



EB 2023/153

Resolución 228/2023, de 7 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Suministro de gases medicinales y mantenimiento de equipos relacionados para OSI Barakaldo Sestao”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de julio de 2023, 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 de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (en adelante, LAB) contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato del “Suministro de gases medicinales y mantenimiento de equipos relacionados para OSI Barakaldo Sestao”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 20 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 21 de julio.





TERCERO: Con fecha 2 de agosto, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 030/2023, acordando la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de M.P.N. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, la sentencia 448/2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 del OARC / KEAO, señala que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el supuesto ahora analizado, L.A.B. pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por infringirse los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan el recurso del poder adjudicador a la externalización de servicios y por contar Osakidetza con recursos humanos propios adecuados para la realización del objeto del contrato. Consecuentemente, no cabe duda de que el recurso se fundamenta en un interés legítimo que atañe a los intereses de un determinado



colectivo de trabajadores de Osakidetza que L.A.B. defiende y que se verían satisfechos en el caso de que el recurso se estimara.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro 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) LAB alega que no hay una relación de complementariedad entre el suministro de las botellas y el mantenimiento de las instalaciones fijas de distribución de gases medicinales, lo que incumple el artículo 34.2 LCSP e invalida la fusión de prestaciones propia del contrato mixto. La recurrente afirma



que Osakidetza intenta burlar, mediante la figura del contrato mixto, la limitación de la externalización de servicios establecida en el artículo 13 del Decreto 106/2008, que aprueba el acuerdo regulador de condiciones de trabajo de su personal, perjudicando así al personal que realiza las tareas de mantenimiento, a los que priva de sus funciones. En todo caso, Osakidetza puede recurrir a las fórmulas de contratación de personal adicional de las correspondientes categorías (oficiales de mantenimiento).

b) La justificación de la insuficiencia de medios (artículo 30.3 LCSP) expresada en la memoria del expediente afirma que la Organización de Servicios carece de personal propio habilitado o autorizado para el mantenimiento de las instalaciones objeto del contrato, cuando los propios pliegos no requieren habilitación (cláusula 21.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP).

c) LAB alega que la licitación se produce sin negociación colectiva ni información al personal y sindicatos y con falta total de transparencia a pesar de afectar a los trabajadores cualificados para desempeñar las tareas contratadas; además, se alega que la externalización no garantiza *per se* una mejora en la calidad del servicio ni un menor coste.

d) Finalmente, se solicita declarar contrarios a Derecho tanto el anuncio de licitación como los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) El contrato impugnado es un contrato mixto de suministro y servicio. Se decidió incluir los dos lotes en el pliego porque la mayoría o todas las empresas que suministran gases medicinales también comercializan los servicios de mantenimiento y videovigilancia de las instalaciones correspondientes. Por ello, se ha buscado la mayor concurrencia posible.



b) Los trabajos de mantenimiento del lote 2 suponen medios, conocimientos y habilitaciones profesionales de los que no dispone el personal de la Organización de servicios; desde hace varios años, este mantenimiento lo realizan empresas especializadas en la materia. El personal de Osakidetza realiza diariamente una revisión visual (comprobación de presiones y estado de carga de los depósitos y botellas, sustituyendo estas últimas, en su caso); por el contrario, no intervienen en la zona restringida de depósitos y equipos, ni sustituyen las botellas de los bloques de reserva de aire medicinal. Se alega que las tareas que actualmente realiza el personal de Osakidetza se deberán seguir efectuando tras la adjudicación del contrato impugnado.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por colisionar con el Decreto 106/2008 en el que figura un compromiso de no externalización adquirido por el poder adjudicador que éste pretende eludir incluyendo en el contrato servicios de mantenimiento, lo que infringe el artículo 34.2 LCSP. Además, se alega que Osakidetza cuenta con personal adecuado para esa tarea y que, en su caso, puede contratarlo mediante las fórmulas legales previstas para ello.

Para la resolución del recurso es particularmente relevante la memoria que consta en el expediente, entre cuyo contenido consta lo siguiente:

Este expediente tiene como objeto regular y definir el alcance y condiciones del suministro de los gases medicinales y el mantenimiento de instalaciones de gases medicinales, necesarios para el correcto funcionamiento del Hospital San Eloy. Dada la falta, por parte de Osakidetza, de los medios materiales necesarios para autoabastecerse, se considera necesaria su contratación externa mediante un contrato de suministro. De la misma manera, es necesaria la contratación del servicio de mantenimiento ya que esta OSI carece de personal propio habilitado ni autorizado para realizar el mantenimiento en este tipo de instalaciones. Por todo ello, es necesario proceder a su contratación externa mediante un contrato de servicios.



Asimismo, debe tenerse en cuenta que la letra m) del apartado 10 del Decreto 106/2008 (titulada “Externalización de servicios”) establece lo siguiente:

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.

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, las cuales llevan a la desestimación del recurso por las siguientes razones:

- 1) El contrato ha sido calificado como mixto por contener prestaciones propias del contrato de suministro junto con otras típicas del contrato de servicios. En este caso, el lote 1 comprende el suministro de botellas, mientras que el lote 2 incluye el mantenimiento preventivo de equipos de vacío, centrales de CO₂ y N₂O y sus alarmas y televigilancia. La recurrente alega que se ha infringido el artículo 34.2 LCSP con la intención fraudulenta de eludir la limitación a la externalización de servicios establecida en el Decreto 106/2008. El citado artículo 34.2 LCSP establece que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.
- 2) Este Órgano considera que, con independencia de que se haya infringido o no la normativa sobre el contrato mixto, se trata de una cuestión irrelevante para la resolución del recurso. En este sentido, el perjuicio a los intereses de los trabajadores invocado por LAB procedería, en su caso, de la externalización del servicio de mantenimiento, con



independencia de que la cobertura jurídica sea un contrato de servicios o un contrato mixto que incluya dicho mantenimiento. Igualmente, el artículo 13 del Decreto 108/2006 tampoco circunscribe la limitación de las externalizaciones que establece a las que se instrumentan mediante un contrato de servicios. Por el contrario, este OARC / KEAO entiende que la licitud de la externalización impugnada debe analizarse a partir de la motivación de la necesidad del contrato expresada en el expediente y del contraste entre las características de la contratación y el contenido del artículo 13 del Decreto 109/2008.

- 3) Llegados a este punto, se observa que la justificación de la necesidad e idoneidad de la contratación que figura en la memoria del expediente (artículos 28.1 y 116.4 e) LCSP) se basa en la carencia de “personal propio habilitado ni autorizado”. A juicio de este Órgano, estos términos no deben entenderse en su sentido literal, es decir, que el personal de Osakidetza no disponga de autorizaciones o habilitaciones administrativas necesarias para el legal desempeño de una actividad, sino también de que, de hecho, carece de la capacitación técnica o experiencia práctica adecuada para ejecutar con garantías la prestación demandada (tal y como sugiere, por ejemplo, la respuesta del poder adjudicador).
- 4) Aunque escueta, la explicación resumida en el apartado 3) puede considerarse suficiente para satisfacer los requisitos exigidos por los artículos 28.1 y 116.4 f) LCSP. Debe tenerse en cuenta que, como ya ha indicado anteriormente este Órgano, la mera existencia de una categoría profesional adecuada no supone automáticamente que el personal en ella integrada tenga la capacidad técnica para realizar cualquier tarea concreta de las que en general pueda tener atribuidas (ver, por ejemplo, la Resolución 149/2023 del OARC / KEAO). Por otro lado, según el poder adjudicador, la contratación impugnada no supondrá alteración de las tareas asignadas actualmente al personal de Osakidetza, lo que implicaría inexistencia de perjuicio para la promoción profesional de los empleados públicos.



- 5) La alegación de infracción de la prohibición de externalización establecida en el Decreto 106/2008 no está suficientemente argumentada, en especial en lo relativo a la condición de que el objeto del contrato se refiera a un nuevo área o servicio. Asimismo, la afirmación de que se ha obviado la negociación colectiva y la información al personal es también genérica (prácticamente idéntica a la expuesta en recursos anteriores de LAB) y sin relación con el caso concreto (ver, por ejemplo, la Resolución 133/2023, del OARC / KEAO).
- 6) Finalmente, debe señalarse que, más allá de lo fijado, en su caso, en los acuerdos producto de negociación colectiva, y una vez comprobado que la contratación está justificada y amparada en la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador no está legalmente obligado, además, a organizar los medios personales de sus servicios de la forma y con el alcance demandado por la recurrente (ver la Resolución 226/2023 del OARC / KEAO).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Suministro de gases medicinales y mantenimiento de equipos relacionados para OSI Barakaldo Sestao”, tramitado por Osakidetza.



SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2023ko abenduaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de diciembre de 2023