



EB 2024/036

Resolución 138/2024, de 18 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 L.A.B., contra los pliegos del contrato del “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de gases medicinales de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de febrero de 2024 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 BATZORDEAK L.A.B., contra los pliegos del contrato del “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de gases medicinales de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 23 de febrero 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 entre los días 26 y 28 de febrero.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.P.N., que actúa en nombre y representación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK L.A.B.

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) Se incumple el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2014 sobre Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios en dos puntos:

- i. la instrucción cuarta es clara en su mandato de uso de medios propios, pero hace una excepción para los supuestos contemplados en la instrucción sexta que es a la que se acoge la entidad impulsora que indica que los servicios que se pueden contratar deben ser auxiliares o complementarios y distintos a los que constituyen funciones propias. Por el contrario, en el contrato impugnado se está intentando externalizar la función propia del mantenimiento integral y no una parte auxiliar o complementaria.
- ii. Se obvia el apartado 2 de la instrucción sexta al afirmar que se trata de un “servicio históricamente existente en la OSI Araba”, sin indicar ninguna fecha.

b) Se incumple el artículo 30.3 de la LCSP (justificación de la insuficiencia de medios propios en los contratos de servicios). La entidad impulsora utiliza el argumento de la alta especialización y dificultad derivada de la necesaria habilitación empresarial en el ámbito del RD 809/2021, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (REP). No obstante, el recurrente relaciona del total de 29 equipos a mantener, 12 a los que no se les aplica el mencionado reglamento, que representan el 68 % del presupuesto. Además, el REP no obliga a que el mantenimiento tenga que ser realizado por empresa habilitada y el PPT no exige instalación de equipos. Finalmente, manifiesta la recurrente que la expresión “alto grado de especialización” es hueca, vacía de contenido y una frase hecha. Para la realización de estas tareas, Osakidetza dispone de recursos humanos propios, además de los que integran las listas de contratación y el personal tiene dos formaciones al año ofrecidas por la empresa que suministra gases medicinales que puede ser reorientada a las necesidades de la administración.

c) Se incumple el Decreto 106/2008, que recoge un acuerdo de la Mesa sectorial de Sanidad en el que Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios.

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

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

a) La prestación esencial de las organizaciones de Osakidetza en general, y de la OSI Araba en particular, es el servicio sanitario; y que para la prestación adecuada de este servicio hacen falta otros servicios auxiliares, como el ahora impugnado, que ya venía siendo contratado en la OSI Araba y en la mayoría de las organizaciones de Osakidetza como servicios auxiliares o complementarios necesarios en todo caso para la adecuada prestación del servicio esencial de Osakidetza, no tratándose en ningún caso de una actividad nueva que no estuviera ya implantada en la red, o de una actividad que estando implantada no estuviera contratada.

b) La interpretación que hace la Inspección de Personal y Servicios de la Viceconsejería de Función Pública sobre la Instrucción Sexta de las Instrucciones de buenas prácticas en la celebración de contratos de servicios aprobadas por el Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2014, en relación con el apartado Sexto del Acuerdo de la Mesa General sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011, y medidas en relación con el empleo público, avala la licitación de este contrato al concluir que:

- i. no resulta aceptable identificar nueva actividad con centro o servicio de nueva creación o apertura.
- ii. si la actividad ya existía respecto a “su implantación”, y además estaba contratada respecto a su “provisión externa” por alguno de los órganos, unidades o dependencias de cada entidad

administrativa, se entiende que se ha cumplido el requisito temporal fijado hasta el 1 de enero de 2010 en la Instrucción 6ª.

iii. la excepcionalidad que mencionan las Instrucciones de 24 de abril de 2014, viene motivada, tal y como se acredita a través de la Memoria justificativa del expediente objeto de recurso, por:

- i. la necesidad de estos servicios.
- ii. su prestación no puede ser asumida con los recursos humanos y técnicos de que dispone la Subdirección de Servicios Generales, siendo además inconveniente o imposible su reorganización.
- iii. 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 deban ser satisfechas con medios propios.

c) Si la habilitación es necesaria para algunos equipos, no puede ser un argumento falso. Y estos equipos no son otros que las rampas de los diferentes gases utilizados en los centros sanitarios, rampas constituidas por un conjunto de botellas interconectadas entre sí, con gases a presiones muy superiores a 0,5 bar. No obstante, es importante señalar que los equipos de vacío, aunque no estén afectados por el RD 809/2021 de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (REP)", requieren ser mantenidos por personal cualificado y en ocasiones homologado por el propio fabricante. Además, la mayoría de los gases utilizados en los centros sanitarios son considerados medicamentos o productos sanitarios y que las instalaciones de vacío medicinal, tienen la misma consideración. En consecuencia, tanto a las instalaciones centralizadas de gases como a las instalaciones de vacío, les es de aplicación lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto 192/2023 de 21 de marzo. Finalmente, se alega que pretende contratar un mantenimiento anual, dejando la responsabilidad de los mantenimientos de frecuencia inferior a los correspondientes Servicios de mantenimiento de la OSI Araba, punto 4.1.1 del PPT) y los mantenimientos correctivos, que conllevan las

modificaciones, sustituciones o cambios de ubicación de equipos, requieren de habilitación empresarial.

- d) El Acuerdo no permite concluir una interpretación acorde con una imposición literal y exclusiva de la “*no externalización*” de servicios para la Administración, en cuanto que el acuerdo 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, excepcionalidad que es así mismo admitida por las “Instrucciones sobre buenas prácticas en la celebración de los contratos de servicios”, aprobadas por el Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2014.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por no estar debidamente justificada la necesidad de la externalización habida cuenta de que Osakidetza dispone de profesionales capacitados para gestionar las labores especificadas en los pliegos.

Particularmente relevante en lo que a la cuestión planteada se refiere es la memoria que consta en el expediente y que, en el epígrafe titulado “Justificación de insuficiencia de medios en contratos de servicios”, establece lo siguiente:

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 en los hospitales y en el edificio de consultas externas instalaciones de gases medicinales que exige 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 sobre buenas prácticas en la Contratación de Servicios aprobada por Acuerdo

del Consejo de Gobierno de 29/04/2014, 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 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 de mantenimiento de las instalaciones citadas requiere de un alto grado de especialización, tanto de la empresa, como de los profesionales adscritos al mismo, de ahí la exigencia legal de una habilitación empresarial concreta en el ámbito de las operaciones de mantenimiento de estas instalaciones, en concreto de la habilitación administrativa como empresa instaladora y reparadora regulada en el Reglamento de equipos a presión aprobado por el Real Decreto 809/2021, de 21 de septiembre, no disponiendo Osakidetza, y en concreto la OSI Araba, de la citada habilitación como empresa instaladora o reparadora, ni de los medios materiales y humanos necesarios para la realización de dicho mantenimiento, conforme a la normativa de aplicación.

Por su similitud con las cuestiones planteadas en este recurso procede acudir a lo manifestado por el poder adjudicador en la memoria justificativa de un contrato de servicios de similar objeto (instalación de climatización) al que nos ocupa cuyos pliegos fueron impugnados por LAB con argumentos análogos a los utilizados ahora y que este Órgano los desestimó en su Resolución 188/2022. Este pronunciamiento ha sido anulado por la sentencia del TSJPV de 17 de mayo de 2024 nº 000176/2064, que ha adquirido firmeza, por considerarla insuficiente tal y como se detallará posteriormente:

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

El nuevo edificio de Servicios Generales de la “Organización sanitaria integrada (OSI) Araba” sito en la sede Hospital Txagorritxu, dispone de una instalación de climatización que exige su oportuna legalización y su perfecto funcionamiento en orden a garantizar las debidas condiciones de higiene y salubridad 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 la red de Osakidetza, y en concreto en la OSI Araba, que ya venía siendo contratado externamente como servicio 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 con los recursos humanos y técnicos de que dispone la OSI ARABA

citada instalación de climatización requiere de un alto grado de especialización, tanto de la empresa, como de los profesionales adscritos al mismo, de ahí la exigencia legal de la necesidad de una habilitación empresarial concreta en el ámbito de las operaciones de mantenimiento de las instalaciones térmicas, en concreto de la habilitación administrativa como empresa mantenedora regulada en los artículos 35 y 36 del Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios aprobado por el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, no disponiendo Osakidetza, y en concreto la OSI Araba, de la citada habilitación como empresa mantenedora, ni de los medios materiales y humanos necesarios para la realización de dicho mantenimiento, conforme a la normativa de aplicación.

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.

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 la disposición en las listas de contratación de OSI Araba de 272 Ingenieras/os técnicos y 322 de oficiales de mantenimiento que cumplen con las exigencias para acceder al puesto. 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 reiterar los argumentos de la memoria justificativa, lo cual resulta insuficiente a la luz de la sentencia señalada en el apartado anterior.

b) Sobre el incumplimiento del compromiso de no externalización

En lo que respecta a la alegación del recurrente sobre el incumplimiento de los acuerdos de negociación colectiva en lo relativo a la no externalización de determinados servicios, este Órgano considera que debe ser desestimada por las siguientes razones:

- 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 medios 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 poder adjudicador ha motivado en la memoria justificativa de la contratación, y reiterado en el informe de oposición al recurso, que el objeto del contrato se halla externalizado con anterioridad a los acuerdos de negociación colectiva. Esta afirmación no es desmentida

por la recurrente, su oposición se basa en que se alegan contratos menores de difícil control y seguimiento. Este argumento debe ser desestimado porque lo relevante es que a la fecha de la adopción del acuerdo invocado por la recurrente el servicio de mantenimiento se hallaba externalizado, aunque lo fuera forma atomizada a través de varios contratos menores (ver, en este sentido la STSJ PV 49/2021, de 8 de febrero de 2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:908).

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.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (L.A.B.) contra los pliegos del contrato del “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de gases medicinales de la OSI Araba”, tramitado por Osakidetza, en los términos expresados en el apartado c) del Fundamento jurídico octavo de esta Resolución.

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 dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko uztailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de julio de 2024