



EB 2024/202

Resolución 061/2025, de 4 de abril, 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 “Servicio de transporte de órganos y tejidos humanos, así como de los equipos de trasplante para Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de noviembre 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 “Servicio de transporte de órganos y tejidos humanos, así como de los equipos de trasplante para Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 25 de noviembre 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 los días 25 de noviembre de 2024 y 31 de enero de 2025.



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

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

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial 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, en concreto de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos del recurso son, en resumen, los siguientes:

- a) Se argumenta que la memoria justificativa del expediente impugnado contiene afirmaciones falsas y no cumple con el requisito de "debida justificación" exigido por el artículo 30.3 LCSP como requisito de la contratación de servicios. En particular, LAB alega que la mercancía no está clasificada como peligrosa según el Acuerdo ADR 2023 y que ni la empresa ni el conductor precisan de autorización especial (de hecho, según los pliegos no es precisa ninguna habilitación). Si bien las tareas contratadas requieren unas precauciones especiales (protocolos, equipos, registros documentales...), ello no significa que no pueda asumirlas personal propio debidamente formado que atienda a una necesidad estructural y permanente.
- b) Se alega que la justificación de insuficiencia de medios humanos y materiales es infundada, ya que Osakidetza dispone de personal cualificado en sus listas de contratación temporal, conforme al Acuerdo de 21 de julio de 2021.
- c) LAB denuncia el incumplimiento del Decreto 106/2008, de 3 de junio, que recoge un acuerdo de la mesa sectorial de Sanidad (en adelante, Decreto 106/2008), que establece el compromiso de Osakidetza de no externalizar nuevos servicios y de revisar las externalizaciones existentes.
- d) Finalmente, se solicita que se declaren contrarios a Derecho el anuncio de licitación y los pliegos del contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) El transporte de órganos y tejidos humanos puede estar sujeto a la normativa ADR en casos donde los órganos no hayan sido analizados para confirmar la ausencia de patógenos (órganos potencialmente infecciosos) o cuando se

utilicen sustancias peligrosas para su conservación (por ejemplo, hielo seco). Osakidetza no puede cumplir con esta normativa por no dedicarse al transporte de mercancías peligrosas, por lo que son necesarias las directrices establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). El REDMO (Registro de donantes de médula ósea) puede exigir que las empresas encargadas del transporte de médula ósea y de células protectoras hematopoyéticas estén certificadas en el transporte de las mismas. Osakidetza no está en disposición de obtener dicha certificación.

b) Se defiende que la insuficiencia de medios de Osakidetza está debidamente justificada, ya que el transporte de órganos requiere planificación logística, personal cualificado y protocolos específicos que no pueden ser cubiertos por personal de plantilla o temporal. Debe tenerse en cuenta que se precisan profesionales cualificados para servicios puntuales y concretos, y el personal propio estaría inactivo durante muchas horas, aunque la necesidad sea permanente o duradera. Por ello, se considera que la externalización es más eficiente y garantiza la calidad del servicio.

c) Aunque el Decreto 106/2008 establece el compromiso de no externalizar servicios, se argumenta que este ha sido modificado por el Acuerdo de la Mesa General de 2009, publicado por la Orden de 3 de febrero de 2010, de la Consejera de Justicia y Administración Pública, el cual permite la externalización en casos excepcionales o de interés público.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente impugna los pliegos y el anuncio del contrato por entender que:

- no se justifica adecuadamente la prestación del servicio con medios ajenos, como pide el artículo 30.3 LCSP, que 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”.

- el poder adjudicador puede asumir el servicio con sus propios medios.
- el contrato infringe los acuerdos de negociación colectiva vigentes.

Del contenido del expediente es especialmente significativa la memoria justificativa del contrato, que establece lo siguiente:

“JUSTIFICACIÓN DE CONTRATACIÓN DEL SERVICIO

El servicio objeto de contratación se considera necesario para la prestación de asistencia sanitaria en Osakidetza. Para llevar a cabo el servicio, es requerimiento legal que la empresa esté inscrita en el registro de transportistas por la autoridad competente y que los conductores de la empresa dispongan de carnet ADR para el traslado de mercancías peligrosas.

Además, la empresa que preste este servicio debe contar con vehículos adecuados para el transporte de órganos y tejidos, tener las certificaciones necesarias para el transporte de células progenitoras hematopoyéticas (HPC) y médula ósea, y contar con las autorizaciones necesarias para poder operar en la plataforma de los aeropuertos dentro del alcance del contrato. No disponiendo Osakidetza de estas autorizaciones, no siendo posible obtenerlas debido a su naturaleza jurídica y no disponiendo tampoco de medios materiales ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio, se considera idónea la contratación externa.”

Además, la memoria de cumplimiento de condiciones previas para la celebración de contratos de servicios establece lo siguiente:

“La actividad que se pretende contratar es necesaria para la prestación de un servicio que es competencia de la Dirección General.

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.

El servicio a contratar tiene como finalidad transporte de órganos y tejidos humanos y de los equipos de trasplante para Osakidetza. Dicho servicio comprende el transporte de los órganos y

tejidos necesarios para los trasplantes, así como las muestras biológicas que fueran necesarias. El transporte de órganos y tejidos puede llevarse a cabo con o sin las personas que conforman el equipo médico de trasplante.

El servicio objeto de contratación se considera necesario para la prestación de asistencia sanitaria en Osakidetza. Para llevar a cabo el servicio, es requerimiento legal que la empresa esté inscrita en el registro de transportistas por la autoridad competente y que los conductores de la empresa dispongan de carnet ADR para el traslado de mercancías peligrosas.

Además, la empresa que preste este servicio debe contar con vehículos adecuados para el transporte de órganos y tejidos, tener las certificaciones necesarias para el transporte de células progenitoras hematopoyéticas (HPC) y médula ósea y contar con las autorizaciones necesarias para poder operar en la plataforma de los aeropuertos dentro del alcance del contrato. No disponiendo Osakidetza de estas autorizaciones, no siendo posible obtenerlas debido a su naturaleza jurídica y no disponiendo tampoco de medios materiales ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio, se considera idónea la contratación externa.”

A la vista de lo anterior, del resto del contenido del expediente y de las alegaciones de los interesados, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la externalización de servicios

La doctrina aplicada anteriormente por este Órgano en relación con impugnaciones similares a la ahora analizada y su aplicación al caso concreto son las siguientes:

a 1) Doctrina general

Este Órgano se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los requisitos previos a la ejecución de servicios de competencia de las Administraciones con medios ajenos contratados al efecto y sobre los acuerdos de negociación colectiva que limitan el recurso a la externalización (ver, por todas, la Resolución 206/2024 del OARC / KEAO). Los aspectos más significativos de dichos pronunciamientos, a los efectos de la presente Resolución, son los siguientes:

- 1) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 3/11/2011, ECLI:ES:TS:2011:7996, en adelante, “STS de 3/11/2011”), el requerimiento de la “debida justificación” del artículo 30.3 LCSP implica que la necesidad de contratación externa de un servicio 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 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. Esta justificación es un “requisito previo necesario para que la Administración pueda ejercer una potestad administrativa de contratar” (ver el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 3/11/2011). 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”.
- 2) Los Acuerdos de negociación colectiva que limitan la externalización de ciertos servicios son parte del “fondo 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).
- 3) El artículo 13 del Decreto 106/2008 establece que “Osakidetza asume el compromiso de no externalizar o privatizar nuevas áreas o servicios”. Sin embargo, la STSJPV 230/2018, en su Fundamento jurídico quinto, admite la posibilidad de que Osakidetza pueda alegar razones excepcionales que

justifican las externalizaciones en principio prohibidas por el Decreto 106/2008. De hecho, esta norma señala, aunque de modo confuso y contradictorio, que “No obstante, y ante situaciones excepcionales, se priorizará la asunción del área o servicio por el propio Ente Público” (Decreto 106/2008). El Decreto no contiene datos adicionales para poder entender cuáles serían las citadas razones excepcionales que permitirían que ciertos contratos quedaran exentos de la prohibición. Tampoco le consta a este Órgano que las partes signatarias del acuerdo que incorpora el Decreto 106/2008 hayan llegado a pactar una interpretación común del alcance de los límites de la externalización (por ejemplo, en las Comisiones de seguimiento correspondientes u órganos bilaterales similares).

- 4) La falta de referencias normativas claras o de acuerdos interpretativos no han impedido a este Órgano considerar justificado que, excepcionalmente, pueda celebrarse un contrato en principio contrario a la prohibición de externalización. Es el caso, por ejemplo, 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), 16/2023 (alto grado de especialización requerido, situación temporalmente acotada, asistencia puntual a proyectos financiados por los fondos Next Generation) y 230/2023 (el recurso a personal ajeno está vinculado a la disposición de un centro logístico del adjudicatario y la exigencia al poder adjudicador de su contratación separada es desproporcionada).

a 2) Sobre la justificación de la externalización y su compatibilidad con los Acuerdos de negociación colectiva

A la vista de lo expuesto en el apartado a 1) anterior, se observa lo siguiente:

- 1) La explicación de los motivos de la externalización que consta en el expediente satisface suficientemente el requisito de justificación exigido

en el artículo 30.3 LCSP. En este sentido, es particularmente significativo que:

- El PPT exige la aportación de vehículos de especiales características, las cuales son necesarias para la ejecución de la prestación y no parece una opción irracional o fraudulenta contratar su disponibilidad conjuntamente con la del personal, habida cuenta de que deben cumplir prescripciones muy vinculadas al objeto del contrato (control de temperatura, contenedor, homologación para acceso a la plataforma del aeropuerto, etc.).
- El personal conductor debe contar con formación acreditada en el transporte y protocolos relativos al objeto del contrato (cláusula 6.1.1 del PPT), la cual no es exigible al personal propio ni al que figura en las listas de contratación temporal.

2) Aunque se alega la infracción de los límites impuestos a la externalización de nuevos servicios por el Decreto 106/2008, el recurso no señala expresamente que el servicio no estuviera externalizado a la fecha del inicio de la vigencia de dichos límites; tampoco el poder adjudicador hace referencia alguna a esta cuestión. No obstante, este Órgano estima que, en todo caso, concurren circunstancias excepcionales que permiten eludir la prohibición general de externalización de nuevas actividades establecida en el Decreto 106/2008, concretamente las siguientes:

- Como bien indica el recurrente, se trata de una actividad permanente y estructural del poder adjudicador. Esta circunstancia ha sido considerada por este Órgano como un indicio claro de la imposibilidad de externalización a la vista del texto del Decreto 106/2008 (ver, por ejemplo, la Resolución 206/2024 del OARC / KEAO). No obstante, es relevante que, como indica Osakidetza, la demanda de la prestación no es continua, sino puntual y muy difícilmente previsible, lo que implicaría la dedicación al servicio de personal que estaría a la espera durante una gran parte de su tiempo de trabajo. Esta circunstancia

hace que exigir la asunción del servicio con medios propios de Osakidetza sea desproporcionado respecto a la finalidad del Decreto 106/2008.

- Por otro lado, se observa que, en los cometidos específicos de los puestos funcionales que LAB considera como adecuados para el desempeño del servicio figura el transporte de personal sanitario, pacientes o material de servicios generales, pero no el de un objeto tan peculiar como los órganos o tejidos humanos. Ello descarta que la prohibición de la externalización cumpla aquí una de sus finalidades básicas, la defensa de la promoción profesional de los trabajadores de Osakidetza, la cual podría verse ampliada si el servicio no se prestara con medios ajenos.

b) Conclusión

A la vista de lo expuesto en la letra a) anterior, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 en materia de contratación interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (L.A.B.) contra el anuncio de licitación y los pliegos del contrato “Servicio de transporte de órganos y tejidos humanos, así como de los equipos de trasplante 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, 2025eko apirilaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de abril de 2025