



EB 2023/257

Resolución 101/2024, de 3 de junio, 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 BATZORDEA L.A.B. contra los pliegos del contrato del “Servicio de adecuación y renovación de las instalaciones eléctricas de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de diciembre de 2023 se presentó 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEA (en lo sucesivo, LAB), contra los pliegos del contrato del “Servicio de adecuación y renovación de las instalaciones eléctricas de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 19 de diciembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 21 de diciembre.

TERCERO: No constan interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de D^a. M.P.N. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, este Órgano considera que la recurrente goza de ella por las siguientes razones:

- en el último párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto de 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”), que confirma las Resoluciones 24, 29 y 45/2017 de este OARC / KEAO, se indica que, sentada la afectación del personal de Osakidetza y siendo los pliegos uno de los actos frente a los que podrá interponerse el recurso especial en materia de contratación, no se atisba la ausencia de presupuesto procedimental que conlleve la inadmisión del recurso.
- en el Fundamento de Derecho Cuarto de 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, se 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 para el

mantenimiento de las instalaciones que no es cierta, porque la OSI Araba dispone de una plantilla que reúne las condiciones necesarias y suficientes para tal cometido; asimismo, alega la infracción de un Acuerdo de negociación colectiva que limita la externalización de los servicios por el poder adjudicador. Por todo ello, no cabe duda de que la estimación del recurso satisfaría intereses legítimos de los trabajadores de Osakidetza, cuya defensa es la finalidad de la recurrente.

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

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso 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 entidad contratante a la hora de justificar la insuficiencia de medios alega que la realización de los trabajos a realizar objeto del contrato requiere de una habilitación empresarial de la que no dispone. En particular, las modificaciones que se vayan a realizar en las instalaciones eléctricas han de hacerse por una empresa instaladora. LAB entiende que la OSI Araba puede asumir perfectamente el papel de empresa instaladora por disponer de los medios adecuados (tanto materiales como humanos) para poder hacerlo. La cuestión radica, por tanto, en por qué la OSI no realiza el trámite que la habilite como empresa instaladora, teniendo en cuenta que es un mero trámite administrativo. En definitiva, la no voluntad de realizar dicho trámite no puede ser esgrimido como una incapacidad o insuficiencia para cumplir con la ley (artículo 30.3 LCSP).

b) La supuesta insuficiencia de medios humanos y materiales es falsa, pues la recurrente presenta una relación de personal que cumple con la cualificación profesional para la realización de los trabajos que se pretenden contratar. Además, y en cuanto a la disponibilidad existe un gran número de profesionales que cumplen con las exigencias requeridas para acceder a los puestos en las listas de contratación temporal que gestiona OSAKIDETZA. Respecto a los medios materiales, LAB puede dar fe de que su precio y disponibilidad no pueden ser argumentos para justificar su insuficiencia.

c) La recurrente entiende que en el presente expediente supone una externalización directa del servicio de mantenimiento de la OSI Araba, incumpliendo el Decreto 106/2008, de 3 de junio, por el que OSAKIDETZA se comprometía a no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios.

d) Finalmente, solicita que sea declarado contrario a derecho tanto el anuncio como los pliegos que rigen la licitación en los términos que han sido alegados en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

a) El expediente del contrato anterior que tiene el mismo objeto que el presente ya fue objeto de recurso y fue desestimado por el OARC/KEAO.

b) La habilitación como empresa instaladora eléctrica no puede ser una decisión que pueda tomar la OSI Araba de modo unilateral. Dicho permiso o la denegación del mismo tiene que emanar de los Servicios Centrales de Osakidetza. Por otro lado, la habilitación como empresa instaladora no evita la necesidad de contratar este tipo de servicios, como se puede observar en el perfil del contratante de algunos de los ayuntamientos que se citan como ejemplo por la recurrente como instituciones que se han habilitado como empresas instaladoras.

c) Respecto a la supuesta suficiencia de medios humanos y materiales, hay que indicar que los trabajos que se pretenden contratar requieren de urgencia en la ejecución, conocimientos específicos y/o personal especializado, necesidad de homologación y/o legalización o personal suficiente para realizar tareas que por su magnitud sobrepasan los medios con los que cuentan los distintos Servicios de Mantenimiento de la OSI Araba. El listado aportado por LAB para justificar la suficiencia de medios humanos abarca los tres servicios de mantenimiento de la OSI y no todos los puestos funcionales se corresponden a titulaciones específicamente eléctricas. Por último, la complejidad y necesidades de la OSI (con tres edificios hospitalarios y 20 centros de salud) requiere de la disponibilidad de empresas que puedan solventar los problemas sin que se vea interrumpida la actividad sanitaria y en tiempos de respuesta adecuados, no pareciendo la opción más adecuada recurrir al personal existente en las listas de contratación para la realización de dichos trabajos de carácter perentorio y/o específico.

d) Sobre el supuesto incumplimiento del compromiso de no externalización de los servicios, según el Decreto 106/2008, de 3 de junio, hay que indicar que la pretensión del expediente anterior y del actual era y es la de sustituir los contratos menores y pedidos directos puntuales que a veces superaban los límites cuantitativos de la Ley por una empresa que reuniese todas las

condiciones de homologación y legalidad y mediante un procedimiento abierto de contratación. No hay externalización porque no se mantiene en los centros un personal permanentemente contratado de una empresa externa con retribuciones mensuales fijas. Tampoco hay externalización porque los servicios objeto del contrato no constituyen una nueva área o servicio, ni se crea, sustituye o elimina ningún puesto de trabajo del servicio de mantenimiento. A este respecto, los trabajadores de mantenimiento no han manifestado contradicción alguna con los trabajos objeto de esta contratación a lo largo del tiempo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, los motivos de recurso son: (i) la inadecuada justificación exigida por el artículo 30.3 LCSP basada en que la OSI Araba no tiene la habilitación de “empresa instaladora” ni de los recursos humanos y materiales necesarios; y (ii) el incumplimiento de los acuerdos relativos al compromiso de Osakidetza de no externalizar ningún servicio más (Decreto 109/2008, de 3 de junio).

El análisis de las cuestiones planteadas debe partir de la memoria del expediente, cuyo contenido, en lo que se refiere a la justificación de la necesidad del contrato y de la carencia o insuficiencia de medios externos, es el siguiente:

I.- Kontratatu nahi den jarduera Arabako ESlaren ardurapeko zerbitzu bat emateko beharrezkoa da.

Arabako Erakunde Sanitario Integratuak (ESI) instalazio elektrikoak ditu, eta horiek egokitzea eta kontserbatzea ezinbestekoa da funtzionamendu egokia ziurtatzeko, zerbitzu eta unitate guztietan garatuko diren prozesu eta jarduera mediko-asistentzial guztietan ezarritako baldintzak bermatzeko, aplikatu beharreko araudia kontuan hartuta.

II.- Jarduera hori kontrata daitezkeen zerbitzuen artean dago, seigarren Instrukzioan ezarritakoaren arabera, eta bere xedeak ez ditu, bosgarren Instrukzioan ezarritakoaren arabera, berezko baliabideekin ase behar den zerbitzurik.

Historikoki Osakidetzako sarean, eta zehazki Arabako ESlan, egon den zerbitzua da, jada kanpotik kontratatuta zegoen zerbitzu laguntzaile edo

I.- La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de la OSI ARABA.

La Organización sanitaria integrada (OSI) Araba, dispone de instalaciones eléctricas, cuya conservación y renovación es imprescindible para asegurar un perfecto funcionamiento en orden a garantizar las debidas condiciones establecidas en todos los procesos y actuaciones médico-asistenciales que se desarrollarán en los diferentes servicios y unidades del mismo, conforme a la normativa de aplicación.

II.- Dicha actividad está incluida entre los servicios que pueden ser contratados, conforme a la Instrucción sexta, y su objeto no contiene prestaciones que con arreglo a la Instrucción quinta deben ser satisfechas con medios propios.

Se trata de un servicio históricamente existente en la red de Osakidetza, y en concreto en la OSI Araba, que ya venía siendo contratado externamente como servicio

osagarri gisa, edozein kasutan beharrezkoa zen Osakidetzako funtsezko zerbitzua behar bezala emateko, hau da osasun-zerbitzua; inola ere ez da Osakidetzan jada ezarrita ez zegoen jarduera berri bat, edo jada ezarrita dagoen eta kontratatu ez den jarduera bat.

III.- Haren hornidura ezin da bere gain hartu Arabako ESlak dituen giza baliabideekin eta baliabide teknikoekin.

Espedientearen xede diren lanak egiteko, espezializazio-maila handia behar da, bai enpresaren, bai hari atxikitako profesionalen aldetik. Hori da instalazio horietan egin beharreko lanen esparruan enpresa-gaikuntza zehatz baten legezko eskakizuna eskatzearen arrazoia, zehazki, instalazio elektrikoaren mantentze- edo konpontze- enpresa izateko administrazio-gaikuntza, 842/2002 Errege Dekretuak onartutako Behe Tentsioko Erregelamendu Elektroteknikoaren arabera. Horiek horrela, Osakidetzak, eta zehazki Arabako ESlak, ez dute enpresa instalatzaile edo konpontzaile gisa jarduteko gaikuntzarik, ez eta mantentze-lan horiek egiteko behar diren baliabide materialak eta giza baliabideak ere, aplikatzekoa den araudiaren arabera.

IV.- Kontratua prestatzeko fasean prestatutako kontratu-agiriek Zortzigarren Instrukzioa betetzeko behar diren bermeak jasotzen dituzte, zerbitzu-kontratuak egiteko jardunbide egokiei buruzkoa, langileen legez kanpoko esleipenik ez gertatzeko.

auxiliar o complementario necesario en todo caso para la adecuada prestación del servicio esencial de Osakidetza, cual es el servicio sanitario, no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada en Osakidetza, o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada.

III.- Su prestación no puede ser asumida exclusivamente con los recursos humanos y técnicos de que dispone la OSI ARABA.

La realización de los trabajos objeto del expediente requiere de un nivel de especialización, tanto de la empresa, como de los profesionales adscritos a los mismos. De ahí la exigencia legal de una habilitación empresarial concreta en el ámbito de las operaciones a realizar en estas instalaciones, en concreto de la habilitación administrativa como empresa mantenedora o reparadora de las instalaciones eléctricas conforme al Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, aprobado por Real Decreto 842/2002, no disponiendo Osakidetza, y en concreto la OSI Araba, de la citada habilitación ni de los medios materiales y humanos necesarios para la realización de dichas labores, conforme a la normativa de aplicación.

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

a) Sobre el artículo 30.3 de la LCSP y la justificación de la necesidad de la contratación ofrecida por el poder adjudicador

A juicio de este Órgano este motivo de impugnación ha de ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Tal y como ha manifestado con anterioridad este Órgano (ver, por todas, la Resolución 77/2024), de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), el requerimiento de la “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; 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”) señala que la justificación debe ser especialmente estricta “...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” (Fundamento de derecho quinto).

- 2) En un contrato de servicios similar al que nos ocupa (servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de Servicios Generales de la OSI ARABA, finalizado con la Resolución 188/2022) frente a una justificación de la necesidad de la contratación sustancialmente igual a la que se ha efectuado en el contrato que ahora nos ocupa, el TSJPV ha estimado un recurso del sindicato LAB (sentencia nº 000176/2024, de 1 de mayo de 2024), sobre la base de que La demandante, ya desde la vía administrativa, viene sosteniendo que Osakidetza dispone de los medios personales y materiales necesarios para sumir los trabajos de mantenimiento de la instalación y climatización del nuevo edificio y ha aportado prueba de la que resulta que existe personal de plantilla en OSI araba en puestos de Técnico/a Especialista Instalaciones de Climatización, como técnicos superiores con titulación de ingeniería.

La demandada no ha hecho el más mínimo esfuerzo en sustentar su afirmación de que no dispone de medios técnicos ni personales.

Es por ello que tenemos que concluir que la administración demandada no motivó suficientemente el recurso a la externalización del servicio, como era su obligación. Tampoco se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales o de interés público que justifiquen la puesta en marcha de un procedimiento contractual para la prestación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del nuevo edificio de servicios generales de la OSI Araba.

- 3) En este caso concreto, el sindicato recurrente ha aportado una prueba sobre la suficiencia de medios humanos y materiales existentes en la plantilla de la OSI Araba, similar a la aportada en su día en el

procedimiento de recurso que finalizó con la Resolución 188/2022, consistente en una relación de 76 personas que podrían realizar las prestaciones objeto del contrato. Consecuentemente, debemos concluir que la OSI no ha justificado suficientemente el recurso a la externalización del servicio, limitándose en la memoria inicial a indicar que carece de medios y en el escrito de contestación a intenta justificar la insuficiencia en la magnitud de los trabajos a realizar, que como se ha señalado en el apartado anterior no queda acreditada, y en que no todos los puestos funcionales relacionados por LAB en el recurso se corresponden con titulaciones específicamente eléctricas, lo cual resulta insuficiente a la luz de la sentencia señalada en el apartado anterior.

b) Sobre el incumplimiento del compromiso de no externalización

Respecto de este motivo impugnatorio, hay que señalar que este Órgano ya se pronunció con ocasión de la licitación del contrato anterior con el mismo objeto. Así, en la Resolución 164/2019 se indicaba: El sindicato recurrente plantea que el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza / Servicio Vasco de Salud, aprobado mediante Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, al que se incorpora como anexo II el acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial de Sanidad de fecha 14 de marzo de 2008, aprobado mediante Decreto 106/2008, de 3 de junio, supone una limitación a la libertad que asiste al poder adjudicador para configurar discrecionalmente sus contratos como estime oportuno y, más generalmente, para decidir si debe prestar los servicios de su competencia con medios propios o contratados pues el art. 13 del Decreto 106/2008 señala que Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios. De la relación de contratos señalada en su la documentación aportada por el poder adjudicador en respuesta al requerimiento de prueba efectuado por este OARC / KEAO, se desprende que el servicio ha sido prestado por empresas contratadas al efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de referencia en las organizaciones de servicios hoy integradas en la OSI Araba (Hospitales de Santiago y Txagorritxu y Comarca Araba). Consecuentemente, los servicios objeto del contrato no constituyen una nueva área o servicio a los efectos del mismo y el recurso debe ser desestimado (ver, en el mismo sentido, la Resolución 58/2017 del OARC / KEAO). Debe señalarse que el recurrente no ha acreditado o argumentado que se trate de una nueva área o servicio, a pesar de conocer que el compromiso plasmado en el art. 13 del Decreto 106/2008 no es incondicional y que su aplicación requiere que el servicio o actividad demandada sea *nuevo*. Consecuentemente, este OARC/KEAO ha de ratificarse en lo señalado en su

Resolución de hace 5 años, por lo que el motivo impugnatorio ha de ser desestimado.

c) Conclusión

A la vista de lo expresado en los apartados anteriores, el recurso debe estimarse parcialmente, lo que implica la anulación de los pliegos y el anuncio y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

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 BATZORDEA L.A.B. contra los pliegos del contrato del “Servicio de adecuación y renovación de las instalaciones eléctricas de la OSI Araba”, 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 dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para el cumplimiento de 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, 2024ko ekainaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de junio de 2024