



EB 2023/020

Resolución 090/2023, de 18 de mayo, 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 (LAB) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el área de salud de Bizkaia”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de enero 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 los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el área de salud de Bizkaia”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 27 de enero 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 1 y 22 de febrero.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 5/2023, de 2 de febrero, este Órgano acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación, sin afectar al plazo de presentación de ofertas.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

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

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 recursos humanos propios adecuados para la realización del objeto del contrato. Consecuentemente, no cabe duda de que el recurso 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.



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) El contrato impugnado es contrario al apartado 13 del Decreto 106/2008, que aprueba el acuerdo regulador de condiciones de trabajo del personal de Osakidetza (en adelante, "Decreto 106/2008"). En él, Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. Según la recurrente, la externalización propuesta no está justificada y el objeto del contrato debe gestionarse directamente (al menos en algunos de los centros



comprendidos en el contrato) porque el poder adjudicador tiene profesionales suficientes y adecuados para ello y medios materiales suficientes o la posibilidad de adquirirlos. Concretamente, se alegan las categorías de ingeniero técnico (puesto funcional de técnico medio de electromedicina), técnico especialista profesional (técnico de instalaciones de electromedicina) y técnico especialista administrativo (administrativo), incluidas en las ofertas públicas de empleo (OPE) de Osakidetza. Además, se consideran infringidos los artículos 30.3 y 116.4 f) de la LCSP (preferencia por el uso de medios propios, salvo que se justifique en el expediente que se carece de ellos).

b) LAB alega que se externalizan dos nuevos centros de trabajo, los hospitales de Urduliz y Gernika, creados con posterioridad al anterior contrato de servicios de mantenimiento de los equipos de electromedicina de Osakidetza de Bizkaia; tampoco coinciden el número de lotes en los que se divide el actual contrato (22) y los que componían dicho contrato anterior (18) ni el personal solicitado en ambos. Por ello, la recurrente afirma que la memoria justificativa del expediente no recoge fielmente el objeto y alcance del contrato.

c) LAB alega en su favor las Resoluciones 24/2017, 29/2017 y 45/2017 del OARC/ KEAO, así como 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, “STSJPV 230/2018”), así como el artículo 38 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que regula los pactos y acuerdos para la determinación de las condiciones de trabajo de las Administraciones.

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) Si bien es cierto que el Decreto 106/2008 incluye el compromiso de Osakidetza de no externalizar nuevas áreas o servicios, también dispone que, ante situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por la propia Osakidetza. Por otro lado, el acuerdo recogido en el Decreto 106/2008 estará en vigor hasta la entrada en vigor de un nuevo acuerdo, por lo que debe entenderse sustituido por el acuerdo de la Mesa General publicado en virtud de la Orden de 3 de febrero de 2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública. Esta nueva redacción no permite concluir en una imposición literal y exclusiva de la no externalización, pues solo se establece una preferencia por el uso de medios propios (es decir, cabe el recurso excepcional a los medios externos) y un compromiso de no externalizar ninguna nueva actividad o actividad existente actualmente no externalizada.

b) Los Hospitales de Urduliz y Gernika están incluidos dentro de la Organización Sanitaria Integrada (OSI) correspondiente, Uribe y Barrualde – Galdakao, respectivamente, que sí estaban incluidas en el expediente de contratación anterior. Asimismo, se alega que el objeto del contrato impugnado y el del que le precede (G/201/21/1/1120/OSC1/0000/082014) se refieren a la misma actividad en el Territorio Histórico de Bizkaia, aunque el número de lotes sea diferente, y que las variaciones en el número de personas necesario para ejecutar la prestación se deben al incremento del número de aparatos de electromedicina que deben mantenerse. Por otro lado, Osakidetza, al igual que cualquier otro sistema sanitario público o privado, está lejos de disponer de los recursos humanos altamente especializados para ejecutar la prestación contractual, por lo que es necesaria la contratación de empresas especializadas; en este sentido, no es cierto que el contrato impugnado prive al personal de Osakidetza del acceso a un gran número de puestos de trabajo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por colisionar con el Acuerdo regulador de Condiciones de Trabajo (Decreto 106/2008) en el que figura un compromiso de no externalización



adquirido por el poder adjudicador. Además, se considera 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 o, en su caso, puede incorporarlo a su plantilla.

Particularmente relevante para el objeto del recurso es la “Memoria de cumplimiento de condiciones previas para la celebración de contratos de servicios según acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2014, por el que se aprueban Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios”, cuyo contenido es el 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

Se trata de un servicio existente en área de salud de Bizkaia de Osakidetza que ya venía siendo contratado externamente como servicio auxiliar o complementario necesario, en todo caso, para la adecuada prestación del servicio esencial de Osakidetza (servicio sanitario), no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada en Osakidetza, o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada

Su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone Osakidetza en el área de salud de Bizkaia, siendo asimismo un inconveniente o imposible su reorganización.

Los documentos elaborados en la fase de preparación incorporan las debidas garantías para dar cumplimiento a la Instrucción octava, sobre las buenas prácticas en la celebración de contratos de servicios a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

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, muy similares a las que ya fundamentaron las Resoluciones 35 y 207/2022 del OARC / KEAO:



- 1) El examen del recurso debe partir de lo dispuesto en la STSJ PV 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 (artículo 6 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, LRJSP). Sin embargo, 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 en el área de salud de Bizkaia, siendo asimismo un inconveniente o imposible su reorganización”. Esta explicación no da plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar el acto concreto impugnado, pues ni siquiera hace referencia al expediente impugnado ni a las concretas circunstancias que en él concurren, ya que es una fórmula aplicable a cualquier contrato de servicios que se limita a dar por cierto lo que se trata de justificar. Consecuentemente, 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.
- 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el área de salud de Bizkaia”, tramitado por Osakidetza, anulando los pliegos y el anuncio de la licitación y cancelando el procedimiento de adjudicación.



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: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas 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, 2023ko maiatzaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de mayo de 2023