



EB 2023/039

Resolución 094/2023, de 22 de mayo, 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 (LAB) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Mantenimiento y conservación de inmuebles y obras menores en la OSI Barrualde – Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de febrero 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 interpuesto por LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (en adelante, LAB) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Mantenimiento y conservación de inmuebles y obras menores en la OSI Barrualde – Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 23 de febrero 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 el día 28 de febrero.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 12/2023, de 16 de marzo, este Órgano acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación, sin afectar al plazo de presentación de ofertas.





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 adelante, “sentencia 448/2015”), 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 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. No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador, que considera que la legitimación de la recurrente podría quedar en entredicho porque invoca el incumplimiento del artículo 30.3 de la LCSP (justificación de la insuficiencia de medios propios) sin haber acreditado que Osakidetza incumpla las obligaciones sociales y laborales con sus trabajadores o que las tareas externalizadas sean asumibles por la



Organización. A juicio de este Órgano, una vez establecido el “interés específico” del que habla la sentencia 448/2015, el incumplimiento de las citadas obligaciones o la posibilidad o la viabilidad de la externalización solo serán relevantes, en su caso, como cuestiones de fondo, pero no afectan a la legitimación activa.

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

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) La externalización no está justificada porque Osakidetza dispone de personal con la categoría adecuada para realizar las tareas del contrato; concretamente, se cita a los oficiales de mantenimiento de carpintería, eléctrico, instalaciones, mecánico, pintura y fontanero, categorías todas ellas integradas en la Oferta Pública de Empleo.
- b) Según el recurrente, la justificación de la externalización, que señala que no se disponen de medios humanos y materiales, es “vacía y estereotipada” y no satisface lo exigido por el artículo 30.3 de la LCSP, tal y como ya se señala en la Resolución 35/2022 del OARC / KEAO.
- c) La licitación se produce en ausencia de negociación colectiva e información al personal y a los sindicatos, lesiona el derecho de los trabajadores de acceder a los puestos correspondientes y no garantiza mayor calidad del servicio ni un menor coste del mismo.
- d) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, declarando contrario a Derecho el anuncio de licitación y los pliegos, en los términos alegados en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) El hecho de que Osakidetza disponga de personal con las categorías profesionales que se alegan no prueba que el objeto del contrato pueda ejecutarse por dicho personal; así, el recurrente no relaciona dichas categorías con la prestación contractual ni prueba qué afectación puede tener el expediente impugnado para dicho personal, ya que el temario de las oposiciones no establece el tipo de tareas que desempeñará, ni la obtención de la plaza les convierte en expertos cualificados para ejecutar las tareas objeto del contrato. Por otro lado, el contrato incluye, además de la mano de obra, la aportación de materiales.



b) Por lo que se refiere a la justificación de la contratación, Osakidetza alega que, además de la memoria, debe considerarse que los pliegos señalan que la OSI Barrualde – Galdakao se compone de 78 centros dispersos que, por su uso continuado, requieren de pequeñas actuaciones de conservación, mantenimiento y adecuación a la legislación vigente; asimismo, se señala que el contrato no se divide en lotes por la importancia de la coordinación de los capítulos que lo componen, por lo que la división dificultaría y encarecería la ejecución de la prestación.

c) La alegación de falta de negociación e incumplimiento de acuerdos no está relacionada con el expediente ni con la LCSP; en todo caso, se alega que la Dirección de la OSI ha informado a los sindicatos de las sucesivas contrataciones de servicios. Por otro lado, el objeto del expediente impugnado viene licitándose desde el año 2001 y está recogida entre los servicios que pueden contratarse según la vigente Instrucción sobre buenas prácticas en la contratación de servicios. La consideración de que se infringen los principios de igualdad, mérito y capacidad en la adjudicación de los puestos de trabajo y de que no se garantiza mayor calidad y menor coste en la ejecución del servicio es tan solo una declaración formal.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente plantea que los pliegos y el anuncio de licitación deben anularse por considerar que no está debidamente justificada la necesidad de la externalización habida cuenta de que Osakidetza dispone de personal propio capacitado para gestionar las labores especificadas en los pliegos o, en su caso, puede incorporarlo a su plantilla.

Particularmente relevante para el objeto del recurso es la memoria del expediente, cuyo contenido, en lo que se refiere a la necesidad de la contratación y la carencia o insuficiencia de medios externos, es el siguiente:



El servicio objeto de contratación se considera necesario para el mantenimiento y conservación de inmuebles y obras menores a ejecutar en las dependencias e instalaciones de la OSI B-G ESI. No disponiendo de medios materiales ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio se considera idónea la contratación externa.

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 las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión, las cuales llevan a la estimación parcial del recurso por las siguientes razones, muy similares a las que ya fundamentaron las Resoluciones 35 y 207/2022 y 90/2023 del OARC / KEAO:

- 1) El examen del recurso debe partir de lo dispuesto en la STSJ PV 203/2018, invocada por el recurrente y dictada en relación con las Resoluciones 24, 29 y 45/2017 de este OARC / KEAO, que estimaban los recursos especiales contra los pliegos rectores de los contratos relativos a la “Gestión del servicio de alimentación, cafetería, vending del Hospital de Urduliz”, al “Servicio de lavado, planchado, costura y suministro de ropa no quirúrgica, quirúrgica y lavado y suministro de zuecos quirúrgicos del Hospital de Urduliz” y del “Servicio de Limpieza de centros de la OSI Uribe”. En dicha sentencia se manifiesta lo siguiente en relación con la exigencia de que en la fase preparatoria del expediente de contratación se justifique la necesidad del contrato:

Situados en la primera fase del expediente de contratación, la preparatoria, en la que se sientan las bases del contrato y concluye con un acto de aprobación, dando paso a la segunda fase, de selección y adjudicación del contrato, el mentado artículo 109 regula el inicio y contenido del expediente, disponiendo en su apartado 1 que *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley"*.

Con arreglo a este último precepto *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser*



determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

Si acudimos al expediente administrativo y su ampliación, se observa que en cada uno de los tres expedientes de contratación se incorpora la correspondiente "memoria"; todas ellas, previa determinación del tipo de procedimiento (abierto), el plazo de duración y los criterios de valoración de las ofertas, incluyen, en lo que ahora interesa, un mismo párrafo del siguiente tenor:

"El servicio objeto de contratación se considera necesario para la prestación de asistencia sanitaria en esta organización de servicios. No disponiendo de medios materiales, ni humanos necesarios para llevar a cabo dicho servicio. Teniendo en cuenta que dicho servicio no forma parte de la actividad principal de nuestra organización y dado que existen en el mercado empresas en la que esta actividad constituye su competencia básica, con inversiones, experiencia y habilidades organizativas que les permiten realizar más eficientemente este servicio, se considera idónea la contratación externa".

Explicación que se revela a todas luces insuficiente para cumplir con el deber de motivación que imponen los preceptos transcritos, hasta el punto de que, por su generalidad y abstracción, sirve para justificar la provisión externa de cualesquiera de los servicios que se presten en sus centros, dejando a salvo la actividad estrictamente sanitaria; no controvertido que los servicios objeto de contratación son *necesarios* para el cumplimiento y realización de los fines propios y estratégicos de Osakidetza, como afirma su defensa, viene obligado el ente público a motivar la *necesidad* de externalización de esos servicios auxiliares o complementarios, aún con mayor rigor, si cabe, 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) Las disposiciones citadas en esta sentencia, si bien se refieren al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), permanecen redactadas en lo sustancial de igual forma en la vigente LCSP. Así, el artículo 116.1 de la LCSP, en igual sentido que el artículo 109.1 del TRLCSP, dispone que "La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante", mientras que el artículo 28.1 de la LCSP, al igual que el artículo 22 del TRLCSP, dispone que Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado,



así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. A estas disposiciones se ha de sumar que, en el caso de los contratos de servicios, el artículo 30.3 LCSP establece que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración con sus propios medios, y que se podrá contratar cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente (sobre el alcance de este requisito, ver la sentencia del Tribunal Supremo de 3/11/2011, ECLI:ES:TS:2011:7996, en adelante, “STS de 3/11/2011”). Asimismo, el artículo 116.4.f) de la LCSP exige que en la fase preparatoria de los contratos de servicios se incluya un informe que justifique adecuadamente la insuficiencia de medios que determina la necesidad de acudir a la contratación externa.

- 3) De lo expresado en los números 1) y 2) anteriores se desprende que el contenido de la memoria no satisface los citados requisitos de justificación, pues la única mención a la carencia o insuficiencia de los recursos humanos propios es el párrafo reproducido más arriba. Esta explicación no da plena razón del proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador a adoptar el acto concreto recurrido, ya que ni siquiera hace referencia al expediente impugnado ni a las concretas circunstancias que en él concurren y es una fórmula aplicable a cualquier contrato de servicios que se limita a dar por cierto lo que se trata de justificar. Consecuentemente, no puede considerarse satisfecho el requerimiento de justificación de la necesidad de la contratación de medios externos, que debe desvirtuar la preferencia legal por el uso de los medios propios.
- 4) Debe señalarse que este Órgano no discute la potestad de autoorganización de la que dispone Osakidetza para gestionar los servicios de su competencia, decidiendo, entre otras cosas, si deben prestarse con medios propios o contratados al efecto. Sin embargo, dicha



potestad discrecional tiene como límite el respeto del ordenamiento jurídico que, en el presente caso, se ha traspasado al infringir las normas reguladoras del contenido del expediente (artículo 116.4 f) en relación con los artículos 28.1 y 30.3, todos ellos de la LCSP).

- 5) La estimación de la falta de la debida justificación de la insuficiencia de medios conlleva la anulación de los pliegos y el anuncio de licitación y la cancelación de la licitación por suponer la falta de 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). No obstante, este pronunciamiento no prejuzga el que este Órgano pudiera emitir sobre un recurso contra un nuevo procedimiento para contratar la misma prestación (en su caso, regido por los mismos pliegos) a la vista de la justificación que se aporte en los términos legalmente previstos.

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 y el anuncio del contrato “Mantenimiento y conservación de inmuebles y obras menores en la OSI Barrualde – Galdakao”, tramitado por Osakidetza, anulando los pliegos y el anuncio de la licitación y cancelando el procedimiento de adjudicación.

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



TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución

QUINTO: 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 maiatzaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de mayo de 2023