



Expte.: R-48/2017

ACUERDO 56/2017, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, contra los pliegos de la licitación “Contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas durante el curso 2017-2018”, del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 1 de julio de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el pliego para la Contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas durante el curso 2017-2018, del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.

SEGUNDO.- El día 11 de julio de 2017, ANET presenta reclamación en materia de contratación pública en la que alega la infracción de las normas de publicidad, transparencia y concurrencia que rigen la licitación y solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

En primer lugar señala la reclamante que la Administración debe facilitar la información laboral precisa cuando el convenio contempla la subrogación empresarial, como sucedería en la licitación impugnada.

El Convenio del Sector del Transporte de Viajeros por Carretera de Navarra (BON nº 140, de 21 de julio de 2015), en su artículo 33 contempla expresamente la subrogación en servicios de transporte escolar de más de nueve plazas, por lo que considera ANET que *“tanto el anuncio de licitación como los pliegos y documentos anexos, debieron acompañar y relacionar los trabajadores, categorías, convenios,*

horarios, condiciones etc, del personal de las actuales adjudicatarias, de tal forma que, al no hacerlo, vulnera de forma manifiesta los antedichos principios de transparencia, publicidad e igualdad y no discriminación entre los licitadores, los cuales se ven absolutamente incapaces de conocer que personal habrán de subrogar y, en consecuencia, al mismo tiempo, de elaborar una oferta económica sería, real, rentable y competitiva.”

En segundo término, alega el reclamante que los precios por acompañante fijados por el órgano de contratación incumplen el convenio colectivo del sector, suponiendo por ello, una clara infracción del artículo 35.1 de la LFCP, el cual dispone que *“los contratos tendrán siempre un precio cierto, adecuado al mercado.”*

Así, en el presente caso, el precio de los acompañantes fijado por el órgano de contratación por servicio es inferior al coste hora de dicho personal de acuerdo al Convenio Sectorial aplicable en aquellos casos en los que el tiempo del servicio es superior a 55 minutos; por lo que en conclusión, *“cualquier servicio con una duración superior a los 55 minutos incumple las retribuciones mínimas establecidas en el Convenio Sectorial aplicable, lo que solo puede conducir a la anulación de los pliegos por incumplimiento del artículo 18 de la Directiva 24/2014/UE, así como del artículo 35 de LFCP”.*

En tercer lugar, ANET fundamenta su reclamación en la falta de motivación y de estudios económicos para la determinación de los precios máximos/día de referencia.

Señala la reclamante que en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas se fijan los precios máximos/día, IVA incluido, en función de la capacidad de los autobuses, si estos se encuentran adaptados o no y si van o no acompañante de transporte; haciéndose aplicación de estos precios en el anexo I del referido Pliego de Prescripciones Técnicas para cada uno de los lotes en que se articula la contratación.

Pero según la misma *“la determinación de los precios se ha realizado sin ofrecer ninguna explicación sobre los parámetros o criterios objetivos de cálculo utilizados para fijarlos y que son congruentes con los costes y beneficio empresarial*

inherentes a las actividades de transporte a desarrollar, explicación tanto más necesaria si se considera que para las rutas de transporte escolar no urbanas dichos precios suponen una rebaja que puede llegar hasta el 30% de los precios practicados en anteriores contrataciones.”

Por último, alega que se ha producido incumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos, ya que la Cláusula 13.e) del Pliego impone a los adjudicatarios la obligación de entregar a las Direcciones de los Centros Escolares, los nombres y apellidos junto a su D.N.I, teléfono móvil y correo electrónico de contactos de los conductores y acompañantes asignados a cada lote “en el caso de haber presentado el compromiso a que se hace referencia en la cláusula 8 (apartado 3.5)”, es decir, mantener durante todo el contrato a los mismos conductores y acompañantes.

Considera la ANET que *“dicha estipulación resulta contraria a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, en cuanto que obliga a los adjudicatarios a entregar datos personales de sus trabajadores, no ya a la Administración, sino a la dirección de centros escolares, lo que les otorga a éstos, además, la capacidad incluso de tomar sobre los conductores y acompañantes decisiones de actuación y ejecución que no compete a los centros escolares.”*

En consecuencia, solicita la nulidad del procedimiento de contratación.

TERCERO.- El 18 de julio de 2017 el Departamento de Educación aporta el expediente de contratación, sin realizar pronunciamiento alguno en orden a la petición de suspensión realizada por el reclamante.

CUARTO.- El día 19 de julio de 2017, se procede a notificar el Acuerdo 44/2017, de 19 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento formulada por la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET) frente al pliego de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de Contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más

de 9 plazas durante el curso 2017-2018, del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.

En dicho Acuerdo, señala el Tribunal que *“de acuerdo con el artículo 211.1 LFCP, los interesados podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra la adopción de medidas cautelares para corregir una infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Por lo tanto, es necesario examinar cuáles son los intereses afectados para determinar en qué medida la no adopción de la suspensión que solicita el reclamante podría causar algún perjuicio. Al respecto debemos tener en cuenta que la finalidad de las medidas cautelares es garantizar que lo resuelto en el proceso principal sea satisfecho. Por eso, la medida cautelar ha sido entendida como un instrumento procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada no sólo en el plano jurídico, sino también fáctico. El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la resolución del recurso de forma definitiva. El riesgo tiene que venir causado por la demora en el proceso y debe ser inminente. Al mismo tiempo es necesario que concurra la apariencia de buen derecho, presentando el reclamante indicios de que sus pretensiones son adecuadas a Derecho. El reclamante funda su solicitud en la circunstancia de que la información aportada por el pliego es por un lado insuficiente para formular su oferta y por otro lado, en caso de realizarse aún sin la necesaria información, habría de ser ilegal puesto que los precios máximos por día no cumplen con las exigencias de retribuciones del convenio colectivo sectorial. A juicio de este Tribunal, existen indicios de verosimilitud en las pretensiones del reclamante por lo que en aplicación de la doctrina fumus boni iuris, resulta procedente estimar la solicitud en relación con la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.”*

Frente a esta decisión del Tribunal no cabe recurso alguno.

QUINTO.- Con fecha 29 de agosto de 2017, el Departamento de Educación presenta, de forma extemporánea, escrito de alegaciones oponiéndose a la reclamación

interpuesta, indicando, en este sentido, que aplicación de la subrogación empresarial no depende de que en los pliegos se recoja expresamente ni corresponde a la Administración la interpretación de las cláusulas recogidas en los convenios colectivos; añadiendo que no cabe en este supuesto la aplicación del Acuerdo Marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, por cuanto no prevé la subrogación en el transporte escolar, y que existen dudas sobre la aplicación del Colectivo del sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra, por cuanto su ámbito de aplicación se refiere a todas las empresas de Transporte de Viajeros por Carretera en Navarra, y a las que, residiendo en otro lugar tengan establecimientos en la Comunidad Foral, en cuanto al personal adscrito a ellas que preste servicios en Navarra.

Asimismo apunta que no existe apariencia de subrogación empresarial, toda vez que las rutas han cambiado y que es imposible que dadas las condiciones del servicio se cumplan los requisitos establecidos en el convenio. Sobre la obligación de la entidad contratante de solicitar y publicar los datos que sobre tal extremo suministren los actuales adjudicatarios, indica que supondría dejar al arbitrio de dichas empresas el establecimiento del precio del contrato. Finalmente apunta, al respecto, que si en algún caso se acredita el cumplimiento de los requisitos del convenio y por ende la obligación de aplicar la subrogación y en su caso de asumir costes laborales sustancialmente superiores, la adjudicataria podrá renunciar al contrato o incluso solicitar el reequilibrio económico del contrato.

En relación con la determinación del presupuesto del contrato, señala que los convenios colectivos no vinculan a la Administración a estos efectos, si bien constituyen una fuente de conocimiento, aunque no la única, a efectos de determinar el valor de mercado; e indica que sí se ha realizado un estudio económico para determinar de manera adecuada los precios máximos /día.

Finalmente, en relación con la vulneración de la Ley Orgánica de Protección de Datos señala que la entrega a las direcciones de los centros escolares de los datos correspondientes a los conductores y acompañantes asignados a cada lote resulta exigible en la medida en que se haya comprometido al mantenimiento de los mismos

durante toda la ejecución del contrato, de forma que tiene carácter voluntario para los licitadores; apuntando, además, que el objetivo no es otro que garantizar la mejor prestación del servicio facilitando la inmediatez de las comunicaciones entre los trabajadores y los responsables de los centros educativos, y que la Administración puede y debe solicitar los datos personales de los trabajadores que considere necesarios para el correcto funcionamiento del servicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de licitación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

SEGUNDO.- Tal y como ha señalado de forma reiterada este Tribunal – por todos, Acuerdo 14/2016, de 10 de marzo -, encontrándonos ante una reclamación frente a la licitación de un contrato público la legitimación debe ser entendida de forma amplia, poniendo en relación el artículo 210, apartado 1, de la LFCP con el artículo 4, apartado 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y aplicando la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 20 de mayo de 2008) y el Tribunal Constitucional (Sentencia de 19 de mayo de 2000) sobre la materia.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 273/2012, de 30 de noviembre, señala que *“No parece que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso (...) En este supuesto en concreto, la recurrente es una asociación representativa de intereses colectivos de las empresas españolas dedicadas al sector de (...), por lo que parece claro que en defensa del interés colectivo del sector pueda impugnar un pliego de cláusulas administrativas sobre la base de considerar inviable económicamente el contrato que pudiera resultar*

del procedimiento de licitación que aquel regula. De ahí que exista esa relación unívoca y concreta de la entidad recurrente con el objeto del recurso. En consecuencia, la asociación recurrente sí que dispone de legitimación para plantear su pretensión de reforma de los pliegos y, por lo tanto, el recurso debe ser analizado en cuanto al fondo del asunto.”

ANET se configura como una entidad asociativa, constituida al amparo de las disposiciones reguladoras del derecho de libertad sindical y asociaciones profesionales, integrada por empresarios de Transporte por Carretera y Logística de la Comunidad Foral de Navarra, entes naturales o jurídicos, de Viajeros, Mercancías y Logística, que desarrollan actividades comprendidas en el ámbito local, comarcal, nacional o internacional; siendo el órgano superior de representación, gestión, y defensa de los intereses comunes de sus miembros, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra. Conforme, al artículo 3 de sus Estatutos, es una asociación sin ánimo de lucro que tiene como misión la representación mayoritaria del sector en todos los ámbitos y frentes, defendiendo los intereses legítimos y comunes de sus miembros asociados, impulsando el desarrollo del sector a través del apoyo a iniciativas, actuaciones y proyectos que contribuyan al crecimiento del sector en un marco de comportamiento y conductas basadas en la ética profesional.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2007 precisa su doctrina precedente en relación con la legitimación de las asociaciones apuntado que *“(…) en distintos pronunciamientos de este Tribunal se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas que, además de las condiciones que anteriormente se han señalado, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes”*. De manera específica, la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2006, de 13 de marzo, admitió el recurso de amparo de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia de Cádiz y de la Federación andaluza empresarial de transporte en autobús sobre la base de la existencia del citado interés profesional, al partir de la premisa de que, cuando concurre este último, existe a su vez el vínculo o conexión entre la organización o

asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recoge esta doctrina - por todas, Resolución 797/2015, de 11 de septiembre -, en los siguientes términos: *“Este Tribunal viene reconociendo legitimación para interponer recurso especial a aquellas asociaciones representativas de intereses colectivos que actúen en sectores que presenten una relación unívoca y concreta con el objeto del recurso (Resoluciones 29/2011, de 9 de febrero de 2011, y 148/2012, de 12 de julio de 2012, entre otras muchas). En el presente caso, una asociación representativa de empresas que actúan en el ámbito de la seguridad privada (AESPI), impugna un pliego de servicios de seguridad (concretamente referido a las embarcaciones de vigilancia aduanera en Canarias), por entender que algunas de sus cláusulas restringen injustificadamente la concurrencia. Se aprecia una evidente vinculación directa y concreta entre el objeto del recurso y los intereses colectivos que la Asociación recurrente representa”*.

Así pues, queda acreditada la legitimación de la citada asociación para interponer la reclamación dado que, como significa el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, la norma *“permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con sus Estatutos”*.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

CUARTO.- Expuesto el debate planteado en los términos indicados en los antecedentes de hecho, la primera cuestión a resolver por este Tribunal es si resulta

conforme a derecho que el PCAP recurrido no comprenda la información relativa al personal a subrogar por quien resulte adjudicatario del contrato.

La entidad recurrente considera que los pliegos adolecen de vicio de nulidad de pleno derecho en la medida en que no habiendo tenido en cuenta el convenio colectivo del sector de transporte de viajeros por carretera de Navarra, cuyo artículo 33 exige la subrogación empresarial, no recogen información al respecto.

El órgano de contratación en su informe considera que la no inclusión en el PCAP regulador del contrato de la cláusula de subrogación es jurídicamente irrelevante, toda vez que la obligatoriedad de la misma, en su caso, deriva del convenio colectivo y no de su inclusión en el pliego; de manera que la subrogación de los trabajadores que cumplan los requisitos establecidos en el convenio se producirá o no con independencia de la inclusión de dicha cláusula en los pliegos.

Apunta, asimismo, que el Acuerdo Marco Estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, es de aplicación, exclusivamente, a servicios de transporte regular permanente de uso general; motivo por el cual no resulta de aplicación al servicio de transporte escolar, por ser éste transporte regular de uso especial. Añadiendo que el Convenio del Sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Navarra resulta de aplicación a todas las empresas de Navarra y a las que residiendo fuera tengan establecimiento en la Comunidad, resultando que puede haber licitadores a los que no se les aplique el citado convenio, ya que los pliegos no exigen tener establecimiento en Navarra.

Finalmente, sostiene que no hay apariencia de que pueda existir obligación de subrogación, y en consecuencia tampoco de contener el pliego información precisa, por los siguientes motivos:

- a) Las rutas y lotes de la presente licitación han variado sustancialmente respecto de años anteriores; extremo que impide identificar cual es el servicio afectado al que se refiere el artículo 33 del convenio al regular la subrogación.

- b) El concepto de conductor adscrito, exige que realice su trabajo de forma habitual en el servicio afectado; existiendo habitualidad siempre que el tiempo destinado al servicio al que esté adscrito sea igual o superior al 51 % de la jornada máxima anual, contemplada proporcionalmente en los contratos a tiempo parcial, referida a los últimos seis meses a la fecha de vencimiento de la concesión, o cuando el tiempo dedicado a los servicios diferentes al que esté adscrito no supere el 60 % de dicha jornada.
- c) Analizando las distintas rutas no es posible que exista algún supuesto de subrogación, puesto que la jornada anual máxima es de 1770 horas, es decir 885 horas en seis meses – de los cuales el 51 % se corresponden con 451 horas y el 40 % con 354 horas -, resultado en que el citado periodo en el que hubo 104 días lectivos, y que la duración máxima de cada ruta es de 60 minutos , realiza un cálculo de 104 días lectivos por dos horas (ida y vuelta) de donde resultan un total de 208 horas, es decir, una jornada inferior a la resultante de los porcentajes citados, de manera que para alcanzar el 51 % exigido en el convenio a efectos de subrogación el conductor adscrito debería trabajar 4,3 horas / día o 3,5 horas /día para alcanzar el 40 %.
- d) La reclamante se limita a citar diferentes sentencias y resoluciones en apoyo de sus pretensiones, sin aportar dato alguno que acredite que en este contrato existe no sólo la apariencia de obligación de subrogación empresarial sino incluso la indudable obligación de la misma, sin indicar tampoco las rutas concretas en las que a su juicio sería obligatoria la subrogación empresarial al objeto de desvirtuar los cálculos anteriormente citados.

En consecuencia, concluye, que como ningún trabajador va a cumplir las condiciones establecidas en el convenio colectivo no hay apariencia de subrogación y, por ello, tampoco obligación de hacer referencia alguna a ello en los pliegos.

Expuestas las posiciones de las partes, debe repararse en que la entidad contratante reconoce en su escrito de alegaciones que el PCAP no recoge la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en las relaciones laborales. Procede por tanto analizar, en primer término, si ello resulta o no conforme a derecho; cuestión que demanda clarificar, con carácter previo, si en el caso concreto que nos ocupa es de

aplicación la obligación de subrogación del personal impuesta en la norma convencional alegada por la reclamante y negada, de contrario, por la entidad contratante.

Conviene precisar, en este sentido, que el establecimiento en los pliegos de la obligación de subrogar a los trabajadores que vinieran prestando sus servicios en el ámbito del contrato no ha sido una cuestión pacífica, existiendo algún pronunciamiento jurisprudencial del orden contencioso-administrativo – Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015 – admitiendo junto a la subrogación legal y convencional un tercer supuesto de subrogación contractual vía pliegos. Si bien lo cierto es que dicha Sentencia ha sido revocada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de enero de 2017, en la que reproduce la doctrina contenida en la Sentencia de 16 de marzo de 2015, en cuya virtud, y en relación con la obligación de subrogación impuesta por los pliegos, recuerda que es a la legislación laboral a la que se debe atender para imponer o no tal obligación.

Así pues, la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto no emana de los pliegos reguladores del contrato de que se trate, sino que viene impuesta por el ordenamiento jurídico laboral, bien porque se trate de uno de los supuestos contemplados en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, o porque así se establezca en el Convenio Colectivo de aplicación al sector – motivo por el cual, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego no la mencione no resulta relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo - , en la normativa sectorial correspondiente (como sucede en el caso de los contratos relativos al servicio público de transporte regular de viajeros de uso general conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) o, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra en los supuestos contemplados en el artículo 49.3.c) LFCP; supuestos, estos dos últimos, donde sí se exige que los pliegos recojan expresamente tal obligación de subrogación del personal.

Efectivamente, tal y como sostiene la entidad contratante, el Acuerdo Marco Estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, regula en su Título IV la “Sucesión convencional y subrogación”, disponiendo en su artículo 19.1 que *“Lo previsto en este Título será de exclusiva aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor, prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público. Y todo ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte o de la industria o los servicios.*

Lo dispuesto en el presente Acuerdo marco no prejuzga la aplicación, cuando proceda, de lo regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en orden a la sucesión de empresas”.

Así pues, el citado Acuerdo Marco restringe su aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor; categoría donde no tiene encaje el transporte escolar, habida cuenta que la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su artículo 67 dispone que *“Los transportes públicos regulares de viajeros pueden ser: b) Por su utilización, de uso general o de uso especial.*

Son transportes públicos regulares de uso general los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado.

Son transportes públicos regulares de uso especial los que están destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares”.

Empero, el Convenio Colectivo del sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra, en su artículo 22 determina que *“En materia de subrogación se aplicará lo acordado en el Título IV (artículos 19 a 24) del Acuerdo Marco Estatal sobre Materias*

del Transporte de Viajeros por Carretera mediante Vehículos de Tracción Mecánica de más de Nueve Plazas incluido el Conductor firmado el día 22 de diciembre de 2014.

No obstante, con el objeto de ampliar la garantía de subrogación respecto de lo establecido en el Acuerdo Marco Estatal, se establecen las siguientes cláusulas de refuerzo:

1. En lo referente a la tipología de servicios en los que aplicará la subrogación, se establece que además de a los servicios enumerados en el artículo 19.1 del Acuerdo Marco Estatal, la subrogación se aplicará, en los términos establecidos en el Título IV del citado Acuerdo Marco, a los servicios de transporte escolar con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del conductor prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas indirectas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público y/o normativa foral correspondiente, y ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte, o de la industria o los servicios.

Regulándose la subrogación de estos servicios en lo referente a exclusiones, condiciones, personal a subrogar, obligaciones y efectos por lo establecido en el Título IV del Acuerdo Marco Estatal con las cláusulas de refuerzo establecidas en el presente convenio (...)”.

En consecuencia, las disposiciones del citado convenio colectivo, entre ellas las referentes a la subrogación, resultan de aplicación a los servicios de transporte escolar con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del conductor; restando analizar si concurren, en el presente caso, los presupuestos objetivos que la norma convencional prevé en orden a su aplicabilidad. Veámoslo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del convenio colectivo, tal y como sostiene la entidad contratante, sus disposiciones “*obligan a todas las empresas de Transporte de Viajeros por Carretera en Navarra, y a las que, residiendo en otro lugar tengan establecimientos en la Comunidad Foral, en cuanto al personal adscrito a ellas que preste servicios en Navarra*”; precepto al que se acoge la entidad contratante para sostener su no aplicación al caso concreto que nos ocupa en la medida en que,

según alega, puede haber licitadoras a las que no resulte de aplicación el convenio, por cuanto los pliegos no exigen tener establecimiento en Navarra.

Sin embargo, la cláusula sexta del PCAP, al regular las normas para la presentación de las propuestas, dentro del Sobre nº 2 “Oferta Técnica” exige la presentación de declaración firmada, correspondiente al Modelo de Compromiso” del Anexo III del pliego “, a cumplimentar por los licitadores donde expresamente se señala “2.7. *Compromiso del licitador de que dispondrá a la fecha de adjudicación del contrato así como que mantendrá durante toda la duración de la prestación del mismo, de instalaciones fijas, localizadas en un radio máximo de 40 kilómetros contados en línea recta a los centros escolares de cada lote del que resulte adjudicatario. Estas instalaciones (naves u otro tipo de instalaciones cerradas) deberán contar necesariamente con aparcamiento cubierto para todos los vehículos con los que presta el contrato, con una superficie de 75 metros cuadrados por autobús ofertado y mantenimiento básico*”; disponiéndose entre los criterios de adjudicación que “4. *Instalaciones: Se asignarán 10 puntos a la oferta que presente el compromiso de disponibilidad de la totalidad de las instalaciones, con todos los servicios determinados y dentro de la distancia requerida durante toda la ejecución del contrato*”. Así pues, si bien lo cierto es que del tenor literal de las cláusulas citadas parece no ser exigible la disposición de tales instalaciones lo cierto es que la cláusula novena “Propuesta de adjudicación” prevé que “*En un plazo máximo de 7 días naturales desde la comunicación de que los licitadores van a ser propuestos como adjudicatarios a algún lote, presentarán la documentación no aportada durante la fase previa de licitación, en concreto los siguientes apartados: (...) Documento que certifique la titularidad o disponibilidad de la instalación a que hace referencia la cláusula 6 (Sobre nº 2 documentación técnica apartado 2.g) y licencia de apertura emitida por la entidad local donde se encuentre situada la instalación, así como una descripción detallada de los servicios de que dispone. En todo caso las instalaciones deberán ser adecuadas para los lotes en que ha sido propuesto como adjudicatario*”.

Así, y sin perjuicio de las dudas que pueda suscitar contemplar como criterio de adjudicación el compromiso de disposición instalaciones en un radio concreto para luego exigir, sin matiz alguno, la acreditación de tal posesión para poder resultar

adjudicatario, lo cierto es que el PCAP revela como más que probable que los adjudicatarios de los distintos lotes tengan instalaciones y, por ende, estén a estos efectos establecidos en la Comunidad Foral, resultándoles de aplicación el citado convenio colectivo; sin que el hecho de que pueda resultar adjudicatario de alguno de los lotes un licitador que no reúne el requisito del establecimiento, por no residir en la Comunidad Foral, tenga incidencia en la obligación de subrogación de aquellas que sí entran dentro del ámbito de aplicación del convenio, a quienes resultará exigible su cumplimiento. Cuestión ésta, además, que no corresponde solventar a este Tribunal por ser competencia de la Jurisdicción Laboral, sin que ello deba confundirse con el objeto de la presente litis que no es otro que la cuestión relativa a la obligación de aportar en los pliegos la información correspondiente en los contratos cuando exista obligación – o, en su caso, apariencia – de subrogación del personal para quien resulte adjudicatario.

Otro de los presupuestos objetivos que deben concurrir en orden a la aplicación del citado convenio colectivo es que los servicios de transporte escolar correspondientes se presten en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público y/o normativa foral correspondiente; gestión indirecta donde se incardina el contrato de asistencia que nos ocupa en la medida en que, si bien constituye una tipología diferente a la concesión de servicios, lo cierto es que a través del mismo la Administración encomienda a un tercero la prestación de un servicio público de su competencia como es el transporte público regular de uso especial destinado a escolares; motivo por el cual la actividad objeto del contrato entra dentro del ámbito funcional del citado convenio colectivo.

Alcanzada la anterior conclusión, restan por analizar los argumentos esgrimidos por la entidad reclamante para negar la obligación de subrogar al personal en atención a que no concurren los requisitos materiales previstos en el convenio colectivo.

Aduce, en este sentido, que las rutas y lotes de la licitación han variado sustancialmente respecto de años anteriores. Sin embargo, el artículo 19.3 del Acuerdo Marco estatal – de aplicación por remisión directa efectuada en el artículo 33 del convenio sectorial – determina que *“El presente título tiene como finalidad regular la*

situación de los contratos de trabajo de los empleados de empresas concesionarias/prestatarias salientes adscritos a este tipo de transporte de viajeros que finalicen por transcurso de su plazo de otorgamiento, o por cualquier otra causa, y sean objeto de un nuevo procedimiento de selección de un nuevo prestatario del servicio (empresa entrante). Lo regulado en el presente título será de aplicación igualmente en los supuestos en los que el servicio de transporte objeto de licitación fuera reordenado, unificado, modificado o se le diera otra denominación por la Administración titular”; motivo por el cual debe rechazarse la alegación en tal sentido efectuada por la entidad reclamante.

Alega, asimismo, en relación con el conductor no adscrito, a efectos de subrogación, se exige habitualidad del mismo en la prestación del servicio, que viene determinada por la exigencia de una dedicación mínima de jornada en un periodo de seis meses correspondientes a 104 días lectivos; mínimo que no es alcanzado en ninguna de las rutas en la medida en que los trayectos no superan la hora de duración, lo que supone que a razón de dos horas diarias (ida y vuelta del servicio) no alcancen el mínimo de horas estipulado (451 horas / 354 horas).

En este sentido, el artículo 33.2 del convenio colectivo, en la redacción vigente en el momento de la aprobación del expediente de licitación (30 de junio de 2017), resultante de la rectificación publicada en el BOLETIN OFICIAL de Navarra número 114, de 14 de junio de 2017, establece que *“En lo referente al concepto de “conductor adscrito”, se establece que se considerará tal a efectos de subrogación a todo aquel que realice su trabajo de forma habitual en el servicio afectado.*

No perderá la condición de trabajador adscrito a efectos de subrogación aquel que puntualmente pueda prestar servicios de transporte diferentes de aquel al que se encuentre adscrito, siempre y cuando el tiempo destinado al servicio a que se encuentre adscrito sea, en términos de jornada anual ordinaria, igual o superior al 51% de la jornada máxima ordinaria prevista en el Convenio en el tiempo evaluado, contemplada proporcionalmente en los contratos a tiempo parcial, en los últimos seis meses trabajados inmediatamente anteriores a la fecha de vencimiento de la concesión.

Tampoco perderá su condición de trabajador adscrito a efectos de subrogación el trabajador que dedique a servicios distintos de aquel a que estuviere adscrito un

porcentaje superior al 49% de la jornada máxima ordinaria anual establecida en el Convenio en el tiempo evaluado, contemplada proporcionalmente en los contratos a tiempo parcial, en los últimos seis meses trabajados inmediatamente anteriores a la fecha de vencimiento de la concesión siempre y cuando el tiempo dedicado a servicios distintos a aquel al que estuviese adscrito no superara el 60% de dicha jornada, y el trabajador manifestara de forma expresa y escrita su conformidad a ser subrogado”.

Como puede observarse del tenor literal del precepto transcrito, el mínimo exigido para que opere la subrogación va referido a la jornada del conductor adscrito, no a la duración de la ruta que tenga asignada realizar. Pero es más, a los efectos de los cálculos realizados en tal sentido por la entidad contratante, debe repararse en que el trabajador realizará la ruta dos veces al día (al comienzo de la jornada escolar y al finalizar la misma) sin permanecer en el punto de destino el tiempo restante, de donde sólo cabe deducir que el tiempo del trayecto (1 hora) debe ser multiplicado por cuatro y no por dos como hace la entidad contratante, a lo que habrá que añadir el tiempo adicional correspondiente a preparar tanto la salida como el retorno; lo que supone que la jornada requerida, en relación a algunas de las rutas, sí supere el mínimo previsto en el convenio colectivo y, por ende, que existe apariencia de obligación de subrogación.

Así pues, sentada la obligación de subrogación impuesta por el convenio colectivo, debe incluirse tal previsión en los pliegos, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004, cuando dice que: “(...) *en el caso de autos, según refiere la sentencia recurrida y admite incluso la propia parte recurrente, no se había incluido antes del anuncio del concurso la obligación de las empresas adjudicatarias de asumir y aceptar los trabajadores que tenía la empresa anterior, cuando ello además si que se había hecho, con anterioridad, en casos similares, cual refiere la sentencia recurrida. Y obviamente, ese particular, era o debía ser de obligada expresión dada la trascendencia e importancia del mismo.*

Y no obsta en nada a lo anterior, el que esa exigencia pudiera venir impuesta por el contenido de un Convenio Colectivo, pues viniera o no impuesta por el mismo, era obligado incluir entre las cláusulas particulares y cuando menos en el anuncio del concurso la obligación de las empresas adjudicatarias de asumir los trabajadores de la empresa anterior, pues ello afectaba y en parte importante al contenido y efectos del

contrato y a los derechos de los trabajadores, que además eran ajenos a ese concurso público para la contratación del servicio de limpieza de determinados centros (...)".

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución de 10 de marzo de 2017 razona que el órgano de contratación al incluir en el pliego las previsiones que corresponde a la obligación legal de subrogación, bien sea por aplicación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, bien del Acuerdo Marco, no hace sino cumplir con la normativa que constituye derecho necesario y de inexcusable cumplimiento, normativa que resulta conforme con los principios propios de la contratación del sector público; añadiendo que "(...)En este sentido, en nuestra Resolución 181/2011 ya exponíamos que "la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo." De igual modo existiendo dicha obligación de subrogación bien en la normativa que rige la actividad (en este caso en la LOTT) y en el Acuerdo Marco o Convenio Colectivo aplicable al objeto del contrato, atendiendo a su ámbito territorial, subjetivo y funcional, el hecho de que el Pliego contemple la subrogación no resulta contrario a derecho pues la subrogación sigue sin proceder del Pliego.

En este sentido no puede obviarse la aplicación del art. 75.4 de la LOTT, en la redacción vigente, cuyo cumplimiento es lo que hace el pliego en la cláusula y anexo impugnados y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 87/2017 de 23 de enero, de la que se deduce que ahora impone la exigencia en los pliegos de la subrogación del nuevo concesionario en los contratos de trabajo del personal que prestaba servicios con el anterior operador en los términos que resulte de la legislación vigente, incluidos los convenios colectivos.

"Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo

adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2.

En este supuesto, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.

Tal información se suministrará teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de Protección de Datos de Carácter Personal.

A los efectos señalados en este punto, no podrá tenerse en cuenta otro personal que el expresamente adscrito a la prestación del servicio en el contrato de gestión del servicio público de que se trate, para cuya determinación se debieron tomar como base el que inicialmente se incluía en el correspondiente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.2.

El nuevo contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior”.

El mismo órgano revisor, en su Resolución 674/2015 de 17 julio, al resolver sobre una licitación en la que los pliegos no prevén la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en las relaciones laborales y donde la entidad recurrente alegó que los pliegos vulneraban la normativa laboral aplicable dado que no contemplaban la obligación de subrogar al personal adscrito a la ejecución del contrato aun cuando dicha subrogación, a su juicio, debería ser imperativa teniendo en cuenta lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable al Servicio, razona que “(...) *El TACRC señaló en su Resolución número 320/2015, de fecha 10 de abril de 2015, lo siguiente: "Antes de analizar esta cuestión, se debe comenzar recordando que este Tribunal tiene declarado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales y convencionales en cada caso aplicables, y no por el*

propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral, de manera el órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación, informar en el Pliego o en la documentación complementaria "sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida" (artículo 120 TRLCSP). Como decíamos, entre otras muchas (Res. 172/2013, 292/2012, 134/2013, 181/2011 156/2013), en la Resolución 75/2013, "El fundamento de tales obligaciones estriba, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, en "La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos,..."; Si bien en la 156/2013 apuntábamos además a que, con ello, se cumplía la necesaria igualdad entre licitadores pues en caso contrario resultaba beneficiado el contratista saliente, al contar con mayor información sobre tal esencial cuestión.

El criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria.

En particular, en la Resolución 88/2015 aplicable al caso que nos ocupa se declaraba que "(...) dado que de lo obrante en el expediente no puede inferirse que la adjudicación del contrato ahora examinado haya de llevar consigo la transmisión de la infraestructura o de la organización básica para la explotación -hipótesis en la que, según se ha indicado, desplegaría sus efectos el artículo 44.1 ET-, parece claro que la subrogación sólo puede venir dada por las previsiones del Convenio colectivo aplicable. Delimitar cuál sea éste es una cuestión que puede resultar más o menos compleja, pero, en todo caso, es una tarea que debe ser realizada por el órgano de

contratación con arreglo a las normas establecidas en el ET y en las disposiciones de los propios convenios que delimitan su ámbito de aplicación (artículos 82.3, 83.1 y 85.3 ET; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de febrero de 2014 -Roj STS 873/2014), y siempre teniendo en cuenta que los mismos no pueden extenderse a quienes no están comprendidos en el ámbito de la negociación (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 28 de octubre de 1996 -Roj STS 5900/1996-, 14 de marzo de 2005 -Roj STS 1581/2005-, 26 de abril de 2006 -Roj STS 2820/2006-, 10 de diciembre de 2008 -Roj STS 7231/2008-)."

Resulta por tanto que no corresponde al órgano de contratación hacer pronunciamiento sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación pero en el caso de que exista al menos apariencia de que puede concurrir dicha obligación procede facilitar la información en los pliegos o en la documentación complementaria acerca de las condiciones de los contratos de los trabajadores que resulten afectados por la subrogación. Corresponde al órgano de contratación delimitar cuál es el convenio colectivo aplicable con el fin de conocer si existe dicha obligación de subrogación. Ello obliga a analizar qué convenio colectivo resulta aplicable (...)"

En consecuencia, y atendidos los términos del convenio colectivo de aplicación debe concluirse que, en el presente caso concurre, cuando menos, apariencia de que puede existir obligación de subrogar el personal por parte de los adjudicatarios de determinados lotes, de donde deriva, tal y como pone de relieve la entidad reclamante, la obligación del órgano de contratación de facilitar en el PCAP regulador del contrato la información correspondiente a las condiciones de los contratos de los trabajadores que puedan resultar afectados por la subrogación;

Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2014 – confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 – cuando dice: “(...)Pues bien, como ya señaló esta Sección en la Sentencia de 30 de mayo de 2013 " Son los convenios colectivos de determinados sectores de actividad los que incluyen entre sus previsiones que, al término de la contrata, el personal de la empresa saliente pasará a estar adscrito a la nueva empresa, quién deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones que tuvieran

reconocidos en la anterior empresa. Asimismo, el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, determina que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Por tanto, son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no la legislación contractual, que se limita a establecer una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar sus costes laborales. Es decir, el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propiamente objeto del contrato, sino también aquellas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Información a los licitadores que se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria y para ello el antiguo concesionario viene obligado a proporcionar al órgano contratante dicha información.

(...) Por ello la Sala anuló dicha cláusula de Pliego, lo que fue asimismo confirmado por el Alto Tribunal, quien dice en las sentencia antes mencionadas que " la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber los trabajadores del anterior concesionario, en el caso de que logre la adjudicación, no significa que su cumplimiento deba ser objeto de la atribución de los 15 puntos que le asigna el pliego ".

En consecuencia con lo razonado, procede anular la cláusula 4.10.3.9 del Pliego de Condiciones, ya que la obligación de mantener o absorber a los trabajadores del antiguo concesionario no puede ser objeto de puntuación alguna, debiendo solo los Pliegos contener información en los términos previstos en el artículo 120 del TRLCSP, solo en aquellos casos en los que la obligación de subrogarse venga exigida por el convenio colectivo del sector..."

Por lo tanto, no se puede sino concluir que la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva, sin que se derive conclusión distinta del Reglamento (CE) num.

1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP, pues éste último solo prevé la información a otorgar en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, y, por su parte, el Reglamento (CE) num. 1370/2007 prevé específicamente en su apartado 4.5 "Sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales " y, además, nada impone pues, antes al contrario, expresamente prevé que " las autoridades competentes podrán solicitar".

Todo lo cual conduce a declarar, sin necesidad de ninguna otra consideración sobre las restantes alegaciones formuladas, la nulidad de la cláusula 2.1.5, debiendo los Pliegos contener únicamente, de conformidad con lo ya señalado en anteriores Sentencias de esta misma Sección, información en los términos previstos en el artículo 120 del TRLCSP, solo en aquellos casos en los que la obligación de subrogarse venga exigida por el convenio colectivo del sector o la normativa laboral („,„)".

La finalidad de la citada obligación de facilitar la información referida en los pliegos es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta, y que son, no sólo las propias de la prestación en sí, sino también aquellas que proceden de normas sectoriales distintas de la normativa de contratación pública; resultando que la falta o insuficiencia de la misma provoca, sin lugar a duda alguna, una discriminación a favor de quien estuviera ejecutando actualmente el servicio, que quedaría colocado en una posición privilegiada con respecto a los restantes licitadores, por lo que el grado de detalle de los datos a facilitar debe ser, tal y como expone la Resolución 31/2017, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, el suficiente para garantizar el trato igualitario de todos los que concurran a la licitación y esto debe interpretarse en el sentido de que no basta con una mera remisión a las tablas salariales contempladas en el Convenio Colectivo aplicable, sino que también han de indicarse aquellas circunstancias personales de los trabajadores a subrogar que influyan en la retribución que tiene derecho a percibir y en los costes sociales que tiene aparejada (antigüedad, jornada, tipo de contrato, condiciones que puedan suponer bonificación en las correspondientes cotizaciones, etc.).

Sentado lo anterior, la entidad contratante señala en su escrito de alegaciones la dificultad práctica de comprobar que los datos siniestrados por los actuales adjudicatarios son completos y veraces; indicando, en este sentido, que dar por buenos los datos al efecto suministrados supone el riesgo de dejar a dichas empresas la posibilidad de seleccionar los trabajadores objeto de subrogación empresarial, con la posibilidad de desvirtuar el valor estimado y presupuesto de los lotes y de vulnerar los principios de competencia y libre concurrencia. Argumento que no puede ser atendido en la medida en que lo contrario supone vaciar de contenido la obligación de suministrar la información citada, cuyo alcance supone, a los efectos alegados, tal y como en nuestro Acuerdo 5/2016, de 18 de enero, que el órgano de contratación de contratación debe responder de que la información facilitada por los licitadores sea toda la necesaria, pero ni puede ni debe asumir su veracidad porque ello supondría trasladarle la responsabilidad que los licitadores tienen, conforme a su deber de diligencia, de contrastar la información que reciben para preparar sus ofertas.

QUINTO.- Alcanzada la anterior conclusión, resta por analizar las consecuencias del incumplimiento por parte de la entidad contratante de suministrar en el pliego la información relativa a la subrogación de los trabajadores.

Esta cuestión ha sido abordada por este Tribunal en su Acuerdo 7/2015, de 11 de febrero, donde se concluye que la omisión de tal información supone una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, exponiendo que *“SÉPTIMO.- Todo lo señalado debe conducir a analizar, por un lado, si la información requerida por la mercantil reclamante era esencial para la formulación de su oferta y, en su caso, por otro, si tanto la nueva publicación efectuada en el Portal de Contratación de Navarra como la ampliación del plazo en 10 días naturales ha permitido garantizar los derechos y la seguridad jurídica de todos los licitadores, en especial de la parte reclamante.*

Toda licitación de un contrato público debe respetar los principios rectores de la contratación, y entre ellos los de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, principios fundamentales recogidos en el Derecho comunitario.

El carácter esencial de estos criterios en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato se constata desde el primer párrafo del considerando 46 de

la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, cuando señala que: «la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva», principios de igualdad, no discriminación y transparencia en el tratamiento a los licitadores.

Dichos principios rectores de la contratación pública también están recogidos en el artículo 21 de la LFCP, que establece entre sus fines una actuación transparente y un tratamiento igualitario y no discriminatorio.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica).

El principio de transparencia ha sido tratado por la jurisprudencia comunitaria en relación con la definición del objeto del contrato, tal como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución nº 133/2014 de 21 de febrero:

“En cualquier caso, no es necesario hacer una comprobación de todo el clausulado del PPT, en la medida en que el objeto principal del contrato no se ha formulado con claridad. La amalgama de tan distintas prestaciones, la indefinición de lo que ha de ser la obra y su ejecución, así como la de la implantación de los sistemas de información, deben llevarnos a concluir que efectivamente se vulnera el principio de transparencia. Este principio, conforme a la jurisprudencia del TJUE “implica por tanto que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia del Tribunal de 19 de

marzo de 2010, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T-50/05, Rec. p. II-1071, apartado 59).”

Séptimo. Sentado lo anterior, resulta claro que en los pliegos que rigen la licitación del acuerdo marco deben establecerse con la suficiente precisión todos los elementos que caracterizan la contratación que se vaya a efectuar, no pudiendo quedar sus elementos esenciales indeterminados, más aún cuando, como es este caso, la contratación se va a celebrar con un único empresario por cada lote.

Siendo esto así y comenzando por la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, esto es, en relación con la obligación de informar en los pliegos sobre el personal a subrogar, debe señalarse, en primer lugar, que es doctrina de este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien a su vez deberá a su vez recabarla de los actuales adjudicatarios. Así se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar al respecto la nº 321/2014:

“La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución, interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: "la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos - Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status del trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social." Pero, pese a

ello, se decía que "aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación", dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP. Por ello, entendemos que, en supuestos como el que nos ocupa, en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP-y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación; y a hacer constar tal información en el propio pliego o en la documentación complementaria; siendo aconsejable que se haga igualmente constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación" "De lo señalado, deduce lo siguiente: 1. La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues en tal caso dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta a la hora de elaborar su oferta. Es por tanto el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación. 2. En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa al tipo de contrato, antigüedad y salario, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todos los licitadores.

Trasladando lo anterior al caso presente, cabe señalar en primer lugar que, a juicio de este Tribunal, si bien la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual solo puede ser responsabilidad de éste, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo, requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso aplicar las consecuencias previstas en el pliego para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente, y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores si la información no es completa”.

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución 38/2014, de 10 de abril de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

“(…) no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto.

No obstante, la información que figure en el PACP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y, de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar dicha información.”

OCTAVO.- Sentado lo anterior, resulta indiscutible que las Condiciones reguladoras que rigen la licitación del contrato deben establecer con la suficiente precisión todos los elementos que caracterizan la contratación que se vaya a efectuar, sin que puedan quedar indeterminados elementos esenciales de la misma, y entre ellos, las condiciones técnicas, entre la que debe incluirse la determinación de las condiciones del personal a subrogar cuando pueda existir una apariencia de que puede existir obligación de subrogación, pues conllevarían una indefinición del objeto mismo del contrato.

Porque, efectivamente, si bien en las condiciones reguladoras no habría obligación de contemplar una posible subrogación, desde el punto de vista que dicho papel corresponde a las normas laborales o a los convenios colectivos, la información que figure en las condiciones reguladoras deberá ser veraz y acorde con el principio de transparencia, por lo que la entidad adjudicadora está obligada a informar sobre las condiciones del personal a subrogar, sin que pueda ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios.

En dicha tesitura, es la entidad adjudicadora quien debe requerir al actual adjudicatario toda la información necesaria para que la misma sea completa y veraz, a fin de que todos los posibles licitadores puedan conocer todos los costes laborales a asumir en el caso de que resulten adjudicatarios, que, en todo caso, son relevantes para la elaboración de una oferta seria.

Así, el artículo 186 LFCP dispone que “Las prescripciones técnicas se formularán ajustándose a lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 46 y deberán ser comunicadas en los términos previstos en el artículo 48. En su aplicación no podrán constituirse barreras técnicas a la libre competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 47”.

Por ello, no siendo así, la entidad adjudicadora coloca a la actual adjudicataria en una clara ventaja competitiva frente al resto de todos los posibles competidores, lo que supone no sólo una vulneración del principio de transparencia sino también del principio de no discriminación, pues solo aquella gozaría, de modo exclusivo, de una información que podrá tener en cuenta a la hora de preparar su oferta.

De esta manera, no figurando en las condiciones reguladoras del contrato la totalidad de las condiciones técnicas que determinan los elementos que constituyen el objeto del contrato, a valorar mediante los criterios de adjudicación, no puede sino concluirse que dichas condiciones reguladoras han infringido los principios rectores de la contratación pública.

Llegado a este término en el que se considera que la información requerida por la reclamante no constituye una mera aclaración sino que se trataba de información relevante para la presentación de sus ofertas por los licitadores, sólo queda verificar si la posterior publicación dispuesta por la entidad adjudicadora en el Portal de Contratación de Navarra y la ampliación del plazo de presentación de ofertas en 10

días naturales ha supuesto subsanación de la vulneración de los derechos de la reclamante.

Pues bien, la respuesta sólo puede ser negativa porque la publicación de la información omitida no ha respetado las mismas exigencias procedimentales impuestas para la publicación de las condiciones reguladoras, en cuanto que aquella se realizó en el Portal de Contratación de Navarra pero se eludió su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, vulnerándose así las normas sobre transparencia y publicidad del procedimiento. (...)”.

En consecuencia, y en atención a que la omisión en el PCAP de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato, no cabe sino concluir que dicho defecto vicia el pliego objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 126.2 LFCP, que determina que “*Son causas de nulidad de Derecho administrativo: a) Las causas de nulidad establecidas con carácter general en la legislación reguladora del procedimiento administrativo*”, y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud “*1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”.

SEXTO.- Aduce la reclamante, en segundo lugar, que los precios por acompañante fijados por el órgano de contratación incumplen el convenio colectivo del sector, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 35.1 LFCP en cuanto dispone que el precio de los contratos debe ser adecuado al mercado. Concretamente, pone de relieve que cualquier servicio con una duración superior a 55 minutos incumple las retribuciones mínimas establecidas en el citado convenio; circunstancia que, entiende, por vulnerar lo dispuesto en precepto citado y en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, debe determinar la anulación de los pliegos y del procedimiento de contratación en su conjunto.

Asimismo, y en relación con la determinación de los precios máximos / día, estima que no se ofrece explicación alguna sobre los parámetros o criterios objetivos de cálculo utilizados para su fijación, lo que evidencia una falta de motivación en la decisión adoptada y, por ende, una vulneración del principio de transparencia.

Por el contrario, la entidad contratante estima que los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento, aunque no la única, a efectos de determinar el valor de mercado. Considera justificado el presupuesto y suficiente para cubrir todos los costes que de la prestación del servicio se deriven para el contratista, toda vez que sí se ha tenido en cuenta el coste del auxiliar en ruta marcado por el convenio, pero no se ha desglosado el precio para cada una de las rutas, sino un precio máximo aplicable al servicio a prestar para cada lote, resultando que dentro de cada lote hay, a su vez, variedad de rutas de distinta duración, de forma que el coste medio del auxiliar en ruta está sobradamente cuantificado para el conjunto de cada lote y se cubre dentro del precio máximo/día establecido.

Apunta, asimismo, que en contra de lo sostenido por la reclamante, sí se ha realizado un estudio económico para determinar de manera adecuada los precios máximos/día; que han sido establecidos mediante criterios objetivos, teniendo en cuenta, por un lado, las publicaciones del Observatorio del Transporte y los parámetros ponderados por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento para el cálculo de costes del transporte de viajeros en autocar, y, por otro, los precios unitarios establecidos en las licitaciones más recientes de transporte escolar de otras Comunidades Autónomas, así como el Convenio Colectivo del Sector Transporte de Viajeros por Carretera de Navarra.

En relación con el precio de los contratos, el artículo 35.1 LFCP recoge, con carácter imperativo, la obligación de que los mismos sean adecuados al mercado, al establecer que *“Los contratos tendrán siempre un precio cierto, adecuado al mercado, que se expresará en euros y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada, de acuerdo con lo convenido. Cuando las condiciones establecidas en el contrato impliquen pagos en moneda extranjera habrá de expresarse,*

además del precio total en euros, el importe máximo de aquélla y la clase de divisas de que se trate”. Añadiendo el apartado octavo del artículo 24 relativo al método para calcular el valor estimado de los contratos que “*En el caso de contratos de suministro o de asistencia de carácter periódico o de aquellos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato:*

a) *Bien el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.*

b) *Bien el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses.*

La elección del método para cálculo del valor estimado de un contrato no podrá efectuarse con la intención de sustraerlo a la aplicación de la publicidad comunitaria.

De igual modo, la elección del método para el cálculo del valor estimado de un contrato tampoco podrá efectuarse con la intención de sustraerlo de las obligaciones de publicitación recogidas en el artículo 89.3”.

La Directiva 24/2014/UE, en vigor y cuyo periodo de transposición venció el pasado 18 de abril de 2016, aplicable a efectos interpretativos, en aquellos preceptos que no gozan de efecto directo, en su artículo 18 establece como principio general aplicable a la contratación pública que “*los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos, cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social — laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por la disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.*

En este mismo sentido cabe citar los Considerandos de la citada Directiva “(37) *En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes*

para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión. Del mismo modo, las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ratificados por todos los Estados miembros y enumerados en el anexo X deben aplicarse durante la ejecución del contrato. Sin embargo, ello no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.

Las medidas pertinentes se deben aplicar con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la igualdad de trato. Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE (LA LEY 6451/1996) del Parlamento Europeo y del Consejo (11), y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros.(...)

(39) Las respectivas obligaciones podrían reflejarse en cláusulas contractuales. También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público.

(40) El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado."

La adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las

prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes.

La Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid insiste en que *"hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado"*, e igualmente incide en el informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la *"primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado"*.

De la regulación transcrita se desprende que la determinación del presupuesto del contrato corresponde realizarla al órgano de contratación, quien en ejercicio de tal facultad deberá garantizar que el mismo resulte adecuado al mercado; siendo, tal determinación un criterio técnico que sólo resulta revisable por este Tribunal, en contra de la discrecionalidad técnica de la Administración, en la medida en que se aprecie error, arbitrariedad o falta de motivación.

Dicho de otro modo, la determinación del presupuesto de los contratos constituye una potestad discrecional de la Administración, limitada por la observancia de lo dispuesto en la regulación citada y por ende, en tales aspectos, revisable por este Tribunal, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 576/2017, de 30 de junio, y 696/2015, de 24 de julio: *"(...) Al respecto, con carácter previo debe recordarse que este Tribunal tiene declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica. Así, en la Resolución 358/2015 se anticipa respecto de los criterios tenidos en cuenta para la determinación del presupuesto de licitación por el órgano de contratación que: "... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las*

cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órgano de contratación, cuando se debaten por los licitadores las misma, mediante argumentos escasamente acreditados o, como nos ocurre en el presente caso, vacuas de norma prueba, y no estamos hablando de otra cosa que de la discrecionalidad técnica que acompaña a este tipo de valoraciones cualificadas por técnicos y efectuadas por los órganos competentes del ente que licita el contrato, frente a las que podrá alegarse en contra por los interesados, pero donde esas alegaciones carecerán, en principio de toda validez, cuando discutan cuestiones meramente técnicas sin acompañarse de prueba suficiente y salvo, lógicamente que quede acreditado un manifiesto error en la actuación desarrollada en este ámbito por el órgano de contratación, y con ello podemos remitirnos a las numerosas resoluciones dictadas por este Tribunal en materia de la discrecionalidad técnica que, como decíamos antes, debe acompañar también las decisiones adoptada en la elaboración del objeto contractual, la fijación de los precios y su reflejo en los documentos contractuales (...)".

En consecuencia, se impone, en primer término, analizar si la entidad contratante ha rebasado los límites de la discrecionalidad técnica que ostenta en el ejercicio de la facultad relativa a la determinación del precio del contrato; a cuyos efectos deviene imprescindible aportar al expediente de contratación documentación que motive y justifique el presupuesto fijado al efecto que constituye, a su vez, la motivación de la decisión en tal sentido adoptada.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en Resolución 98/2016, de 25 de mayo, razona que “(...)El desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato que pueden dar lugar a la resolución del contrato.

Los órganos de contratación deberán, tanto al determinar los presupuestos de los contratos, como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación.

Dichos estudios deberán ajustarse, a los sistemas de determinación del presupuesto establecido, en su caso, por la legislación contractual para los diferentes tipos de contratos, debiendo en todo caso presentar un nivel de desagregación suficiente, para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual, o en su caso de las contraprestaciones que recibirá por la ejecución del contrato (...)”.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 322/2016 de 29 Abril, cuyo fundamento jurídico octavo dice; *“Octavo. Tiene declarado este Tribunal, en anteriores Resoluciones (entre otras, 10/2011, 19/2011, 63/2013, 117/2015 y 726/2015) que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente que el presupuesto de licitación y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 87.1 del TRLCSP. En concreto, el artículo 87 del TRLCSP dispone que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que «Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados». El concepto «precio general de mercado» utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración. El artículo 87 del TRLCSP únicamente establecen las pautas para determinar el precio del contrato, pero la Ley no determina con exactitud los límites procediendo una interpretación en su aplicación en cada caso concreto. Por su parte, el artículo 1 del TRLCSP, dispone que la regulación de la contratación del*

sector público tiene por objeto, entre otros, el de «...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y la contratación de servicios». Este objetivo de control del gasto y eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios es un criterio interpretativo del artículo 87 del TRLCSP. (...) Toda estimación, por definición, incluye elementos de intuición que no responden a realidades ciertas y veraces de las magnitudes sobre las que se proyectan, y menos cuando se trata de conocer el comportamiento de esas magnitudes en el futuro

4 (...) La estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato (...) Como señala el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 -cuya fundamentación y consideraciones comparte este Tribunal- «...el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.»

En todo caso, se ha incidido en varios aspectos: hemos reconocido al órgano de contratación discrecionalidad en su fijación (así, Resolución 358/2015), hemos afirmado que el control del gasto debe presidir la interpretación del artículo 1 del TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como "suelo", sino como "techo" (Res. 336/2015); hemos indicado en la Resolución 166/2015 que "solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente"; y en varias Resoluciones, como en la última citada, se desestimaba el recurso al venir el precio establecido en el PCAP "suficientemente justificado en el expediente".

Un resumen de todo lo dicho sería:

- *Se reconoce la discrecionalidad técnica del órgano de contratación para fijar el precio del contrato; si bien, como límite para evitar que incurra en arbitrariedad, y como justificación de que ha tenido en cuenta los criterios o pautas del artículo 87 del TRLCSP, debe motivarse en el expediente la determinación del precio del contrato.*

- *Tal motivación debe hacerse (por imperativo del artículo 87 del TRLCSP por referencia al precio de mercado, que actúa como techo máximo; si bien debe motivarse, en caso de desviación manifiesta del mismo (por ejemplo, por inexistencia de tal precio de mercado, en el sector de que se trate), que se asegura la viabilidad de la ejecución del contrato y la existencia de concurrencia.*

- *Al quedar la evaluación de los extremos anteriores dentro de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, solo una constatación manifiesta y probada de que el precio fijado impide totalmente la concurrencia o hace inviable la ejecución del contrato permite anular el precio fijado. (...)*

Tanto el estudio económico-financiero cuestionado como el informe del órgano de contratación razonan y motivan ampliamente los precios establecidos, por lo que, con independencia de que los resultados de los estudios y análisis de los precios alcanzados pertenecen al ámbito de discrecionalidad técnica del órgano de contratación, siendo revisables únicamente en caso de error manifiesto, desviación de poder u otros defectos de entidad análoga, el Tribunal entiende que se ha respetado el artículo 87 del TRLCSP y que no se ha acreditado que haya una desviación notoria o grosera de los valores de mercado, siempre respetando al tiempo el objetivo de buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible (...)”.

Aplicando la doctrina al caso concreto que nos ocupa, no consta en el expediente administrativo aportado a este Tribunal por el órgano de contratación, documento alguno que analice y justifique el presupuesto de los lotes objeto del contrato, lo que evidencia una absoluta falta de motivación de la decisión en tal sentido adoptada. Ausencia de motivación que ni siquiera ha sido contrarrestada en el informe de alegaciones aportado en el procedimiento de reclamación, toda vez que las explicaciones en tal sentido aducidas no van más allá de ser meras afirmaciones sin sustento documental ni concreción alguna de los cálculos de los que resulten los importes fijados en el pliego.

Esta ausencia de motivación, supondría, por sí misma, la estimación del motivo de impugnación con la consiguiente retroacción de las actuaciones en orden a subsanar dicho defecto; si bien, conforme al principio de congruencia en la resolución de la reclamación, procede analizar la alegación relativa a que los precios fijados por la entidad contratante resultan inferiores al coste del personal resultante del convenio sectorial de aplicación.

SEPTIMO.- Sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratos citada por la entidad contratante en su escrito de alegaciones, ha puesto de manifiesto de manera reiterada que dichos convenios no vinculan a la Administración a la hora de determinar el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de información a tener en cuenta; doctrina consolidada del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, por todas Resoluciones 397/2017 de 5 mayo: "(...) *Es muy reiterada la doctrina del Tribunal que sostiene (Resoluciones 310/2012, de 28 de diciembre, 83/2013, de 20 de febrero, 112/2013, de 21 de marzo, 251/2013, de 4 de julio, 341/2013, de 2 de septiembre, 143/2014, de 21 de febrero, 313/2014, de 11 de abril, 629/2014, de 8 de septiembre, 794/2014, de 24 de octubre, 891/2014, de 5 de diciembre, 264/2013, de 4 de julio, 185/2012, de 6 de septiembre, y 88/2015, de 30 de enero, entre otras muchas) que, a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1 del TRLCSP, al que hacíamos referencia más arriba. Partiendo de la anterior premisa, el Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar en varias Resoluciones el problema de si la entidad contratante está ligada por los Convenios Colectivos a la hora de diseñar las prestaciones, concretamente el presupuesto, que van a definir el nuevo contrato.*

Siguiendo, por todas, la Resolución 281/2012, de 5 de diciembre, cabe señalar que: "el criterio que hemos venido manteniendo de manera reiterada es que no es así, que la entidad contratante debe tener plena libertad para definir el objeto del contrato conforme a las disponibilidades presupuestarias y a las circunstancias concurrentes. Este problema se ha planteado en relación con la posible existencia de bajas temerarias en las ofertas de determinados licitadores que no respetarían presuntamente

las condiciones mínimas establecidas en el convenio colectivo y también en relación con la indebida determinación de los precios del contrato que se iba a licitar extrayendo siempre una misma conclusión como es que la entidad contratante no debe quedar vinculada por esta circunstancia y que las posibles reclamaciones que se pudieran presentar en este punto serían siempre competencia de la jurisdicción laboral."

Así, en nuestra Resolución 251/2013, de 4 de julio (y, en igual sentido, Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, ó 185/2012, de 6 de septiembre), se afirma lo siguiente: "En este sentido, interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que 'La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa'.

El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 87 del TRLCSP, de manera tal que cuando se indica que 'Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados', no se impone a la Administración un 'suelo' consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que, lejos de encontrarnos con un 'suelo' nos encontramos con un 'techo' indicativo.

En cuanto a la forma de determinar el precio, el apartado 2 del artículo citado dispone que el precio 'podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se

entregue o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre Valor Añadido que deba soportar la Administración'.

El TRLCSP en el artículo 87 establece las pautas para determinar el precio del contrato pero no contiene una norma expresa en la que se establezcan los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación de estos contratos. No obstante, si bien es cierto que el presupuesto de licitación no está definido en el TRLCSP, del contenido del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP en adelante) referido al presupuesto en el contrato de obras, y de otros preceptos concordantes, se deduce que es el importe base de la licitación, IVA excluido, sin incluir las eventuales opciones, prórrogas y modificaciones. Es la referencia básica para que los licitadores realicen su oferta económica y debe de aparecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares tal y como dispone el artículo 67 del RGLCAP. El presupuesto base de licitación puede fijarse de forma global, o bien, en consideración a unidades de la prestación.

A su vez, el artículo 88 del TRLCSP se refiere a la forma de calcular el valor estimado de los contratos y en su apartado 2 dispone que 'La estimación debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación, o en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato'.

En el apartado 5 se dispone que para los contratos de suministros y los de servicios que tengan carácter de periodicidad o que deban renovarse en periodo de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades: 'a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial'.

Para los contratos de servicios el artículo 302 del TRLCSP regula la determinación del precio señalando que en el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio, que podrá estar referido a

componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la 'primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado'.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. En concreto, y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP), relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante, añade '(...) se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art. 14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo'.

En consecuencia, se considera que, si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en

consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato.

Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, refiriéndose a un contrato de servicios de seguridad, señala que la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y, en concreto, los efectos derivados del convenio colectivo de empresas de seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando al órgano de contratación a realizar un examen y comprobación de diversos elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, además de los del convenio respectivo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones u otros aspectos de la legislación laboral. Y concluye 'La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del artículo 86, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares', criterio éste aplicado por el Tribunal en diversas resoluciones (por todas, resolución;n 298/2011 de 7 de diciembre, recurso 278/2011).

En la Resolución 46/2014, de 28 de enero, el Tribunal consideró inadmisibile que la entidad contratante "tenga que fijar el valor estimado y el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, pues en tal caso quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato, al margen del criterio legalmente establecido en el artículo 88 del TRLCSP, que ordena al órgano de contratación estar al coste real del servicio en los doce meses inmediatamente anteriores a la licitación", criterio que ha sido nuevamente aplicado y reiterado en nuestra Resolución 336/2015, de 17 de abril del mismo año.

Como indica el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Acuerdo de 29 de enero de 2014, "la negociación colectiva en lo que respecta a la Administración licitante es una 'res inter alios acta' que no vincula a la Administración sino a los trabajadores y empresarios implicados en el ámbito del convenio y las condiciones económicas pactadas en convenio sobre los precios de los servicios no pueden ser trasladadas al ente titular del servicio, pues no ha intervenido en su gestación. No sólo la Administración no está vinculada por lo establecido en un convenio colectivo para fijar el precio de un contrato sino tampoco los licitadores a la hora de realizar su proposición económica."

A tenor de lo expuesto, y siguiendo el criterio expuesto por este Tribunal en su resolución 3/2017 de 3 de febrero, los Convenios Colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento (aunque no la única), a efectos de determinar el valor de mercado (artículo 87 del TRLCSP). Lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, ó 292/2012, de 5 de diciembre), siendo forzoso reconocer en esta materia un amplio margen de estimación a la Administración (Resolución 420/2013, de 26 de septiembre)".

Sin embargo, dicha doctrina en ningún caso significa ni ampara que el precio del contrato pueda no cubrir los costes salariales del personal establecidos en el convenio colectivo de aplicación, toda vez que, en dicho supuesto, deberá concluirse que el presupuesto del contrato no resulta adecuado al mercado; así lo concluye el mismo Tribunal Administrativo en Resolución 422/2016 de 27 mayo: *"Teniendo en cuenta lo anterior debemos advertir que, si bien en principio se considera procedente tomar en consideración, como referencia para la determinación del presupuesto de licitación correspondiente a determinado contrato, el presupuesto utilizado en anteriores licitaciones, o el precio de adjudicación del contrato correspondiente a dichas licitaciones anteriores, referencias que se reputan válidas de como punto de partida a la hora de determinar cuál es el precio de mercado de determinado servicio -máxime cuando en la licitación han concurrido distintas empresas (extremo éste que desconocemos en este caso, puesto que sólo consta que en la licitación actual*

únicamente ha concurrido la UTE SAPJE-OSGA, entidad que también resultó adjudicataria en la anterior licitación del mismo contrato), ello no implica que el presupuesto no deba cubrir, en todo caso, los costes derivados de la ejecución del contrato, puesto que de lo contrario no nos encontraríamos ante un precio de mercado, y ello con independencia del hecho de que en la licitación se haya podido presentar alguna oferta (en este caso, una oferta, por parte de la empresa que es la actual adjudicataria del servicio).

Por lo tanto, y considerando correctos los cálculos realizados por la entidad recurrente -cálculos que, insistimos, no han sido rebatidos por el órgano de contratación, que nada ha alegado acerca de su corrección, el método empleado para efectuar los mismos, los conceptos tenidos en cuenta, o los importes manejados-, hemos de concluir que, en el supuesto analizado, la estimación del precio ha sido incorrecta, no siendo la misma adecuada "para el efectivo cumplimiento del contrato", como prescribe el artículo 87 del TRLCSP, ni "salvaguarda la libre competencia", principio fundamental de la contratación pública recogido en el artículo 1 del TRLCSP .

En consecuencia, procede estimar el recurso y acordar la retroacción de las actuaciones en orden a la fijación, en el PCAP, de un presupuesto de licitación acorde con las circunstancias del mercado, superior en todo caso al importe de los costes laborales asociados a la ejecución del contrato.»

Pues bien, estando en un caso análogo hemos de llegar en aras del principio de unidad de criterio, de seguridad jurídica y de confianza legítima a idéntica conclusión. Los cálculos de la entidad recurrente no han sido en modo alguno rebatidos por parte del órgano de contratación, que se limita a señalar cómo ha llegado a sus propios cálculos pero sin analizar la relación con el valor de mercado, en particular con el de un convenio colectivo que debe servir de clara orientación para cumplir tales expectativas de valor de mercado. Sin entrar a una valoración detallada de los cálculos de la entidad recurrente, lo cierto es que por lo menos en cuanto a salario y coste de seguridad social, en su determinación tanto anual como horaria (nótese que en la anual resulta de la suma del coste salarial previsto en el convenio colectivo y el coste de seguridad social) ya quedaría por debajo de lo previsto en el Convenio Colectivo, al señalarse como precio por hora de licitación 10,83 euros como máximo y resultar el precio por hora por convenio más seguridad social 11,43; sin entrar ya a valorar el 7% de materiales, costes y margen de beneficio, ya que estimamos que tal margen sí debe

admitir variación por los licitadores y no constituye elemento nuclear del concepto valor de mercado.

A la misma conclusión se llegó en la Resolución 963/2015, de 19 de octubre, en la que se señalaba que "al igual que en aquel supuesto, la asociación recurrente ha aportado una estimación, con arreglo a las tablas y conceptos salariales del convenio de aplicación, del coste que representa, en cómputo anual, la retribución del personal referido en el Anexo VI del PCAP, cuyo importe es superior al de la anualidad del presupuesto de licitación reflejada en los tales pliegos". De esta forma, tras destacar que, "según ha podido comprobar este Tribunal, los cálculos en que descansa dicha estimación son aritméticamente correctos y se ajustan a las tablas salariales contenidas en el referido Convenio" y que "el órgano de contratación, en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP, no cuestiona en modo alguno ni la vigencia y aplicación de tal convenio ni los propios cálculos realizados por la actora", se destacaba que "en la medida en que el convenio de aplicación establece la obligación de subrogación o absorción del personal que viniera ejecutando el contrato, es evidente que, como se señalaba en la resolución 728/2014, en el presente supuesto el coste de tal personal debe ser un elemento esencial para elaborar el presupuesto de licitación."

Así las cosas, se concluía: "Teniendo en cuenta todo lo expuesto (y sin perjuicio de resaltar que, al igual que en el supuesto objeto de la resolución 728/2014, en la presente licitación únicamente se ha presentado una oferta, lo que es elocuente indicio de la nula competencia suscitada), habiéndose advertido que el presupuesto de licitación fijado en los pliegos impugnados lo ha sido por importe inferior al de dichos costes laborales y sin margen, por tanto, para cubrir los gastos generales y el beneficio empresarial, procede concluir que ha sido minusvalorado con infracción de lo previsto en el artículo 87.1 TRLCSP, que impone a los órganos de contratación la precisa obligación de cuidar de que el precio "sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado". Por todo ello, el presente recurso debe ser estimado, anulando los pliegos rectores de la licitación a fin de que pueda fijarse un nuevo presupuesto de licitación acorde con los valores del mercado".

Especialmente reveladora resulta, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 5 de octubre de 2016, que revoca la Sentencia

dictada el 19 de junio de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Alicante - que desestimó la pretensión de invalidez frente a un acuerdo del Ayuntamiento de Cocentaina sobre convocatoria de la gestión indirecta del servicio de ayuda a domicilio en este municipio que en relación con los precios de servicios fijados por Convenio Colectivo razona que dichos Convenios no resultan vinculantes para la Administración, al tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte -, poniendo de manifiesto que *“TERCERO.- Accedemos a la revocación de la sentencia 259/2014, de 19 de junio . La decisión del tribunal parte de estas consideraciones: 1.- “... aplicación del convenio colectivo del sector” (página 7ª, escrito de apelación). (...)*

c.- Ambas partes han acompañado al recurso de apelación 606/2014 diversas decisiones procedentes del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La sala ha accedido a la aportación de alguna de tales decisiones.

Reproducimos aquí la sustancia del criterio que sigue este órgano administrativo especializado:

“... si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato” (resolución 728/2014, de 3 de octubre).

“... el Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar en varias resoluciones el problema de si la entidad contratante está ligada por los convenios colectivos (...) el criterio que hemos venido manteniendo de manera reiterada es que no es así”.

“... no se impone a la Administración un “suelo” consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja”.

“... A tenor de lo expuesto, los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento (aunque no la única) a efectos de determinar el valor de mercado (artículo 87 del TRLCSP)”

".. sin olvidar que la aplicación del susodicho artículo debe realizarse en el marco establecido por el propio TRLCSP en su artículo 1 (principio de eficiencia y objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto)".

"... Además, el órgano de contratación ha cumplimentado lo dispuesto en el artículo 88.5 del TRLCSP ya que ha tenido en cuenta - según consta también en la memoria (como base de cálculo) el contrato vigente durante los 12 meses anteriores" (resolución 797/2015, de 11 septiembre).

d.- Justificación del resultado al que llega el tribunal.

Nos decantamos por la postura jurídica propuesta por AERTE a la vista de que:

- la clave para establecer cuál es la solución más plausible que ha de darse a la controversia abierta en el recurso de apelación 606/2014 pasa por coordinar el enunciado legal vigente en un cierto artículo de la ley de contratos del sector público con la existencia de un convenio colectivo del sector económico en cuyo marco va a desarrollarse la contratación de que se trata;

- el enunciado legal en cuestión aparece en el artículo 87.1 de la ley de 14 noviembre 2011 :

"... Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación" ;

- ésta es la directriz básica que, al respecto, aparece en la normativa contractual;

- es verdad que tanto en el artículo siguiente del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como en el 1º de esta disposición general, existen menciones legales que, en cierta medida, podrían decantar la solución jurídica al proceso;

- la específica actúa bajo el título de: "Cálculo del valor estimado de los contratos", y ha sido traída por el Ente público titular del servicio cuya gestión encomienda a terceros:

"En los contratos de suministro o de servicios (...) a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos" ;

- como hemos comprobado, el Ayuntamiento de Cocentaina también otorga un especial valor al principio de control del gasto público:

"La presente Ley tiene por objeto (...) y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante (...) y la selección de la oferta económicamente más ventajosa" (artículo 1º, TRLCSP).

- aun dotando de importancia a estos dos últimos enunciados normativos, el tribunal asume que la piedra de toque del proceso viene dada por la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿es legítimo que una administración municipal recoja como precio de un contrato de servicios uno inferior al que derive de un convenio colectivo del sector en el que se enmarca el vínculo que pretende establecer con terceros?

Para nosotros, su contestación es negativa. Y es que el titular del servicio público no puede prescindir, sin más, de las estipulaciones contenidas en el documento laboral básico que fija la remuneración, condiciones de trabajo y otras características que deben ostentar los contratos de trabajo que las empresas que desarrollen su actividad en el ámbito de "la gestión de residencias de tercera edad, centros de día ... y servicio de ayuda a domicilio" pacten con sus empleados;

- el "precio de mercado" (cfr., artículo 87 del TRLCSP) es el precio que pueden ofertar las empresas del sector económico en cuyo seno se encuadra la relación contractual en cuestión;

- existiendo un convenio colectivo de sector, este precio no puede ser inferior, para todas las empresas que caigan dentro de su ámbito de dicción, al que en él se haya recogido;

- es insuficiente, a estos efectos, la previsión de un precio inferior en el vínculo que el Ayuntamiento de Cocentaina pactó con el prestatario del servicio público de ayuda a domicilio. Si se ha demostrado (como sucede en el recurso de apelación 606/2014) que "el precio general de mercado" ha de coincidir con el precio/hora de un convenio colectivo de enero 2013, la referencia normativa del artículo 88.5.a) habrá de ceder ante la constancia de que el concepto jurídico indeterminado sustancial de que hace uso el legislador de la ley de contratos del sector público se ve afectada, al establecerse un precio menor al general de mercado;

- *el control del gasto público es, desde luego, una mención trascendente. Pero ésta no determina el resultado acerca de si la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Alicante ha apreciado, con corrección, el ordenamiento jurídico aplicable al revisar la legalidad del acuerdo del Ayuntamiento de Cocentaina de convocatoria de la gestión indirecta del servicio público de ayuda a domicilio;*

- *si el convenio colectivo señalado por la asociación empresarial de residencias y servicios a personas dependientes de la Comunitat Valenciana debió ser un ineludible apunte a considerar por este municipio, las exigencias de restricción económica no bastan para avalar la adecuación a Derecho de los acuerdos que fueron recurridos en el proceso 289/2013”.*

En consecuencia, el presupuesto de los contratos debe cubrir los costes de personal resultantes del convenio colectivo de aplicación, de manera que en caso contrario el precio del contrato vulnera la exigencia de adecuación al mercado establecida en la normativa de contratación pública. Conclusión que aparece reforzada en nuestra LFCP, que en su artículo 49.3 determina que *“En todo caso, en los pliegos de cláusulas administrativas deberán incorporarse las siguientes advertencias; a) La de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista”.* Precepto que impone a la Administración la obligación de tener en cuenta los costes salariales a la hora de determinar el presupuesto de licitación, tal y como pusimos de relieve en nuestro Acuerdo 64/2016, de 28 de diciembre: *“(…) Respecto a la obligación de la entidad contratante de tener en cuenta los costes laborales a la hora de fijar el precio del contrato como de analizar la viabilidad de las ofertas económica de los licitadores, el Acuerdo de este Tribunal 10/2016, de 4 de enero señaló que: “SÉPTIMO.- Con carácter previo cabe recordar que el artículo 35.1 LFCP exige que los contratos tengan siempre un precio cierto y adecuado al mercado, previsión que no establece parámetros concretos para la determinación de los conceptos señalados pero que habrá de resolverse atendiendo a las peculiaridades de cada licitación concreta.*

Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”, e insiste en que “el artículo 203.2 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas no pretende que se cumpla solamente una formalidad cual es la inclusión del sistema de determinación el precio en una cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares, sino algo más: que el presupuesto del contrato, que se convertirá en su precio según la oferta seleccionada, se elabore con arreglo a un sistema que deberá ser el adecuado para valorar en términos económicos las prestaciones objeto del contrato”.

La Resolución 20/2014 de Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid pone de relieve que “la exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones, y correlativamente el monto de las ofertas, se ajuste a los precios de mercado, tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. Tratándose de contratos en que el coste del personal es significativo, tal y como este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones, los indicados precios de mercado a considerar en la oferta, deben tener obviamente en cuenta los salarios y demás prestaciones incluidas en su caso en los convenios colectivos aplicables”.

Dicha Resolución pone de manifiesto que “sin perjuicio de que el Convenio Colectivo no vincula a la Administración en cuanto es res inter alios facta, sí que sirve de parámetro de interpretación del enjuiciamiento de la viabilidad de la oferta”.

Sin embargo, tras la modificación operada en el art. 49.3 LFCP por la Ley Foral 1/2015, de 2 de febrero de 2015, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, los costes laborales no van a constituir ya un mero parámetro de interpretación del enjuiciamiento de la viabilidad de la oferta porque las entidades contratantes van a venir vinculadas por lo pactado en el propio

convenio al resultar obligadas a tener necesariamente en cuenta, a la hora de fijar los precios de licitación, los salarios y demás prestaciones incluidas en los convenios colectivos aplicables.

Así resulta del artículo 49.3 de la LFCP, que en su redacción actual señala al respecto la obligación de incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas las siguientes advertencias:

“ a) La de que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, a las condiciones establecidas por el último convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se encuadre la actividad de la empresa contratista.

b) La de que la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social.”

Esta exigencia legal de que las ofertas económicas sean adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio sectorial de aplicación ha sido tratada en distintos pronunciamientos de este Tribunal.

Así, el Acuerdo 12/2015, de 23 de febrero, viene a examinar dicha adecuación con ocasión de la exclusión de una oferta anormalmente baja, concluyéndose que todo licitador debe respetar la legislación laboral y que una reducción económica que pretenda justificar una reducción económica del coste laboral y conlleve un incumplimiento claro de las condiciones laborales no puede ser permitida y, en consecuencia, no puede servir para justificar la oferta.

Por su parte, el Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre, que resuelve una reclamación en la que se denunció incumplimiento del licitador de una oferta por debajo de los costes de convenio que pudiera constituir tanto una infracción de la 32 norma (artículo 49.3 letra b LFCP) como del PCAP, puso de manifiesto que corresponde a la Mesa de Contratación o a la unidad gestora del contrato apreciar ese ajuste antes de proceder a la valoración de la oferta, sancionando que "...una oferta económica que sea inferior al coste salarial invariable durante la vigencia del contrato debe ser excluida, como bien hizo la Administración reclamada con la mejor

proposición presentada para el Lote 1, pues en este caso no podrá nunca el adjudicatario cumplir con la exigencia normativa".

Por tanto, en primer lugar, la entidad contratante – dado el objeto del contrato, y especial relevancia del coste de personal cuya adscripción se requiere – debió calcular el valor estimado y el presupuesto de licitación aplicando el convenio sectorial aplicable en el ámbito del contrato; proceder que, además de ajustado a la legalidad, hubiera permitido analizar, de un modo aunque sea indiciario, si la oferta económica podía cubrir los costes salariales. (...)

Así, tampoco es de recibo apuntar que la vía que el ordenamiento jurídico articula para controlar el cumplimiento de las cláusulas sociales es la posibilidad de resolución del contrato o continuación con imposición de penalidades, es decir, en la fase de ejecución del contrato; puesto que, sin bien dicha actuación es exigible, el argumento realizado supone obviar la exigencia legal impuesta a las entidades contratantes de realizar dicho control al analizar las ofertas económicas presentadas y, lo que es más importante si cabe, al calcular el valor estimado de los contratos y el presupuesto de licitación de los contratos en el seno de las actuaciones preparatorias de los procedimientos de licitación de los distintos contratos públicos (...)"

Así pues, procede analizar si en el caso concreto que nos ocupa el precio máximo de los lotes determinado en el PCAP es suficiente para cubrir los costes del personal; análisis que se efectúa, exclusivamente, a la vista de la alegaciones de las partes, toda vez que, repetimos, no consta en el expediente de contratación referencia alguna a la forma de calcular el valor estimado del contrato.

En este sentido, sostiene la reclamante que, conforme al Anexo III del PPT, que contiene los precios máximos/día (IVA incluido) de los servicios de transporte escolar, distinguiendo entre precio con acompañante y precio sin acompañante, y por la diferencia entre ambos, resulta que el precio del acompañante para los diferentes servicios es de 15 euros, IVA incluido; importe coincidente con el coste /hora de dicho personal con arreglo al convenio colectivo de aplicación. Resultando que en los los servicios de duración superior a 55 minutos el coste del acompañante incumple el precio / hora del convenio colectivo; apuntando, en tal sentido, los cálculos correspondientes a distintas rutas.

La entidad contratante opone que los licitadores ofertan un precio conjunto por cada lote que incluye, a su vez, varias rutas, de manera que no procede realizar un análisis individualizado de las rutas sino del lote en su conjunto, donde el coste / hora del acompañante es menor al calculado por la reclamante, resultando que el importe máximo del conjunto del lote es suficiente para atender el coste de los acompañantes, por cuanto dentro de cada lote hay rutas de distinta duración, de forma que el coste medio del auxiliar está cuantificado de manera suficiente para el conjunto del lote.

Así las cosas, la entidad contratante no cuestiona el cálculo del coste del acompañante realizado por la reclamante, ni la afirmación realizada en el escrito de reclamación en relación a la falta de cobertura del coste salarial del acompañante, no rebatiendo suficientemente tal conclusión al indicar que dichos costes sí se cubren en relación con el conjunto de los lotes donde se comprendan servicios de duración superior a 55 minutos. Dicho de otro modo, la entidad reclamante pudo haber realizado, y no lo hizo, una comparativa de las rutas señaladas por la reclamante con el conjunto del lote correspondiente de la que resultase avalada su afirmación, lo que unido a la ausencia de informe correspondiente al cálculo del precio de contrato, no cabe sino deducir que hay líneas donde el coste del acompañante no alcanza a cubrir el previsto en el convenio y, por tanto, estimar la reclamación interpuesta, declarándose la nulidad del precio fijado en aquellos lotes que contienen líneas de duración superior a la indicado por no haber considerado los costes que pudieran derivar de los convenios.

OCTAVO.- Señala la reclamante, en último término, que la cláusula 13.e) del PCAP impone a los adjudicatarios la obligación de entregar a las Direcciones de los Centros Escolares, no a la Administración, los nombres y apellidos junto a su D.N.I., teléfono móvil y correo electrónico de contacto de los conductores y acompañantes asignados a cada lote en los casos en que el adjudicatario se haya comprometido a durante todo el contrato al mismo personal; previsión que, entiende, resulta contraria a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos.

La entidad contratante opone que el citado compromiso de mantenimiento del personal durante la ejecución del contrato es voluntario y, por tanto, no existe una

obligación de suministrar tales datos; resultando que dicha previsión obedece a garantiza la mejor prestación del servicio facilitando la inmediatez de las comunicaciones entre estos trabajadores y los responsables de los centros educativos.

En este sentido, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, en su artículo 11 admite la cesión a terceros de datos de carácter personal siempre que obedezcan al cumplimiento de fines relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y cuenten con el previo consentimiento del interesado. El primer requisito es consustancial a las actividades del cedente (empresa licitadora) y del cesionario (poder adjudicador). En cuanto al segundo, el artículo 12 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. dispone que *“1. El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.*

La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.

2. Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.

3. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho”.

Por tanto, tal y como pone de relieve la Resolución 55/2015, de 12 de mayo, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el marco de un contrato servicios del sector público se pueden solicitar datos de carácter personal de los miembros de la empresa, siempre y cuando el afectado haya sido informado de la finalidad de los datos que se ceden y haya prestado

su consentimiento. Al responsable de tratamiento corresponderá la prueba de la existencia del consentimiento y al órgano de contratación, en todo caso, velar porque dicho consentimiento haya sido recabado; motivo por el cual procede la desestimación de la pretensión que, sobre la cesión de datos de carácter personal, realiza la entidad reclamante.

Así pues, no obstante la desestimación del motivo de impugnación relativo a la vulneración de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, la reclamación interpuesta debe ser estimada en la medida en que lo es la pretensión ejercitada a través de la misma, toda vez, además de la falta de motivación de la determinación de los precios fijados en el PCAP, la omisión de la información relativa al personal que, en su caso, habrá de subrogarse y la circunstancia de que los precios máximos de las rutas de duración superior a 55 minutos con acompañante no cubren los costes salariales resultantes del convenio colectivo de aplicación determinan, por los motivos razonados, la declaración de nulidad de pleno derecho de los pliegos objeto de impugnación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por interpuesta por la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, contra los pliegos de la licitación “Contratación del servicio de transporte escolar con vehículos de más de 9 plazas durante el curso 2017-2018”, del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra; y anular el procedimiento de licitación, sin posibilidad de convalidación alguna

2º. Notificar este acuerdo a la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, así como al Departamento de

Educación, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 25 de septiembre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta . LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.