EB 2022/148

Resolución 207/2022, de 29 de diciembre, 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 "Servicios de análisis, diseño, construcción e implantación del nuevo modelo de desarrollo profesional del personal adscrito a Osakidetza", tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de septiembre de 2022 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 las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios Generales de la OSI Araba", tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA**.**

SEGUNDO: El día 7 de septiembre 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 30 de septiembre y 7 de octubre.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T48E3-KCW8 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-T48E3-KCW8 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 31/2022, de 11 de octubre, este Órgano acordó suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Remitido el recurso a los interesados con fecha 11 de octubre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Consta en el expediente la representación de D.S.E.F. 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 de este 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 basar el poder adjudicador la justificación de la externalización del servicio en una supuesta falta de disposición de medios humanos en su plantilla para la realización del objeto del contrato que no es cierta y por infringirse los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan el recurso del poder adjudicador a la externalización de servicios. 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 porque el poder adjudicador tiene profesionales suficientes y adecuados para hacerlo (incluso existe una Subdirección de Informática y Sistemas de Información); de hecho, las justificaciones ofrecidas en el expediente son tan vagas que podrían servir igualmente para cualquier otro contrato. En particular, LAB alega que no se ha acordado un nuevo modelo de carrera profesional ni se está cerca de dicho acuerdo. En cuanto a la obsolescencia de la aplicación informática, se afirma que la última convocatoria extraordinaria se realizó en agosto de 2022 con una nueva aplicación. Además, no es cierto que el objeto del contrato esté comprendido entre los servicios que pueden ser contratados según el Decreto 106/2008, ni que no deba satisfacerse con medios propios.

b) La licitación se produce sin negociación colectiva previa ni información al personal o a los sindicatos y con falta de transparencia.

c) LAB alega en su favor las Resoluciones 24/2017, 29/2017 y 45/2017 del OARC/ KEAO, así como la sentencia 230/2018, así como los artículos 28, 30 y los apartados 1 y 4.f) del artículo 116 de la LCSP.

d) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, declarando contrario a Derecho el anuncio de licitación y los pliegos.

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

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 contenido en la Orden de 3/2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública. Esta nueva redacción no permite

concluir en una imposición literal y exclusiva de la no externalización (solo se habla de “preferencia” por el uso de medios propios).

b) La memoria justificativa del expediente explica claramente la necesidad de externalizar los servicios objeto del contrato (que no son nuevos y se vienen externalizando desde el año 2006) y la no disposición de los medios humanos y materiales necesarios; asimismo, se cumplen las Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios.

c) Si bien es cierto que aún no se dispone de un nuevo modelo de desarrollo profesional, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) define y precisa con mucho detalle el ámbito y alcance del contrato; los criterios de valoración de la carrera se incluirán en un momento posterior, previa negociación con los sindicatos.

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

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por no estar debidamente justificada la necesidad de formalizar un contrato para ejecutar el servicio y por oponerse a un Acuerdo regulador de Condiciones de Trabajo que limita las posibilidades de externalización de la prestación.

Particularmente relevante para el objeto del recurso es el siguiente apartado de la memoria del expediente:

Justificación de insuficiencia de medios en contratos de servicios

El objeto de este expediente está incluido 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 deber ser satisfechas con medios propios. La inversión incluida en este expediente ha sido declarada estratégica, según Acuerdo de 13 de diciembre de 2021, del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, por lo que la contratación de este expediente es competencia de la Directora General de Osakidetza

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión, las cuales llevan a la estimación del recurso por las siguientes razones, sustancialmente idénticas a las que ya fundamentaron la Resolución 35/2022 del OARC / KEAO:

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 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”), 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 “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

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 con 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) De lo expresado en los números anteriores se desprende que el contenido del epígrafe de la memoria del expediente "Justificación de insuficiencia de medios en contratos de servicios" reproducido más arriba no satisface los citados requisitos de justificación. En definitiva, no se ha dado plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar el acto concreto impugnado, en este caso la prestación de un determinado servicio a través de un contrato público. De hecho, el contenido del citado epígrafe ni siquiera se corresponde con lo que anuncia su título; por un lado, se indica que el objeto del contrato es susceptible de contratarse, pero sin extenderse sobre la insuficiencia de los medios propios y, por otro, se alude al carácter estratégico de la inversión y a la designación del órgano de contratación competente, cuestiones irrelevantes a los efectos que nos ocupan. 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).

5) Cabe señalar que este Órgano no discute la potestad de autoorganización de la que dispone Osakidetza para gestionar los servicios de su competencia (ver el Considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE); 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).

6) 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. 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 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 (ver, en este sentido, la sentencia 230/2018).

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 y el anuncio del contrato "Servicios de análisis, diseño, construcción e implantación del nuevo modelo de desarrollo profesional del personal adscrito a Osakidetza", tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA, anulando los pliegos del contrato y cancelando la licitación.

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 57.4 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 abenduaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de diciembre de 2022