EB 2023/125

Resolución 149/2023, de 28 de julio, 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 mixto de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una sala blanca para el Servicio de Farmacia de la OSI Araba Sede Txagorritxu", tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de junio 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 documentos contractuales y el anuncio de licitación del "Contrato mixto de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una sala blanca para el Servicio de Farmacia de la OSI Araba Sede Txagorritxu", tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 12 de junio 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 en el registro del OARC / KEAO los días 12 y 13 de junio.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4VP4-27MD bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4VP4-27MD en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: <u>Representación y legitimación</u>

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 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 suministro 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 incluye servicios de mantenimiento bajo la forma legal de “garantía”, que es un concepto distinto; la recurrente alega en su apoyo el artículo 25 del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (Real Decreto 1027/2007). El mantenimiento de los equipos e instalaciones es un servicio sin relación de complementariedad a los efectos del artículo 34.2 LCSP, referido a los contratos mixtos, por lo que se está eludiendo el compromiso de no externalización de nuevas áreas o servicios recogido en el apartado 13 del

Decreto 106/2008, relativo al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza (en adelante, Decreto 106/2008).

b) La inclusión en el contrato del mantenimiento de la sala blanca del servicio de Farmacia es difícilmente defendible como contrato de servicio teniendo en cuenta que el Hospìtal Txagorritxu cuenta con recursos humanos adecuados para esa función (se adjunta un listado).

c) LAB alega que la licitación se produce sin negociación colectiva ni información al personal y sindicatos y con falta total de transparencia a pesar de afectar a los trabajadores cualificados para desempeñar las tareas contratadas; además, se alega que la externalización no garantiza *per se* una mejora en la calidad del servicio ni un menor coste.

d) Finalmente, se solicita declarar contrarios a Derecho tanto el anuncio de licitación como los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de Osakidetza</u>

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) El contrato impugnado es un contrato mixto; de acuerdo con el artículo 18 LCSP, para la determinación de las normas que rigen su adjudicación debe atenderse a la prestación principal, que en este caso es el suministro.

b) El contrato no incluye el servicio de mantenimiento de los equipos adquiridos, sino únicamente el correspondiente al periodo de garantía. Se alega que una sala blanca hospitalaria precisa de unas condiciones ambientales específicas para evitar que el producto se contamine. Las normas de correcta fabricación del sector farmacéutico recomiendan recuentos anuales, lo que exige un plan de mantenimiento y con un seguimiento efectivo y documentado. Finalizado el periodo de garantía, se valorará qué partes de la instalación se mantendrán con medios propios o externos.

c) No se trata de una externalización de servicios porque no se trata de un expediente de servicios, por lo que no se infringe el Decreto 106/2008.

OCTAVO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por colisionar con el Decreto 106/2008 en el que figura un compromiso de no externalización adquirido por el poder adjudicador que éste pretende eludir incluyendo en el contrato servicios de mantenimiento bajo la cobertura formal de "garantía", infringiendo el artículo 34.2 LCSP. Además, dicha inclusión sería indefendible porque Osakidetza cuenta con personal adecuado para esa tarea.

Para la resolución del recurso es particularmente relevante la memoria que consta en el expediente, entre cuyo contenido consta lo siguiente:

A través de esta contratación se pretende la adecuación de un espacio destinado a Sala Blanca en el Servicio de Farmacia de la Sede Txagorritxu de la OSI Araba, para la elaboración de medicamentos estériles.

La Sala Blanca dispondrá SAS de entrada previa de personal, que cumpla los requisitos legales para la elaboración de compuestos y medicamentos en condiciones estériles (Citostáticos y otras mezclas parentales estériles), adaptados a las normas de correcta fabricación (NCF) idénticas a los que rigen para la elaboración de productos en laboratorios farmacéuticos y poder elaborar lotes de medicamentos con las máximas garantías de calidad.

Se trata de un contrato mixto, de naturaleza administrativa, y se rige por el contenido del presente Pliego y por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos de suministro, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la letra m) del apartado 10 del Decreto 106/2008 (titulada "Externalización de servicios") 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 de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión, las cuales llevan a la desestimación del recurso por las siguientes razones:

1) El contrato ha sido calificado como mixto por contener prestaciones propias del contrato de suministro junto con otras típicas del contrato de servicios. De los apartados 4 a 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se deduce que el objeto del contrato incluye la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de determinados bienes, tales como cerramientos, puertas, ventanas, suelos de PVC, extractores, luminarias muebles o contadores de partículas; se trata de prestaciones propias del contrato de suministros (ver los artículos 16.1 de la LCSP y 2.1.8) de la Directiva 2014/24/UE). Además, el apartado 10 del PPT (ver también la cláusula específica 15.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) impone al contratista una obligación de "Garantía y mantenimiento de los equipos" que comprende prestaciones propias de los contratos de servicios, incluyendo mantenimiento preventivo, correctivo o de modificación, actualización o mejora. El PCAP – tipo (condiciones generales) que rige el contrato es el del contrato de suministros; en este sentido, la memoria del expediente señala que "Se trata de un contrato mixto, de naturaleza administrativa, y se rige por el contenido del presente Pliego y por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos de suministro, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". Consecuentemente, el poder adjudicador ha entendido que, una vez aplicadas las reglas del citado artículo 18 LCSP, el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación del contrato es el propio del contrato de suministro.

2) La recurrente alega que se ha infringido el artículo 34.2 LCSP; en síntesis, este precepto establece que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante. Esta alegación debe desestimarse. Como ya ha señalado este Órgano (ver su Resolución 175/2018), el artículo 34.2 LCSP pretende impedir que mediante una agrupación o amalgama arbitraria de prestaciones en el mismo contrato mixto se limite o vede el acceso al contrato a empresas que sí podrían presentar su oferta para ejecutar las mismas prestaciones si se adjudicaran por separado. En este caso, no hay atisbo de dicho fraude; por el contrario, la contratación del mantenimiento junto con el suministro e instalación responde a garantizar el adecuado funcionamiento de la Sala Blanca, no solo con el mantenimiento preventivo, sino incluso corrigiendo o mejorando los equipos, por lo que hay una complementariedad y unidad funcional clara de las prestaciones.

3) Igualmente, debe descartarse que se haya pretendido eludir la limitación de externalización del Decreto 106/2008. Por el contrario, la no aplicación de las obligaciones de justificación establecidas en los artículos 30.3 y 116.4 de la LCSP (pensadas para los contratos de servicios) no es más que la consecuencia de la sujeción de la preparación del contrato a las reglas del contrato de suministro. Por otro lado, dicha inaplicación no exime a Osakidetza de satisfacer lo dispuesto en los artículos 28.1 y 116.4 e) de la LCSP sobre la justificación adecuada de la necesidad e idoneidad del contrato, sucintamente expuesta en la memoria del expediente.

4) En todo caso, la alegación de infracción de la prohibición de externalización establecida en el Decreto 106/2008 no está suficientemente argumentada. Así, no hay alegación o prueba alguna

sobre un aspecto fundamental para la aplicación de dicha prohibición como es la condición de que el objeto del contrato se refiera a un nuevo área o servicio y el recurrente se limita a señalar la existencia de plazas de categorías profesionales cuyas funciones se corresponderían con el objeto del contrato. Esta última alegación no es convincente, pues se basa en presumir que pertenecer a dicha categoría implica cualificación suficiente para cualquier tarea relacionada con dichas funciones, haciendo abstracción de las peculiaridades y complejidad de cada prestación y sin aportar análisis específico alguno referido al caso ahora analizado. Finalmente, la afirmación de que se ha obviado la negociación colectiva y la información al personal es también genérica (prácticamente idéntica a la expuesta en recursos anteriores de LAB) y sin relación con el caso concreto (ver, por ejemplo, la Resolución 133/2023, del OARC / KEAO).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) contra los pliegos y el anuncio de licitación del “Contrato mixto de suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una sala blanca para el Servicio de Farmacia de la OSI Araba Sede Txagorritxu”, 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, 2023ko uztailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de julio de 2023