakao-Usansolo y en el Hospital de Gernika Incluye principalmente:

- La confección de los menús y dietas, que tienen que estar adaptados a la prescripción facultativa y al control de alérgenos.
- La gestión y compra de alimentos y materias primas, gestión de proveedores, definición de productos, cantidades, stocks, calidad, etc., y la recepción y almacenamiento de materias primas.
- Establecer los sistemas y normas a seguir para la correcta manipulación, elaboración y cocinado de las materias primas, para la confección de los menús previstos y contribuir y verificar que se realicen de la manera más idónea, con el fin de optimizar la organización y métodos de trabajo; proponiendo los sistemas de producción que estime más oportunos, teniendo en cuenta los últimos avances tecnológicos.
- Gestión del sistema de elaboración y distribución de las comidas del personal hasta los comedores destinados al mismo.
- Mantenimiento de las instalaciones de cocina recogidas en el Anexo II del Pliego de prescripciones técnicas.

Por tanto, la complejidad de la gestión del servicio de alimentación requiere experiencia y conocimientos especializados ya que implica aspectos como planificación de menús, compras, preparación de alimentos, garantía de la calidad y seguridad alimentaria y mantenimiento de las instalaciones , lo que se traduce en una mayor flexibilidad al poder contar con proveedores



especializados que tienen experiencia y conocimientos específicos en estas áreas, lo cual contribuye a una gestión eficiente y exitosa del servicio de alimentación.

Además, la gestión del servicio de alimentación debe cumplir con regulaciones y normativas específicas relacionadas con la seguridad alimentaria, la higiene, el etiquetado de alimentos, entre otros, que garanticen el cumplimiento de las mismas.

Por otro lado, la contratación de un servicio externo permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad al adaptar la capacidad del servicio de alimentación según las necesidades cambiantes de la organización. En períodos de mayor demanda, el proveedor puede ajustar rápidamente la cantidad de alimentos, evitando problemas de capacidad o exceso de recursos en períodos de menor demanda.

Por último, los proveedores de servicios de alimentación ofrecen una amplia variedad de opciones de menús, adaptándose a diferentes preferencias dietéticas y necesidades nutricionales, lo que brinda a la organización la oportunidad de ofrecer a sus usuarios una oferta diversa y actualizada, sin tener que invertir en investigación y desarrollo de nuevos platos o estilos de cocina.

En resumen, este contrato de servicios para la gestión del servicio de alimentación resulta idóneo por la complejidad de esta tarea, la necesidad de cumplir con normativas específicas y la posibilidad de contar con recursos especializados, por lo que se considera necesario para prestar el servicio de alimentación a pacientes y médicos de guardia en el Hospital Galdakao-Usansolo y en el Hospital de Gernika.

Una vez establecida la idoneidad del objeto, y el contenido para satisfacer la necesidad, ésta no es asumible con los recursos humanos, técnicos y materiales de que disponemos, siendo una solución más viable la contratación de un tercero que posea la capacidad y los medios adecuados para ejecutar las diferentes actuaciones en las siguientes fases del proceso:

1. En cuanto a la planificación de menús, la variedad y equilibrio nutricional en el diseño de los mismos nos permite ofrecer una amplia variedad de alimentos que estén equilibrados nutricionalmente al considerar las necesidades dietéticas y preferencias de los usuarios, así como incluir opciones adaptadas a necesidades específicas. Además, al tener en cuenta la disponibilidad de alimentos de temporada y su frescura al diseñar los menús, utilizando ingredientes frescos y de temporada, se promueve una alimentación más saludable reduciendo el impacto ambiental al minimizar la necesidad de transporte de alimentos de larga distancia.



2. En la fase de compras y selección de proveedores es fundamental la necesidad de establecer relaciones con proveedores de alimentos confiables, que cumplan con estándares de calidad y seguridad alimentaria, lo que nos garantiza la obtención de alimentos frescos, seguros y de calidad para la preparación de los menús, negociando precios competitivos al realizar compras eficientes para optimizar los recursos. La gestión adecuada de las compras contribuye por tanto a no incrementar los costes de las materias primas y garantizar la rentabilidad del servicio de alimentación.

3. En lo relativo a la preparación de los alimentos, la buenas prácticas de manipulación, exigen la necesidad de seguir estrictas normas de higiene y manipulación de los mismos, lo que incluye el lavado adecuado de manos, la correcta limpieza de utensilios y superficies, el almacenamiento adecuado de alimentos y la cocción segura para prevenir enfermedades transmitidas por alimentos, por lo que es primordial contar por un lado, con personal debidamente capacitado en técnicas de preparación de alimentos y seguridad alimentaria, lo que nos asegura que los alimentos se manipulen correctamente y se eviten riesgos para la salud de los usuarios. Es necesario por tanto establecer controles de calidad y seguridad alimentaria para garantizar la frescura, sabor y apariencia de los alimentos servidos, que cumplan con las normativas y regulaciones locales y nacionales relacionadas con la seguridad alimentaria que incluya el etiquetado adecuado de los alimentos, el control de temperaturas, el manejo de alérgenos y la documentación requerida.

4. Por último, el mantenimiento de las instalaciones de la cocina requiere de un mantenimiento preventivo que ayude a identificar y solucionar problemas antes de que se conviertan en situaciones costosas o interrumpan el funcionamiento de la cocina y contribuye a prolongar su vida útil. El mantenimiento regular del equipamiento de cocina por parte de una empresa especializada ayuda a garantizar la seguridad en el entorno de trabajo evitando situaciones peligrosas, como fugas de gas, cortocircuitos o incendio y reduciendo los riesgos de accidentes y protegiendo la integridad de los empleados. Por otro lado, los equipos bien ajustados y calibrados consumen menos energía, funcionan de manera más eficiente y permiten un mejor control de las temperaturas y tiempos de cocción. Esto se traduce en ahorro de costos operativos y en la capacidad de brindar un servicio de calidad de manera consistente más allá de cumplir con las regulaciones y estándares sanitarios y de seguridad establecidos por las autoridades competentes, que incluyen aspectos como la limpieza exhaustiva, la calibración de termómetros y la comprobación de sistemas de ventilación. Todo ello hace necesario contar con una empresa especializada en mantenimiento de equipamiento de cocina, que cuenten con personal capacitado y experiencia específica en el mantenimiento de equipos de cocina comercial. Su conocimiento técnico y su acceso a piezas de repuesto originales aseguran un mantenimiento de calidad y confiable.



En todo caso, la necesidad se ha venido satisfaciendo desde el año 1999, a través de los siguientes expedientes según cuadro adjunto, y conlleva la subrogación del personal de acuerdo con el Convenio colectivo de restauración colectiva en vigor.

NÚMERO DE EXPEDIENTE	DESCRIPCIÓN DEL EXPEDIENTE
G/208/20/1/0342/O631/0000/011999	ALIMENTACION Y DIRECCION
G/208/20/1/0863/O631/0000/102001	GESTIÓN DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN DEL HOSPITAL DE GALDAKAO
G/208/20/1/1513/O631/0000/112005	GESTION DEL SERVICIO DE ALIMENTACION
G/208/20/1/1092/O631/0000/062010	GESTION DEL SERVICIO DE ALIMENTACION EN EL HOSPITAL DE GALDAKAO-USANSOLO
G/208/20/4/0406/O631/0000/022017	GESTIÓN DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN EN LA OSI BARRUALDE-GALDAKAO

Además, la actividad está incluida entre los servicios que pueden ser contratados, conforme a la Instrucción sobre Buenas Prácticas en la Contratación de Servicios del Gobierno vasco, <https://www.euskadi.eus/instrucciones-sobre-buenas-practicas-en-la-contratacion-de-servicios/web01-a2funpub/es/> Servicios de hostelería y restauración, donde se establece que para la contratación de las prestaciones recogidas en el apartado anterior, la implantación de las actividades que se satisfagan mediante ellas y su provisión externa deberán datar de fecha anterior al 1 de enero de 2010, fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011 y medidas en relación con el empleo público, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de enero de 2010. Sólo excepcionalmente se admitirán contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o, que implantadas, no estuvieran contratadas a dicha fecha.

En conclusión, existen tanto, razones de carácter material, técnico y jurídico, que justifican la insuficiencia de medios tanto materiales como humanos para realizar el servicio, por lo que se considera idónea la contratación externa. ya que permite acceder a proveedores con experiencia, reducir costes innecesarios y tener mayor flexibilidad y adaptabilidad en el servicio de alimentación.»

Asimismo, los Acuerdos de negociación colectiva que ambas partes invocan incluyen los siguientes contenidos sobre los límites a la externalización de servicios:



Decreto 106/2008

Parte expositiva del Decreto

(...)

El compromiso de no externalización de los servicios que ya se acordó en el año 2005, y que vuelve a reafirmarse en este nuevo Acuerdo, apuesta nuevamente por un sistema global de nuestro sistema sanitario.

(...)

Apartado 13 del Anexo al Decreto

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.

(...)

Acuerdo de Mesa General

Parte expositiva de la Orden

3.- En lo referido a la externalización de los servicios públicos, la Administración adquiere el compromiso de no realizar externalizaciones de nuevas actividades y revisar las actuales (...)

Preámbulo del Acuerdo

Ambas partes manifiestan su preocupación por la externalización de los servicios públicos. Ambas partes coinciden en el valor preferente de la gestión pública de los servicios de los ciudadanos. La Administración asume el compromiso de no realizar externalizaciones de nuevas actividades, y de revisar las actuales, para velar por el cumplimiento de la normativa legal.

Acuerdo

Sexto.- Externalización de servicios.

6.1.- 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.

(...)



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.

- 1) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), el requerimiento de la “debida justificación” del artículo 30.3 LCSP implica que la necesidad de contratación externa ha de probarse de forma cumplida y suficiente, no bastando con que se haga explícita referencia a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente. En particular, se exige la existencia de una prueba cumplida de la concurrencia de unos hechos, que es un nivel más riguroso de lo que se entiende ordinariamente por motivación (ver la sentencia del TS de 3/11/2011, nº de recurso 2757/2009, ECLI:ES:TS:2011:7996). Por otro lado, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/6/2018, nº 230/2018, ECLI:ES: TSJPV:2018:4209 (en adelante, “STSJPV 230/2018”) señala que la justificación debe ser especialmente estricta “...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” (Fundamento de derecho quinto).
- 2) Desde un punto de vista formal, la justificación es adecuada, pues expone las razones y los condicionantes que han llevado al poder adjudicador a adoptar la decisión de contratar el servicio. En particular, se explica por qué se opta por la externalización en lugar de atender el servicio con medios propios, con mención de hechos y argumentos (artículos 28.1 y 30.3 LCSP).
- 3) Por lo que se refiere a los motivos alegados, se observa lo siguiente:
 - La necesidad de asumir tareas complejas y variadas de forma cambiante manteniendo altos niveles de calidad (lo que requiere una gran flexibilidad organizativa y de gestión de quien las ejecuta) y la alta



especialización exigible son motivos en principio aceptables para justificar la externalización del servicio, desvirtuando la preferencia del artículo 30.3 LCSP por los medios propios. Consecuentemente, la contratación está amparada en la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para organizar sus propios servicios, sin que quepa que la recurrente reclame que dicha discrecionalidad dé como resultado la prestación del servicio en la forma y con el alcance por ella deseados.

- Como ya ha señalado anteriormente este Órgano, la mera existencia de una categoría profesional en la plantilla del poder adjudicador cuyas funciones, en abstracto, puedan coincidir con las contratadas, no supone automáticamente que el personal en ella integrada tenga la capacidad técnica para realizar cualquier tarea concreta de las que teóricamente pueda tener atribuidas. Dicha conclusión sería absurda y contraria a la realidad de las entidades del sector público, necesitadas en ocasiones de adquirir soluciones que no son atendibles por el personal propio, normalmente dedicado a funciones más habituales o permanentes y al que no le es exigible conocer exhaustivamente toda su área profesional (ver, por todas, las Resoluciones 133 y 149/2023 del OARC / KEAO). Por otro lado, no consta que el contrato vaya a alterar las tareas actualmente asignadas al personal de Osakidetza.
- 4) Además de lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores, el poder adjudicador debe justificar también que no se traspasan los límites impuestos a los contratos de servicios por los acuerdos de negociación colectiva. En relación con esta cuestión, se observa que la memoria del expediente cita varios concretos contratos cuyo objeto es la gestión del servicio de alimentación de organizaciones de Osakidetza hoy integradas en la OSI Barrualde – Galdakao y que acreditan que la externalización del servicio es muy anterior a la vigencia del Decreto 106/2008. Por ello, esta alegación también 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 (L.A.B.) contra los pliegos y el anuncio del contrato “Gestión del servicio de alimentación en la OSI – Barrualde Galdakao”, 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 apirilaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de abril de 2024