EB 2024/021

Resolución 059/2024, de 27 de marzo, 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 la central sindical ELA contra los pliegos del contrato "Contratación de una plataforma logística corporativa para Osakidetza", tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de febrero de 2024 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 por la central sindical ELA contra los pliegos del contrato "Contratación de una plataforma logística corporativa para Osakidetza", tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 8 de febrero 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). El expediente se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 8 de febrero, y el informe de respuesta al recurso, el día 16 de febrero.

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

Nahi izanez gero, J0D0Z-T5JJA-FTZZ 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-T5JJA-FTZZ en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de C.O.G.P. 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) Los pliegos impugnados vulneran el artículo 13 del Decreto 106/2008, de 3 de junio, por el que se aprueba el Acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad en su reunión del día 14 de marzo de 2008, publicado en el BOPV nº 113, de 16 de junio (en adelante, "Decreto 106/2008") y lo dispuesto en el Preámbulo y en el artículo Sexto del Acuerdo de la Mesa General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi de 18 de noviembre de 2009, por el que se establecen incrementos retributivos para el año 2010 y 2011, y medidas en relación con el empleo público, publicado por la Orden de 3 de febrero de 2010, dictada por la Consejera de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco en el BOPV nº 39, de 26 de febrero de 2010 (en adelante, "Acuerdo de Mesa General"). El contrato impugnado externaliza una actividad que hasta hoy se realiza por personal de Osakidetza en cada Organización Sanitaria Integrada (OSI), por lo que se trata de una externalización nueva de un servicio que hasta ahora se atiende con personal estatutario, lo que contradice los citados acuerdos de negociación colectiva.

b) El incumplimiento de los acuerdos de negociación colectiva es un ataque a la libertad sindical (artículo 28 CE), a la fuerza vinculante de los convenios (artículos 37.1 CE y 32.2 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP) y al derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la administración sanitaria (artículo 80.1 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, EMPE).

c) Osakidetza ha aprobado los pliegos recurridos sin negociar su contenido previamente ni en la Mesa General de negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi ni en la Mesa Sectorial de Sanidad, infringiendo los artículos 37 EBEP y 12, 13 y 80 EMPE.

d) La recurrente alega que en los almacenes de Osakidetza trabajan hoy 180 personas que se encargan de gestionar todo el material sanitario y no sanitario que entra en el Servicio Vasco de Salud. La externalización podría suponer que los puestos de trabajo relacionados con los actuales almacenes podrían verse

amortizados y las personas que los ocupan pueden ver modificadas sus condiciones de trabajo o sufrir daños laborales mayores. La decisión de privatizar el servicio de los almacenes tiene relación con la planificación de los recursos humanos de Osakidetza, porque de hecho implicará la sustitución de trabajadores públicos por trabajadores de empresas privadas en las funciones relacionadas con el almacén, y tendrá repercusión sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario que hoy se dedica a estas funciones. Por todo ello, era obligada la información previa a los sindicatos en las Mesas de Negociación, acerca de planes tan importantes, y también la negociación previa.

e) La memoria del expediente de contratación justifica la puesta en marcha del diseño, construcción y gestión de una plataforma logística corporativa para Osakidetza, pero no explica la externalización de la gestión. Se alega el artículo 38.10 EBEP, que recoge las posibles excepciones al cumplimiento de los pactos y acuerdos adoptados, y se afirma que era necesario motivar de manera clara y detallada el incumplimiento de los Acuerdos de negociación colectiva. Sin embargo, no se expone cuál es la causa excepcional y grave de interés público que ha llevado a Osakidetza a infringir los citados Acuerdos.

f) Finalmente, se solicita la revocación íntegra de los actos impugnados por ser nulos de pleno derecho o, subsidiariamente, anulables.

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

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

a) Osakidetza alega que, efectivamente, el apartado trece del Decreto 106/2008 regula la externalización de servicios, asumiendo Osakidetza el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios, señalando además que, no obstante, ante situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por el propio Ente Público. Esta regulación debe entenderse superada y sustituida por la introducida en este apartado mediante el Acuerdo de la Mesa General, que regula la externalización de servicios en el

punto 6, el cual se incorporará a los respectivos Acuerdos y Convenios sectoriales. Esto significa que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 EBEP debe entenderse que el Decreto 106/2008 sigue vigente, pero con la redacción dada en materia de externalización de servicios introducida a través del Acuerdo de la Mesa General. Esta redacción no permite concluir que se trate de una imposición literal y exclusiva de la no externalización de servicios, en la medida en que se habla de "preferentemente a través de medios propios", lo cual no obsta a que, si circunstancias determinadas y/o excepcionales, o de interés público lo aconsejan, estos servicios pudieran ser atendidos a través de medios externos, como admiten las Instrucciones sobre buenas prácticas en la celebración de los contratos de servicios.

b) El contrato impugnado se adjudicará por el procedimiento de diálogo competitivo, justificado porque las soluciones disponibles en el mercado no satisfacen las necesidades de Osakidetza y precisan de un trabajo previo de adaptación, requiriéndose asimismo un diseño a medida para adaptar las soluciones ya existentes en el mercado. Cabe destacar que este proceso de mejora reducirá el tamaño de los almacenes en los centros y optimizará su funcionamiento, pero no los elimina. El servicio licitado no sustituye al personal existente, ni realiza las mismas funciones, sino que las complementa, y el personal de Osakidetza no va a ser sustituido.

c) El contrato recurrido no vulnera los acuerdos de negociación colectiva porque el personal de la adjudicataria complementará al de Osakidetza. La Memoria de cumplimiento de condiciones previas reconoce que Osakidetza carece de los medios personales y materiales con el nivel de elevada especialización necesarios para realizar el trabajo de adaptación necesario y, a nivel operativo, que podría no contar con el personal adecuado que pueda abordar el proyecto de manera autónoma. Todo ello sin olvidar que resultaría ciertamente abusivo pretender que la empresa que resulte adjudicataria deba asumir los riesgos de una inversión estimada de 130.000.000 de euros con medios personales y técnicos que no sean los suyos propios y sobre los cuales no pueda ejercer las facultades de dirección y control. Por otra parte, el proceso

logístico integral que se pretende implantar precisa de una dedicación exclusiva que impediría que el personal de Osakidetza pudiera adscribirse a este servicio, en la medida que ya está afecto a otras tareas esenciales dentro de sus propias OSIs y resulta inconveniente, o imposible, su reorganización. Finalmente, y dentro de este gran cambio que se quiere implementar en Osakidetza, se requiere personal con formación específica en materia logística de grandes centros operacionales, formación de la que carecen nuestros propios recursos humanos, ya que se encuentran trabajando en los respectivos almacenes de cada OSI, de diferentes tamaños, no comunicados ni coordinados entre ellos.

d) Se alega que Osakidetza no ha negociado previamente el contenido de este procedimiento de diálogo competitivo ni en la Mesa General ni en la Mesa Sectorial y tampoco ha facilitado información alguna a los Sindicatos de ambas Mesas. A este respecto, el poder adjudicador alega que constan suficientemente explicados los motivos por los que Osakidetza no ha negociado con los sindicatos el contenido de este expediente:

(i) El personal ya existente no va a ser sustituido.

(ii) El personal ya existente y que no va a ser sustituido ya está prestando servicios en sus OSIs respectivas y no pueden estar desarrollando simultáneamente sus funciones en su OSI y en la Plataforma Logística.

(iii) El personal de Osakidetza carece de la experiencia, conocimientos técnicos y habilidades organizativas necesarios para implementar la plataforma logística corporativa, y no se puede planificar eficientemente esta Plataforma Logística reasignando efectivos que carecen de experiencia previa en logística de alto nivel.

e) Osakidetza considera no probadas ni fundamentadas las afirmaciones de la recurrente sobre el número de personas que prestan el servicio de almacén, la posible amortización de plazas u otros perjuicios laborales o la sustitución de trabajadores públicos por trabajadores de empresas privadas en las funciones

relacionadas con el almacén y tendrá repercusión sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario que hoy se dedica a estas funciones.

f) Alega la recurrente que no se expone en la Memoria la causa excepcional y grave de interés público que ha llevado a Osakidetza a infringir los acuerdos alcanzados, cuando consta en las Memorias y el Documento Descriptivo del expediente su causa y motivación y la STSJPV 230/2018 no resulta aplicable.

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

En síntesis, la recurrente alega que los pliegos deben anularse porque se han infringido los acuerdos de negociación colectiva que afectan a Osakidetza y que limitan la externalización de servicios, sin que conste motivación para ello y sin que haya habido información o negociación previa con sindicatos signatarios de dichos acuerdos.

Particularmente relevante para el análisis del recurso es el documento denominado "memoria de cumplimiento de condiciones previas para la celebración de contratos de servicios":

Osakidetza divide su atención sanitaria en tres áreas de salud: Araba, Bizkaia y Gipuzkoa. Como elemento facilitador de la atención integrada, se cuenta con un modelo de Organizaciones Sanitarias Integradas (en adelante OSI), agrupaciones de centros de atención primaria, especializada y su hospital de referencia en una demarcación geográfica definida:

- Área de Salud de Araba (OSI Araba, OSI Rioja Alavesa y Red de Salud Mental de Araba).
- Área de Salud de Bizkaia (OSI Barakaldo-Sestao, OSI Barrualde-Galdakao, OSI Bilbao-Basurto, OSI Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces, OSI Uribe, Red de Salud Mental de Bizkaia, Hospital Gorliz y Hospital Santa Marina).
- Área de Salud de Gipuzkoa (OSI Bidasoa, OSI Debabarrena, OSI Debagoiena, OSI Donostialdea, OSI GoierriUrola Garaia, OSI Tolosaldea y Red de Salud Mental de Gipuzkoa).

Adicionalmente, Osakidetza cuenta con otras organizaciones de servicios dentro del mismo ámbito geográfico (Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos (CVTTH), Emergencias, Osatek) así como otras entidades vinculadas o dependientes.

Para el normal desarrollo de las actividades de todos los centros que componen las unidades anteriormente descritas es imprescindible que las mismas cuenten con una serie de productos y mercancías sanitarias y no sanitarias, cuya naturaleza es muy heterogénea, tanto en cantidad y frecuencia de uso, como en tipología y necesidades de manejo, almacenamiento y transporte.

Para cubrir la demanda de estos productos cada una de las OSIs cuenta con diferentes almacenes diseminados por los centros, los cuales no están comunicados ni coordinados con otros almacenes de otras OSIs. Esta situación genera que cada OSI almacene su propio stock (aunque se trate de productos comunes a otras OSIs) y por lo tanto que se tenga una mayor incidencia de caducidades, un exceso de inventario con su respectivo coste económico, se ocupe espacio innecesariamente en zonas que podrían dedicarse a uso sanitario y que no se tenga un sistema robusto frente a roturas de suministro.

En suma, actualmente, el sistema de gestión del material necesario para prestar la actividad asistencial es un sistema con altas ineficiencias que afecta al desarrollo de la actividad de Osakidetza tanto desde el punto de vista monetario, como desde el punto de vista procedimental.

Es por ello que Osakidetza se ha marcado el propósito de lograr la solución que le permita superar todo ello y se consideran como hitos a alcanzar el mantener, a nivel corporativo de Osakidetza, una gestión de stocks uniforme, un proceso logístico homogéneo y racional en las distintas organizaciones incluidas en el ámbito funcional del contrato, la optimización del nivel de existencias, así como, el máximo automatismo en la cadena de suministros y en la gestión de los centros de consumo a través del empleo de tecnologías que lo permitan, buscando la satisfacción permanente de todos los agentes intervinientes, desde el proveedor al usuario final.

Por tanto, Osakidetza precisa acometer el diseño, la construcción y la gestión de una Plataforma Logística Corporativa que se debe articular en torno a cuatro ejes que son los siguientes:

- Planificación, diseño, construcción, puesta en marcha, gestión y dotación de medios precisos para el proceso logístico integral de la Plataforma.
- Recepción, almacenaje y custodia del material sanitario y no sanitario comprado por Osakidetza.
- Preparación, transporte y distribución de la mercancía a los centros de consumo.
- Control de inventarios, de la caducidad y la trazabilidad de los productos.

Esta Plataforma le prestará a Osakidetza una actividad auxiliar y complementaria a la actividad principal que lleva a cabo, esto es, la asistencia sanitaria pública, dándole a sus Centros el soporte logístico que precisan para su actividad en los términos anteriormente expuestos.

La asistencia sanitaria pública tiene que ser reestructurada para poder afrontar los retos que plantea la asistencia sanitaria en el siglo XXI. En este sentido, resulta preciso optimizar el espacio ocupado por los almacenes individuales con todos los suministros sanitarios y no sanitarios que albergan y dedicar estos espacios físicos a generar más espacios sanitarios para el uso por parte del personal, usuarios y pacientes de Osakidetza.

A este respecto, los Centros de consumo se dividen, básicamente, en dos tipologías:

- Centros Atendidos, es decir, centros en los que hay personal de Osakidetza realizando actividades de almacén y logística interna. En este tipo de Centros, el contratista entregará los materiales directamente en un único punto de entrega establecido, para su posterior distribución interna por parte del personal del Centro.
- Centros No Atendidos, en los cuales, el servicio del contratista comprenderá la logística interna de los materiales en el Centro hasta el punto de consumo final (balda, doble cajón, armario RFID u otro similar).

El servicio licitado no sustituye por tanto al personal existente, ni realiza las mismas funciones, sino que las complementa.

En virtud de todo lo anterior, se considera que existe la necesidad de contar con una Plataforma Logística centralizada que sea quien dé el soporte a todos los Centros arriba referenciados.

Una solución que, en definitiva, pretende un modelo de gestión más eficiente y con visión integral que permita generar valor añadido a todo el proceso logístico, como, por ejemplo:

- Reducir precios por volumen, mejorar las condiciones logísticas y racionalización de proveedores.
- Conseguir niveles de servicio y disponibilidad en el aprovisionamiento y distribución, a través de mejores prácticas logísticas a un coste menor.
- Reducir inventarios, afrontar situaciones de roturas de stock y obsolescencias.
- Ahorrar en espacios de almacenes e infraestructuras, que puedan redundar en la mejora de los servicios asistenciales.
- Disponer de unos procesos más eficientes, automatizados y estandarizados.
- Incremento de los niveles de servicio y reducción de las incidencias.
- Aprovechamiento de las sinergias de un modelo de operación común.

Todo ello gestionado desde un alto conocimiento en la gestión y manejo operativo por todos los intervinientes en dichos flujos, supervisándose este correcto desempeño a través de herramientas e indicadores que, en caso de atisbar cualquier desviación, conlleven consecuencias proporcionales para el contratista.

A la vista está que nos encontramos ante un proyecto ambicioso, diferente en cuanto a su necesidad de adaptarse muy a la medida de condiciones preexistentes, donde la inversión y el control del buen desempeño, serán los pilares fundamentales a lo largo de la duración del contrato.

Siendo éstas las necesidades, sin embargo, Osakidetza precisa disertar, tomando como punto de partida la situación actual de implantación, tanto de medios personales y materiales como de procesos existentes, y reenfocar su conjunto hacia los objetivos precitados.

Es tal el nivel de aspectos que caracterizan el actual ecosistema en el que se desenvuelven todas estas actividades dentro del entorno de Osakidetza, que llegar a una solución adaptada y acertada como la ya descrita no sería posible sin el intercambio previo y puesta en común de dichos puntos de partida con los futuros licitadores, ni sin que éstos aporten sus distintas visiones y palancas de conocimiento a Osakidetza de cara a llegar al objetivo ideal y más ventajoso para centros y usuarios finales. Por lo tanto, si se pretende conseguir ese objetivo con garantías y sabiendo que las soluciones existentes en el mercado podrían no satisfacer las necesidades de Osakidetza es necesario un trabajo de adaptación inicialmente razonado con el mercado, que tenga en cuenta las siguientes circunstancias concretas:

- Necesidad de adaptación del equipamiento con que se dotará la Plataforma Logística a la medida del catálogo de materiales de Osakidetza y a su frecuencia de consumo y necesidades de stock.
- Necesidad de dimensionamiento y diseño del almacén central de acuerdo a la disponibilidad de espacio en el terreno cedido en uso por Osakidetza para el proyecto.
- Necesidad de adaptación de la configuración de hardware y software del Sistema de Gestión de Almacén (SGA) y del Sistema de Gestión del Servicio (SGS) a los requisitos exigidos por Gobierno Vasco.
- Se hace así necesario y operativo, llevar a cabo la licitación a través de un diálogo competitivo, especialmente, si tenemos en cuenta que:
- El trabajo de adaptación- en todos los sentidos- sería tan especializado que Osakidetza no cuenta para ello, ni con el conocimiento, ni con los medios personales y materiales necesarios.

- A un nivel operativo, en lo que a la propia actividad logística se refiere -a expensas del resultado del diálogo competitivo-, inicialmente, Osakidetza podría no contar con el personal adecuado que pueda abordar el proyecto de manera autónoma, y mucho menos que resultando ser un contrato en su conjunto en el que como señalábamos, la inversión y el control de su buena praxis se encuentran tan sumamente ligados, el pretender que cualquier proveedor de este tipo de soluciones asumiese tales riesgos resultaría cuanto menos abusivo si se le obligara a dicha llevanza con medios personales y técnicos que no sean los suyos y, sobre los cuales, no pueda ejercer las facultades de dirección y control.

Además, el proceso logístico integral que se pretende, a priori, se entiende que precisa una dedicación exclusiva que impediría que el personal de Osakidetza pudiera adscribirse a este servicio, en la medida que, ya está afecto a otras tareas esenciales y resulta inconveniente, o imposible, su reorganización. De manera que Osakidetza no tendría previsto cambios en las condiciones de trabajo del personal que, actualmente, presta sus servicios en los Centros anteriormente referenciados.

Todos estos aspectos, como más destacables, motivan la circunstancia de que haya que acudir a la contratación externa de un servicio de esta naturaleza.

No obstante, a priori, y pendiente de lo que los operadores puedan señalar al respecto durante el diálogo, Osakidetza toma en consideración los siguientes extremos:

- Toda vez que se considera necesario que el proveedor del servicio sea igualmente el responsable de su diseño, construcción y puesta en marcha, asumiendo inicialmente la inversión necesaria, se considera razonable exigirle que sea en base a sus propios medios técnicos y humanos.
- El servicio de Plataforma Logística que se necesita, salvo que sea otro el resultado del diálogo, requeriría personal con formación específica en materia logística de grandes centros operacionales, formación de la que carecen nuestros recursos humanos. Dado que existen en el mercado empresas en las que esta actividad constituye su competencia básica, con inversiones, experiencia y habilidades organizativas que les permiten realizar más eficientemente este servicio, consideramos idónea, para los intereses de Osakidetza, su contratación externa.
- Dada la importancia que tiene este contrato para Osakidetza se considera necesario que, durante la ejecución del contrato se apliquen indicadores operativos que reflejen objetivamente la situación y el grado de cumplimiento del servicio y que servirán para detectar los incumplimientos y faltas que den lugar a la imposición de deducciones automáticas y penalizaciones. En base a ello, se pretende que el contratista asuma,

económicamente, las consecuencias de su incumplimiento. Por tanto, se trata de extremos que, en la práctica, dependerán de la buena praxis del contratista durante la ejecución del contrato, de ahí que, se considere abusivo obligarle a dicha llevanza con medios personales y técnicos que no sean los suyos y, sobre los cuales, no pueda ejercer las facultades de dirección y control.

La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de la Dirección General, por su dimensión estratégica dentro de la planificación a futuro de Osakidetza.

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.

a) Sobre la motivación de la externalización de servicios.

Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

1) El artículo 30.3 LCSP establece que "La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley". De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), el requerimiento de "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") añade a lo anterior que la justificación debe ser especialmente estricta cuando el poder adjudicador "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 aportada en el expediente 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 explican la necesidad y las ventajas de la contratación y 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). Cuestión diferente, que se tratará en el siguientes apartado b), es si ello es materialmente suficiente para justificar su acomodo a los Acuerdos de negociación colectiva.

b) <u>Sobre la infracción de la prohibición de la externalización</u>

El recurrente alega infracción de los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de servicios. Esta alegación debe desestimarse por los siguientes motivos:

1) Este Órgano viene señalando que los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de ciertos servicios son parte del "fondo parcialmente reglado" que el poder adjudicador debe respetar cuando ejerce su potestad discrecional de autoorganización para determinar si presta un servicio con sus propios recursos o con medios ajenos. Consecuentemente, la posible infracción de dichos Acuerdos, cuya fuerza vinculante garantizan los artículos 32.2 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público (ver, por ejemplo, .la Resolución 29/2017 del OARC / KEAO) es parte del núcleo material de la discrecionalidad que puede ser

objeto del control de legalidad atribuido al recurso especial (ver, por todas, la Resolución 212/2019 del OARC / KEAO).

2) El Acuerdo de Mesa General, posterior al Decreto 106/2008, y que también incluye a Osakidetza en su ámbito de aplicación, tiene un contenido muy similar al de este último. En resumen, ambos instrumentos legales imponen un mandato o compromiso de congelar el número de externalizaciones y permiten las nuevas contrataciones de los servicios externalizados antes del inicio de su vigencia. Por ello, no hay contradicción entre ambas normas. En el mismo sentido, el Acuerdo de Mesa General no sustituye al Decreto 106/2008. El apartado 6.6 del Acuerdo de Mesa General no impone una sustitución de una redacción por otra, sino que formula un mandato para que los acuerdos y convenios sectoriales incorporen el contenido del apartado 6, dirigido a las partes negociadoras de los ámbitos sectoriales respectivos y que no consta que se haya llevado a efecto; esta mención sería superflua si esta estipulación tuviera un efecto sustitutorio "directo" de los Acuerdos sectoriales anteriores (ver la Resolución 45/2017 del OARC / KEAO).

3) La STSJPV 230/2018, en su Fundamento jurídico quinto, admite la posibilidad de que Osakidetza pueda alegar razones excepcionales que pueden justificar las externalizaciones en principio prohibidas por el Decreto 106/2008 o por el Acuerdo de Mesa General (ver también la Resolución 87/2019 del OARC / KEAO). De hecho, ambas normas señalan que, "No obstante, y ante situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por el propio Ente Público" (Decreto 106/2008) y que "La Administración atenderá preferentemente con medios propios los servicios que precise para el desarrollo de su actividad" (Acuerdo de Mesa General). Los dos textos son confusos en su redacción y en su alcance. Por un lado, el Decreto 106/2008 admite la existencia de excepciones a la prohibición general de externalizar y que matizan el carácter absoluto de ésta ("No obstante…") pero, contradictoriamente, especifica que en dichos casos se "priorizará" dicha regla general; por otro lado, el texto del Acuerdo de Mesa General

no hace otra cosa que reproducir la tradicional preferencia de la normativa contractual por la ejecución de servicios con medios propios (ver, por ejemplo, el vigente artículo 30.3 LCSP), por lo que no es fácil interpretar el precepto en coherencia con el taxativo compromiso de "no externalizar ninguna nueva actividad ni actividad existente que actualmente no esté subcontratada". A juicio de este Órgano, la única conclusión útil para casos como el ahora analizado es que la voluntad de las partes signatarias de los Acuerdos es que la prohibición de las nuevas externalizaciones sea la regla general pero no absoluta, de modo que se permiten excepciones cuya admisibilidad debe interpretarse muy restrictivamente. Más allá de esta consideración, los Acuerdos no contienen orientación alguna para determinar cuáles serían los supuestos excepcionales que autorizarían que ciertos contratos quedaran excluidos de la prohibición. Tampoco le consta a este Órgano que, como sería adecuado y propio de normas de origen pactado, las partes signatarias de ambos acuerdos hayan llegado a acordar una interpretación del alcance de los límites de la externalización (por ejemplo, en las Comisiones de seguimiento correspondientes u órganos bilaterales similares).

4) Consecuentemente con lo expuesto, este Órgano ha entendido en varias ocasiones que, excepcionalmente, pueda celebrarse un contrato inicialmente incurso en la prohibición de externalización. Es el caso de sus Resoluciones 87 y 88/2019 (alta especialización de las tareas contratadas que no puede acometer el personal propio, escasa entidad del contrato, no hay perjuicio ni para la promoción y estabilidad de los trabajadores ni para el valor de los servicios públicos tal y como los entienden los Acuerdos), 16/2023 (alto grado de especialización requerido, situación temporalmente acotada, asistencia puntual a proyectos financiables por los fondos Next Generation), 230/2023 (el recurso a personal ajeno está vinculado a la disposición de un centro logístico del adjudicatario, la exigencia al poder adjudicador de su contratación separada es desproporcionada) y 002/2024 (contrato con componente tecnológico

muy cambiante que requiere de un enfoque integral y de personas con niveles de adecuación profesional variable).

5) A la vista de lo anterior, el contrato impugnado está, en principio, incluido en el ámbito de la prohibición de externalización establecida en los Acuerdos. En este sentido, debe señalarse que ni la memoria del expediente ni la respuesta del poder adjudicador al recurso niegan que el objeto del contrato sea una "nueva actividad" a los efectos de dichos Acuerdos. Por ello, procede analizar si en el contrato concurren circunstancias excepcionales que permitan la externalización. A juicio de este Órgano, la respuesta es positiva por las siguientes razones:

- En este caso, el recurso a medios humanos ajenos a Osakidetza no es el único contenido del contrato. La prestación contractual comprende, en principio, la construcción del inmueble que alojará la Plataforma logística (incluyendo, por ejemplo, la redacción del proyecto básico y de ejecución, el acondicionamiento del terreno, la demolición de las instalaciones que actualmente lo ocupan y el diseño y la obra del nuevo edificio), la dotación de los medios técnicos e informáticos necesarios para cumplir su función (hardware y software para la automatización y gestión) y, finalmente, la gestión del servicio que habrá de prestar la Plataforma, que se considera la finalidad principal del contrato (recepción, almacenaje y custodia del material, transporte y distribución de las mercancías a los centros de consumo, distinguiendo entre los "no atendidos" y los "atendidos", donde la distribución interna se realizará por personal del Centro, elaboración de informes de seguimiento, inventarios, etc.). El apartado 7 del documento descriptivo establece un plazo de ejecución de diez años (24 meses para la construcción del almacén central de la Plataforma y su puesta en marcha y 96 meses para la prestación del servicio).

- En definitiva, Osakidetza ha decidido satisfacer sus necesidades logísticas mediante un contrato complejo, que incluye una gran

variedad de prestaciones y con una duración prolongada. Buena prueba de esta complejidad es que su adjudicación se tramitará por diálogo competitivo, procedimiento excepcional que se justifica porque los poderes adjudicadores no pueden definir los medios idóneos para satisfacer sus necesidades ni evaluar las soluciones que puede ofrecer el mercado , hasta el punto que el diseño de dicha solución es resultado del propio procedimiento de adjudicación y no está predefinida antes de iniciar la licitación, como es la regla general en la contratación pública (ver, por ejemplo, la Resolución 97/2022 del OARC / KEAO).

- La peculiar configuración del contrato y del procedimiento de adjudicación suponen, entre otras cosas, que su viabilidad técnica, organizativa y económica depende de una equilibrada relación entre las diversas partes de su contenido (plazos de ejecución y de vigencia, sistemas técnicos y de gestión elegidos, precio y coste del servicio y de las inversiones, etc.). Llegados a este punto, este Órgano considera aceptable el argumento de Osakidetza de que, habida cuenta del volumen del riesgo asumido por el futuro adjudicatario, es lógico que éste quiera que los recursos humanos asignados a la prestación, elemento fundamental para la correcta ejecución que se le va a exigir, dependa de su control y poder de dirección empresarial. Otra solución distinta, como imponer que el personal sea parte de la plantilla de Osakidetza, podría llevar a disfunciones en las tareas contratadas que romperían los equilibrios del contrato antes citados o lo encarecerían y que disuadirían a posibles licitadores.

- Consecuentemente, se entiende justificado que el contrato no se ejecute necesariamente con personal de Osakidetza, pues ello no es sino el efecto natural del sistema complejo elegido por el poder adjudicador. Debe señalarse que dicha elección está ampliamente justificada y, aunque puede no ser la única posible, desde luego no es arbitraria. Por otro lado, el recurrente no alega (ni este Órgano lo aprecia) que la citada opción sea fraudulenta y tenga como finalidad

ilegítima eludir el cumplimiento de los Acuerdos de negociación colectiva.

- Teniendo en cuanta todo lo anterior, así como el hecho de que el perjuicio para la promoción o la estabilidad del personal de Osakidetza (que el poder adjudicador niega) que desempeña las tareas de almacenamiento es, en el peor de los casos, meramente hipotético y no está suficientemente acreditado, este Órgano entiende que el contrato puede exceptuarse de las prohibiciones de externalización de servicios.

c) Sobre la omisión de información o negociación previa

La recurrente alega que el contrato incumple las obligaciones legales de negociación o información previa a los sindicatos o representantes de los trabajadores. Este motivo de impugnación debe desestimarse. Cualquiera que sea el alcance de dichas obligaciones, no se trata de trámites preceptivos de la preparación o adjudicación del contrato, de modo que su incumplimiento no puede invalidar estas últimas; por el contrario, el ámbito de estas obligaciones es el de las relaciones laborales.

d) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los epígrafes a) a c) anteriores, el recurso 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 la central sindical ELA contra los pliegos del contrato “Contratación de una plataforma logística corporativa para Osakidetza”, 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 martxoaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de marzo de 2024