



EB 2019/047

Resolución 088/2019, de 9 de mayo de 2019, 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 ESK SINDIKATUA (EZKER SINDIKALAREN KONBERGENTZIA) contra los pliegos del contrato “Servicio de Limpiezas Especiales con Destino al Hospital Alfredo Espinosa de Urduliz de la OSI Uribe”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de marzo de 2019 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 ESK SINDIKATUA (EZKER SINDIKALAREN KONBERGENTZIA) (en adelante, ESK) contra los pliegos del contrato “Servicio de Limpiezas Especiales con Destino al Hospital Alfredo Espinosa de Urduliz de la OSI Uribe”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – OSAKIDETZA (en adelante, Osakidetza).

SEGUNDO: Con fecha 11 de marzo 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 los días 13 y 29 de marzo.





TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados el día 2 de abril, no se ha recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de D.J.M.S. para actuar en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, es aplicable la doctrina asentada por este Órgano en sus Resoluciones 24, 29 y 45/2017, confirmadas por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2018, número 230/2018 (en adelante, “sentencia 230/2018”) y referidas a recursos en los que los motivos impugnatorios aducidos eran muy similares a los expuestos ahora; en ellas se admitió la legitimación sindical con los siguientes argumentos:

- la recurrente basa su legitimación para la interposición del recurso en su interés en el cumplimiento de los acuerdos que se derivan de la negociación colectiva cuyo contenido se opone al de los pliegos impugnados y, en general, en la defensa de los intereses de los trabajadores, perjudicados por la externalización que el contrato impugnado supone.
- en el Fundamento de Derecho Cuarto de 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 de este OARC / KEAO, se 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, ESK pretende, en resumen y sin perjuicio del detalle que luego se expondrá, que se anulen los pliegos por no respetar los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan o impiden el recurso a la externalización de servicios; no cabe duda de que asegurar el carácter vinculante de la negociación colectiva es un interés legítimo conectado claramente con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados.

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 (ver también el último párrafo del Fundamento jurídico cuarto de la sentencia 230/2018).

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) El objeto del contrato es el servicio de limpieza de cristales (exteriores, accesos y patios interiores), abrillantado del pavimento de la escalera del hall principal, paneles de madera del hall de entrada, limpieza de campanas y filtros de la cocina del hospital; ESK considera que se trata de una externalización de servicios no ajustada a Derecho por oponerse al Decreto 106/2008, que aprueba el Acuerdo alcanzado en la Mesa sectorial de Sanidad (en adelante, “Decreto 106/2008”).
- b) Se alega que no hay una situación excepcional que obligue a dicha externalización y que se infringe el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que garantiza el cumplimiento de los acuerdos producto de la negociación colectiva.
- c) Finalmente, solicita la anulación del anuncio de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de Osakidetza

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) Aunque actualmente el servicio de limpieza del Hospital se presta con personal propio, las tareas objeto del contrato impugnado exceden del ámbito funcional y la cualificación técnica de dicho personal, ya que se trata de



funciones muy específicas no contempladas en el manual de organización de puestos funcionales de Osakidetza y que requieren el uso y manejo de equipos y máquinas especiales, así como de productos tóxicos cuyo empleo exige cuidados también especiales; la excepcionalidad de los servicios contratados se mide también por el escaso porcentaje del gasto total en limpieza del centro que supone su valor estimado.

b) En cumplimiento de los artículos 28 y 116 de la LCSP, la memoria de inicio del expediente detalla el contenido de las limpiezas objeto del contrato; de ella se deduce que se trata de prestaciones necesarias, extraordinarias y que no pueden ser asumidas con los recursos técnicos y humanos de los que dispone el poder adjudicador, resultando además inconveniente e imposible su reorganización; además, se cumple con la Instrucción Séptima de las “Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios”, aplicables a Osakidetza.

c) El poder adjudicador alega la potestad de autoorganización de la Administración y que es aplicable el artículo 6 del Acuerdo de la Mesa General de negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sobre incrementos retributivos para el año 2010 y 2011 y medias en relación con el empleo público (en adelante, Acuerdo de Mesa General), que no permite entender que se opte exclusivamente por la “no externalización” y que no descarta el recurso a medios externos.

d) Osakidetza considera que no puede identificarse el concepto “nueva actividad” con centro o servicio de nueva creación o apertura, sino que este término debe interpretarse de manera amplia, genérica y única para abarcar cada tipo de actuación de cada entidad, y que por ello sería extrapolable a las demás entidades que quieran celebrar después el mismo tipo de contrato.

e) Se alega que la sentencia 230/2018, que confirma las resoluciones del OARC / KEAO que estiman recursos similares al analizado y cancelan varias licitaciones, no señala sin embargo que se hayan infringido los acuerdos de



negociación colectiva que limitan la externalización, ni el EBEP, aunque sí afirma que se ha incumplido el deber de motivar la contratación de servicios externos establecida en los artículos 22 y 109 del TRLCSP.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de lo anterior, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello, las cuales deben partir de lo establecido en la sentencia 230/2018, que resuelve litigios similares al ahora analizado; en concreto, es necesario verificar los motivos alegados por el poder adjudicador para proceder a la contratación impugnada y contrastarlos con los acuerdos producto de la negociación colectiva que limitan la externalización (Decreto 106/2008 y Acuerdo de Mesa General).

a) Sobre la motivación de la necesidad de la contratación

En síntesis, Osakidetza indica en la memoria de inicio del procedimiento de adjudicación que la contratación es obligada por la alta especialización técnica necesaria para la ejecución del contrato, que supera con mucho la que precisa el personal propio para sus tareas habituales, siendo inconveniente e imposible la reorganización de dicho personal. Asimismo, se alega, como argumento para medir la excepcionalidad de la externalización, el escaso importe del contrato en relación con el gasto global del contrato de limpieza integral del Hospital que fue anulado por la Resolución 45/2017 del OARC / KEAO.

b) Sobre el alcance de la limitación de la externalización

A falta de la interpretación que las partes signatarias dan a los Acuerdos, plasmada en los foros bilaterales en ellos previstos (ver, por ejemplo, la Comisión de Seguimiento señalada en el punto 6.4 del Acuerdo de Mesa General), deben formularse las siguientes observaciones al respecto:



b 1) Sobre la sentencia 230/2018

De esta sentencia son especialmente interesantes, por su aplicación al caso concreto, los siguientes aspectos:

- como bien señala Osakidetza, la base del sentido de la sentencia no es la infracción de los acuerdos de negociación colectiva (los motivos planteados al respecto quedan “imprejuzgados”, según señala el Fundamento jurídico sexto), sino la omisión en el expediente de la preceptiva motivación de la necesidad del contrato, exigida por los artículos 22.1 y 109.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (equivalentes a los actuales artículos 28.1 y 116.4 e) de la LCSP), cuestión planteada por el propio Tribunal (ver el Fundamento jurídico quinto de la sentencia 230/2018).
- la motivación de la externalización de los servicios debe ser especialmente rigurosa habida cuenta de que se 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”.
- la sentencia abre la posibilidad, en su Fundamento jurídico quinto, de que Osakidetza pueda invocar en el expediente de contratación alguna circunstancia específica concurrente que pueda motivar la excepcionalidad que permitiría las contrataciones de servicios que tengan por objeto actividades no implantadas o que implantadas no estuvieran contratadas a fecha 1 de enero de 2010 (fecha de inicio de la vigencia del Acuerdo de Mesa General). A juicio de este Órgano, ello implica que el TSJPV parece entender que la prohibición de externalización admite excepciones debidamente justificadas, dado que, de lo contrario, sería completamente irrelevante reprochar la falta de una motivación que, de aportarse, tampoco permitiría fundamentar una contratación incluida en el ámbito objetivo de los Acuerdos.



b 2) Sobre las finalidades de la limitación de la externalización

Es oportuno recordar que dicha limitación obedece a dos finalidades. En primer lugar, responde a una cierta concepción del sector público que opta por la asunción de los servicios a los ciudadanos con personal propio como un “valor preferente” (Acuerdo de la Mesa General) o como una muestra de la apuesta por un “sistema global de nuestro sistema sanitario” (Decreto 106/2008); además, desde el punto de vista sindical, se trata de dar estabilidad y mayores posibilidades de promoción y movilidad a los empleados públicos (o aspirantes a serlo) que desempeñen las funciones objeto de externalización.

c) Sobre la suficiencia de la motivación de la externalización

A juicio de este OARC / KEAO, la justificación de Osakidetza, analizada en su globalidad y desde la perspectiva señalada en las letras a) y b) anteriores, es suficiente para sustentar la legalidad del acceso a la externalización en este caso concreto por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Habida cuenta de que se trata de una actividad puntual y de escasa importancia económica si se considera dentro de la totalidad de los servicios de limpieza que precisa el Hospital, que además no repercute directamente en la atención a la ciudadanía, no parece que la externalización sea incompatible con la visión de los servicios públicos que los acuerdos dicen defender.
- 2) La alta especialización necesaria para la ejecución del contrato permite descartar razonablemente la posibilidad de que el personal propio realice las funciones descritas en el contrato o que vaya a procederse a una ampliación o reorganización de la actual plantilla y de las funciones atribuidas a los actuales puestos. Debe tenerse en cuenta que la prestación contratada requiere cualificación específica en destrezas tales como el trabajo en altura o en el manejo de medios técnicos de los que no dispone Osakidetza.



d) Conclusión

A la vista de todo ello, este Órgano entiende que la contratación está suficientemente justificada y no infringe los acuerdos de negociación colectiva que limitan el recurso a la externalización de servicios.

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 ESK SINDIKATUA (EZKER SINDIKALAREN KONBERGENTZIA) contra los pliegos del contrato “Servicio de Limpiezas Especiales con Destino al Hospital Alfredo Espinosa de Urduliz de la OSI Uribe”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko maiatzaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de mayo de 2019