



EB 2023/083

Resolución 095/2023, de 26 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 abasto, apoyo, asistencia técnica y revisiones de la maquinaria de hostelería de la cocina del Hospital Santa Marina”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de abril 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 abasto, apoyo, asistencia técnica y revisiones de la maquinaria de hostelería de la cocina del Hospital Santa Marina”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 12 de abril 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 el día 14 de abril.

TERCERO: Remitido el expediente a los interesados con fecha 4 de mayo, no se han recibido alegaciones.





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, 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 contar Osakidetza con recursos humanos propios adecuados para la realización del objeto del contrato, por lo que los correspondientes trabajadores podrían verse perjudicados en sus aspiraciones de cobertura de los puestos de trabajo de Osakidetza que podrían ejecutar las funciones que se pretenden contratar. 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) La externalización no está justificada. Por lo que se refiere al servicio de asistencia técnica y revisiones de maquinaria de hostelería de la cocina, no se detallan los equipos a mantener; no obstante, Osakidetza dispone de personal de mantenimiento propio en diferentes categorías (la recurrente cita concretamente a los oficiales de mantenimiento de carpintería, eléctrico, instalaciones, mecánico, pintura y fontanero, categorías todas ellas integradas en la Oferta Pública de Empleo, OPE).

b) Según el recurrente, la justificación de la externalización es insuficiente en el caso del servicio de asistencia técnica y las revisiones de la maquinaria de hostelería, existiendo personal propio que puede realizar estas tareas; se alega que la justificación, consistente tan solo en la “afirmación vacía” de no disponer de medios humanos y materiales, no satisface lo exigido por el artículo 30.3 de la LCSP.



- c) La licitación se produce en ausencia de negociación colectiva e información al personal y a los sindicatos, lesiona el derecho de los trabajadores de acceder a los puestos correspondientes y no garantiza mayor calidad del servicio ni un menor coste del mismo, además de infringir el Decreto 106/2008, que recoge el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios.
- d) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, declarando contrario a Derecho el anuncio de licitación y los pliegos, en los términos alegados en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) El servicio objeto del contrato impugnado ha sido prestado durante años en el Hospital de Santa Marina con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 106/2008, por lo que no se trata de la externalización de una nueva área o servicio. Debe tenerse en cuenta que el compromiso de no externalización contenido en el artículo 13 del Decreto no es incondicional y que requiere que el servicio o actividad demandado sea nuevo.
- b) Osakidetza alega que en el expediente se justifica la contratación alegando la falta de personal cualificado para el abastecimiento de productos alimenticios con la calidad exigible para cada paciente, atendiendo a la prescripción médica correspondiente. Se alega en la contestación al recurso que el personal de Osakidetza carece de conocimientos específicos sobre el funcionamiento de los equipos y la maquinaria y repuestos necesarios para prestar el servicio.
- c) La memoria justificativa del cumplimiento de las condiciones previas indica que la actividad es una de las que pueden ser contratadas y no se trata de una actividad nueva que no estuviera ya implantada en Osakidetza, ni de una actividad que, estando implantada, no estuviera contratada.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente plantea que no está debidamente justificada la necesidad de la externalización habida cuenta de que Osakidetza dispone de profesionales capacitados para gestionar las labores especificadas en los pliegos y que se infringe el Decreto 106/2008, que limita el recurso de Osakidetza a la externalización de servicios.

Particularmente relevante en lo que a la cuestión planteada se refiere es el apartado 1.2 “Justificación de la ausencia de medios propios” de la memoria del expediente, que señala lo siguiente:

1.2.- Justificación de la ausencia de medios propios;

El suministro objeto de contratación se considera necesario para la prestación del servicio de alimentación en esta organización de servicios no disponiendo de medios materiales ni humanos necesarios para llevar a cabo dicha labor de abastecimiento, se considera idóneo acudir a la contratación de medios ajenos. Dicha ausencia de medios es debida a que es necesario disponer para la realización de las diferentes prestaciones objeto del contrato de un personal cualificado para el servicio de abastecimiento de productos alimenticios en las condiciones exigibles para la elaboración de las dietas con la calidad requerida para cada paciente de forma individual, atendiendo a la prescripción médica que para cada caso se haya establecido.

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 y 90 y 94/2023 del OARC / KEAO:

- 1) El examen del recurso debe partir de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de STSJPV de 28/6/2018, nº 230/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:4209 (en adelante, “sentencia 230/2018”), 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 (TRLCSLP), 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 TRLCSLP, 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 TRLCSLP, 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 requisitos de justificación en lo que se refiere a la parte del contrato impugnada por LAB, que son los servicios de asistencia técnica y de revisiones de maquinaria, pues no hay ninguna referencia específica a ellos (sí, en cambio, a otras prestaciones contractuales). 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 (L.A.B.) contra los pliegos y el anuncio del contrato “Servicio de abasto, apoyo, asistencia técnica y revisiones de la maquinaria de hostelería de la cocina del Hospital Santa Marina”, tramitado por Osakidetza”, anulando los pliegos y el anuncio y cancelando el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: 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

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 maiatzaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de mayo de 2023