



EB 2024/059

Resolución 139/2024, 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 de “Servicios de comedor de personal, explotación de la cafetería, restaurante y distribución de bebidas y otros productos por medio de máquinas automáticas expendedoras en el Hospital Universitario Cruces”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de abril 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 de “Servicios de comedor de personal, explotación de la cafetería, restaurante y distribución de bebidas y otros productos por medio de máquinas automáticas expendedoras en el Hospital Universitario Cruces”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 11 de abril 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 día 22 de abril.



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 artículo 30.3 de la LCSP (justificación de la insuficiencia de medios propios en los contratos de servicios), pues la entidad impulsora en ningún momento entra a justificar la insuficiencia de medios para realizar la labor de mantenimiento de la cafetería que es propiedad del Hospital Universitario de Cruces y cuanta con personal propio y de las listas de contratación para realizar dicho servicio.
- b) 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.
- c) 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) Osakidetza alega la discrecionalidad que le asiste para la configuración del objeto del contrato y el principio de libertad de pactos. Manifiesta que la prestación de los servicios demandados por el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) conlleva necesaria y forzosamente la realización por el contratista de todas las prestaciones accesorias para garantizar la ejecución de los servicios tales como las relacionadas con la seguridad, salubridad, higiene sanitaria etc.
- b) Se respeta el punto 2 del Decreto 106/2008 porque se cumple con el compromiso de no externalizar ninguna nueva actividad y se aporta un listado de contratos de servicios de bar y restaurante desde el 1 de marzo de 2000.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea la anulación de los pliegos y el anuncio de licitación por no estar debidamente justificada la necesidad de la externalización

de los trabajos contenidos en la cláusula 2.1.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), habida cuenta de que Osakidetza dispone de profesionales capacitados para gestionar las labores especificadas en los pliegos. Asimismo, considera que se han vulnerado los acuerdos de externalización de servicios.

La cláusula impugnada es la siguiente:

2.1.4 Instalaciones, mobiliario, enseres y maquinaria

El Hospital proporcionará al adjudicatario los locales, mobiliario, equipamiento, enseres y demás material auxiliar, que se especifiquen en los correspondientes inventarios, que se suscribirán por el adjudicatario y el Hospital (Ver Anexo 6)

Sobre la instalación y mobiliario que aporte el Centro, el adjudicatario no tendrá derecho alguno, pero sí deberá mantenerlo en perfecto estado de uso, limpieza y conservación. El adjudicatario queda obligado a efectuar a su costa las revisiones de mantenimiento de los aparatos e instalaciones de las Cafetería.

En caso de que algún/os de las instalaciones, mobiliario, enseres y maquinaria por su uso no pudiera ser reparados, a lo largo de la duración del contrato, el adjudicatario deberá reponerlos por otro/s de similares características, quedando, así mismo, en propiedad del Centro y no teniendo derecho alguno sobre ellos el adjudicatario a la finalización del contrato.

El adjudicatario no podrá realizar obras en los locales del Cafetería-Restaurante sin permiso expreso de la Dirección del Centro. En su caso, las obras correspondientes serán vigiladas y supervisadas por el Servicio Técnico del Hospital.

De acordarse alguna reforma, esta quedaría en beneficio del HUC, sin derecho a indemnización, a la finalización del contrato.

La cesión de uso de los locales y de cualquier otro bien que el Hospital pueda entregar al adjudicatario para el desarrollo de la concesión, en virtud de este contrato, no genera ningún derecho real a favor del adjudicatario. A la finalización del contrato, independientemente de la causa, el adjudicatario deberá abandonar los locales y devolver cuanto haya recibido en uso del Hospital sobre la base de este contrato en el plazo máximo de ocho días, a contar del requerimiento que al efecto se haga, sin derecho a retención ni compensación con otros posibles derechos que ostente frente al Hospital.

El adjudicatario no podrá utilizar los locales y bienes entregados por la administración, para ningún otro uso distinto al desarrollo de la prestación de los servicios recogidos en el Pliego de Bases Técnicas. El adjudicatario se obliga a facilitar los muebles, vajilla, cristalería, lencería, cubertería y demás material auxiliar que considere necesario, que será de buena calidad, reservándose el Centro aceptar el que proponga el adjudicatario, o exigir su cambio si no reúne

las características adecuadas, que conservará en perfecto estado sin que puedan utilizarse piezas deterioradas.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, este órgano considera que la pretensión debe ser desestimada:

- 1) Nos encontramos ante un contrato mixto, en el que una parte de la prestación se efectúa con una estructura de la obligación propia del contrato de servicios (comedor para el personal) y otra parte como una concesión de servicios (el servicio de cafetería y vending). Esta conclusión se deriva del régimen económico del contrato conforme al cual la prestación del servicio de comedor de guardia y de personal el pago se efectuará mensualmente por los precios unitarios ofertados por el licitador (cláusula específica 5.1), mientras que el servicio de cafetería y vending es abonado por los usuarios (cláusula 3.3 del PPT) y el adjudicatario debe pagar al poder adjudicador un canon por la explotación de este último servicio (cláusula 3.9 del PPT). El sindicato recurrente no impugna la decisión de contratar estos servicios, sino la de unos trabajos (los de mantenimiento) vinculados a la ejecución de parte de la segunda de las prestaciones (servicio de cafetería – restaurante).
- 2) En lo concerniente a los servicios de cafetería -restaurante, la cláusula 2.1 del PPT dispone que deben ser prestados en los locales que la Administración ponga a disposición del adjudicatario, no pudiendo utilizar otras dependencias no afectas al contrato. Ello implica que el poder adjudicador debe trasladar la posesión del inmueble al adjudicatario a los efectos de que desarrolle la actividad contratada en los citados locales bajo su responsabilidad y asumiendo el riesgo operacional de la actividad. Téngase en cuenta que el adjudicatario será el responsable de las consecuencias que se deduzcan para el poder adjudicador o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato

(cláusula 25.6 del PCAP), por lo que todas las prestaciones que impliquen la prestación del servicio contratado deben ser realizadas bajo su control y dirección .

- 3) En lo que respecta al incumplimiento del Decreto 106/2008, de la relación de contratos aportada por el poder adjudicador junto con el informe de oposición al recurso, que es la que consta en la Memoria justificativa de la contratación con la adición de dos contratos que comprenden el período 2000 a 2008, se desprende que el servicio ha sido prestado por empresas contratadas al efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de referencia. Consecuentemente, los servicios objeto del contrato no constituyen una nueva área o servicio a los efectos de este 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*.

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 LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (L.A.B.) contra los pliegos del contrato de “Servicios de comedor de personal, explotación de la cafetería, restaurante y distribución de bebidas y otros productos por medio de

máquinas automáticas expendedoras en el Hospital Universitario Cruces”, 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 uztailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de julio de 2024