



EB 2021/039

Resolución 076/2021, de 7 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 BIZKORTZEN, S.LU. contra los pliegos del contrato “Organización y gestión de las colonias abiertas Eguzkitan Blai y colonias deportivas (lote 2)”, tramitado por Kulturnieta, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de marzo de 2021 BIZKORTZEN, S.L.U. 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 contra los pliegos del contrato “Organización y gestión de las colonias abiertas Eguzkitan Blai y colonias deportivas (lote 2)”, tramitado por Kulturnieta, S.A.

SEGUNDO: El mismo día 4 de marzo se solicitaron al poder adjudicador 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), que fue recibida el día 12 de marzo.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados el día 17 de marzo, no se ha recibido ninguna.





CUARTO: Con fecha 18 de marzo, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 102021, por la que se acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de B.B.P., que actúa en nombre de la recurrente. Igualmente, este Órgano estima que BIZKORTZEN tiene legitimación activa para la interposición del recurso por las siguientes razones:

- 1) La legitimación activa requiere que de la estimación de la impugnación el recurrente obtenga la satisfacción de un interés tangible distinto de la satisfacción moral o del mero cumplimiento de la legalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).
- 2) En este caso, la pretensión consiste en incluir en el listado de personal subrogable del contrato (artículo 130 de la LCSP) a los trabajadores de la empresa recurrente, que ejecutan la prestación actualmente y tienen derecho a la citada subrogación de acuerdo con el convenio colectivo correspondiente.
- 3) El éxito de la pretensión significaría que, en el caso de que el lote 2 del contrato se adjudicara a otra empresa, la recurrente podría liberarse de la responsabilidad empresarial sobre una parte de su plantilla que ya no tendría funciones asignadas sin que ello le sea económicamente gravoso y sin tener que reorganizar sus recursos humanos, lo que sin duda es un interés tangible real que cualifica su legitimación activa para interponer el presente recurso especial.
- 4) En el mismo sentido de lo argumentado en el apartado 3) anterior, es la propia BIZKORTZEN la que en su recurso alega que, a pesar de no



haberse presentado a la licitación, “está legitimada para para presentar el recurso especial debido a que la no inclusión de la lista de subrogación en el lote 2, supone tener que asumir esta empresa la correspondiente liquidación, a pesar de existir un claro derecho de los trabajadores a ser subrogados.”

A la vista de lo anterior, debe señalarse que la legitimación no radica en este caso en el interés propio de un operador económico interesado en la adjudicación del contrato. Dicho operador requeriría que consten en los pliegos la obligación de subrogación y su alcance, tal y como establece el artículo 130 de la LCSP, para que todos los licitadores elaboren y presenten sus proposiciones con conocimiento de los posibles costes laborales (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2019 del OARC / KEAO).

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que 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. En el caso que ahora nos ocupa, el recurrente, en fecha 9 de febrero de 2021, presentó escrito solicitando la modificación de los pliegos que han de regir la licitación ante el Ayuntamiento de Urnieta y que fue remitido a Kulturnieta S.A., órgano de contratación.

Kulturnieta S.A. desestimó la solicitud de modificación de los pliegos solicitada por Bizkortzen S.L.U. No obstante, se ha de indicar que el citado escrito presentado el 9 de febrero no se trataba de una aclaración, queja o sugerencia,



sino que tenía el contenido de un recurso especial en materia de contratación y tal consideración debió de darle el órgano de contratación en vez de proceder a su desestimación. A este respecto, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 115.2 establece que el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

En consecuencia, el recurso recae sobre los pliegos, no pudiendo privarse al recurrente del derecho que a ello le asiste.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

Los pliegos fueron publicados en el perfil del contratante en fecha 29 de enero de 2021 y, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, el 9 de febrero Bizkortzen S.L.U. presento escrito impugnando su contenido, a pesar de que Kulturnieta S.A. no lo tramitó por el cauce de recurso especial. Por tanto, conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso debe entenderse interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Kulturnieta S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

El recurso solicita, en síntesis, que se incluya en la referencia de los pliegos al personal con derecho a subrogación a los trabajadores de BIZKORTZEN (actual contratista) que ejecutan el servicio de campamentos deportivos de verano; el recurrente alega para ello la remisión que el convenio colectivo de



locales y espectáculos de Gipuzkoa hace al convenio estatal de instalaciones deportivas.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando que en el contrato del que BIZKORTZEN es adjudicatario el poder adjudicador es el Ayuntamiento de Urnieta (no la sociedad Kulturnieta), que la fecha del último contrato menor suscrito con BIZKORTZEN es el 30 de julio de 2019 (por lo que no hay continuidad del servicio) y su objeto no incluye las colonias deportivas de verano.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26/10/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:3449, que estima parcialmente un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 del OARC / KEAO. De ella se deduce que, aun cuando concurra un interés legítimo en impugnar el contenido de los pliegos (o, como en este caso, una omisión de los mismos), dicho interés no es por si solo el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que se pueda limitar su clausulado; para que esa limitación se produzca será preciso que las cláusulas contractuales recurridas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre los intereses del recurrente.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada satisfaría los intereses del recurrente. Téngase en cuenta que los pliegos cuya modificación se solicita no son el instrumento legal que regula la subrogación y su alcance, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), sino que únicamente se limitan a reflejarla en el caso de



que dicha subrogación sea legal o convencionalmente aplicable, cuestión esta última sobre la que la decisión del OARC / KEAO no puede incidir. La conclusión sería distinta si el interés invocado por el recurrente hubiera sido el propio de un operador económico interesado en presentar una oferta; en ese supuesto, dicho operador requeriría la constancia en la documentación contractual de la información necesaria para que las proposiciones se elaboraran con conocimiento de los costes laborales derivados de la adjudicación del contrato, que es el propósito del artículo 130 de la LCSP. Como ya se ha señalado en el Fundamento de Derecho primero, no es éste el título de legitimación exhibido por BIZKORTZEN que, además, conoce perfectamente los citados costes.

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 BIZKORTZEN, S.LU. contra los pliegos del contrato “Organización y gestión de las colonias abiertas Eguzkitan Blai y colonias deportivas (lote 2)”, tramitado por Kulturnieta, S.A.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.



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, 2021eko maiatzaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de mayo de 2021