



Expte.: R-7/2018

ACUERDO 21/2018, de 12 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don V.C.D., en representación de la empresa “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.” (GIMA), frente al pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la licitación del contrato de mantenimiento, conservación y reparación del alumbrado público del Ayuntamiento de Galar.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de enero de 2018, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de asistencia para el mantenimiento, conservación y reparación del alumbrado público. El día 30 de enero de 2018 se publicó documentación complementaria necesaria para preparar la oferta de los licitadores, como “aclaraciones” a la licitación.

SEGUNDO.- El día 9 de febrero de 2018, se presentó, por parte de GIMA reclamación en materia de contratación pública, en la que señala que no figuran en los pliegos ni documentos adjuntos, datos relativos a la subrogación del trabajador que presta servicios de mantenimiento preventivo y correctivo objeto del contrato.

Entiende que esta ausencia es una infracción de lo dispuesto por el artículo 104 de la Ley Foral de Contratos Públicos. Afirma además la interesada que, siendo la empresa que viene prestando el servicio hasta el momento, no han sido requeridos por parte de la entidad contratante para aportar la información necesaria a este respecto para incorporar al pliego.

TERCERO.- El día 19 de febrero de 2018 el Ayuntamiento de Galar completa la aportación del expediente de contratación al que acompaña escrito de alegaciones en el que señala que procede la inadmisión de la reclamación porque el defecto que alega el reclamante, afirma, no está contemplado entre los supuestos tasados que pueden motivar una reclamación en materia de contratación pública de acuerdo con lo previsto por el artículo 210.3 LFCP. A mayor abundamiento afirma que la única obligación legal de aportar información referente a las condiciones de subrogación es la que deriva del artículo 49.3.c) LFCP en relación con los contratos de concesión de servicios, y no afecta a los contratos de asistencia.

En consecuencia, solicita la inadmisión de la reclamación y entiende que no se produce ninguna infracción del ordenamiento jurídico.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte del Ayuntamiento de Galar, poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

SEGUNDO.- El objeto de la reclamación está constituido por el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la licitación del contrato de mantenimiento, conservación y reparación del alumbrado público; acto susceptible de impugnación a través de esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 210.1 y 2.a) LFCP.

TERCERO.- La reclamación en materia de contratación pública tiene un régimen jurídico especial, recogido en los artículos 210 a 213 LFCP y caracterizado por los plazos breves de resolución, su conocimiento por parte de un órgano específico –el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra–, el establecimiento de causas tasadas para la interposición de la reclamación y la existencia de una legitimación amplia.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210.1 LFCEP “*La reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas, dictados por una entidad sometida a la presente Ley Foral en un procedimiento de adjudicación, en los términos previstos en esta Ley Foral respecto al Parlamento de Navarra y la Universidad Pública de Navarra. Igualmente, las empresas o profesionales interesados en la adjudicación de los trabajos de un encargo a un ente instrumental podrán interponer reclamación contra los actos de realización de la misma*”.

La configuración de esta vía de impugnación responde a las exigencias de la Directiva 2007/66 del Parlamento Europeo que en su artículo 1 establece lo siguiente: “*2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales. 3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.*”

De lo anterior se desprende, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, que la existencia o no de un interés en el reclamante, y en consecuencia la legitimación activa o la falta de ella para interponer la reclamación está en íntima y necesaria relación con la posibilidad de participar en una determinada licitación. Siendo por tanto la finalidad de la reclamación proteger la libre competencia y la igualdad de trato entre las personas físicas o jurídicas interesadas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, en la que se define el concepto de legitimación en materia contractual pública, señala que: *"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 citada por la de 4- 6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien, no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos, sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado"*.

Por lo tanto, la condición de interesado no debe ser entendida en un sentido estricto, referida únicamente a los licitadores de un determinado procedimiento, sino que es predicable de todas aquellas personas que como establece la LFCP vean perjudicadas sus expectativas por la actuación irregular de una entidad sometida a la LFCP, sin que ello signifique en ningún caso el reconocimiento de una acción pública para el control de la legalidad, que no encuentra amparo en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, tal y como señalamos en el Acuerdo antes citado, para reunir la condición de interesado debemos estar en presencia, no de cualquier tipo de ventaja moral o hipotética, sino que tiene que tratarse de una ventaja específica derivada de la licitación; y esta ventaja puede consistir en la participación en la licitación o en otra diferente, pero tiene que estar concretada de manera precisa y debe constar al Tribunal.

En principio, ostenta legitimación activa todo aquél que es licitador o está en condiciones de serlo, sin perjuicio del reconocimiento de tal condición a otros interesados no licitadores. Como señalamos en el Acuerdo 29/2016, de 14 junio, de este

Tribunal, *“por tanto, aun siendo la empresa reclamante ajena al acuerdo marco cuya nulidad postula por razón de su tramitación como procedimiento negociado que, por su especificidad técnica, excluyó toda concurrencia de posibles competidores, resulta patente que la invocación de una expectativa concreta que se ha visto perjudicada como potencial licitador le permite ostentar legitimación para plantear la reclamación interpuesta”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamante es la actual adjudicataria del contrato objeto de licitación, resultando que, como se ha indicado, el objeto de la misma es el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador del mismo. En el expediente remitido por la entidad contratante a este Tribunal no consta si la reclamante ha presentado oferta en el seno del citado procedimiento, toda vez no se ha aportado el listado de licitadores; empero, la legitimación activa le viene dada por la intención de poder concurrir a la licitación o hacerlo en condiciones más beneficiosas que las que figuran en la convocatoria a la que se contrae la reclamación.

En consecuencia, se advierte un interés legítimo en el reclamante, por lo que existe legitimación activa para formular la reclamación presentada.

CUARTO.- La reclamación ha sido presentada, dentro del plazo de diez días naturales establecido para ello por el 210.2.b) de la LFCP, teniendo como “dies a quo” el de la publicación de la documentación complementaria, de acuerdo con el criterio de este Tribunal, recogido en el Acuerdo 35/2016, de 5 de julio, en el cual se señala: *“En nuestro caso, el plazo de diez días previsto para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública en el artículo 210.2 LFCP, que es, en efecto, plazo de caducidad, debe entenderse iniciado cuando la entidad contratante publica en forma toda la documentación complementaria al anuncio de licitación, sin que resulte razonable que la imposibilidad de realizarla correctamente, atribuible únicamente a la Administración, perjudique a los interesados en ninguno de los derechos que en concepto de tales les asisten...”*; y ello habida cuenta que es en la fecha en la que se publica la documentación complementaria al pliego cuando estuvo a disposición de los

interesados la documentación contractual en condiciones suficientes como para permitirles interponer una reclamación fundada.

QUINTO.- La entidad reclamante cuestiona la legalidad del pliego de cláusulas administrativas regulador del contrato de mantenimiento, conservación y reparación del alumbrado público del Ayuntamiento de Galar; aduciendo, como único motivo de impugnación, que no figuran en los pliegos ni documentos adjuntos, los datos relativos a la subrogación del trabajador que presta servicios de mantenimiento preventivo y correctivo como personal contratado de la actual adjudicataria.

Alegada por la entidad contratante la procedencia de la inadmisión de la reclamación por estimar que no concurre ninguno de los motivos tasados en que puede fundarse la misma, debe examinarse, en primer término, la concurrencia o no de la alegada causa de inadmisión, toda vez que su resultado depende el análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

El Tribunal Constitucional tiene declarado en sentencias de 31 de marzo de 1981 y 29 de marzo de 1982, entre otras muchas, que el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, no comprende el derecho a la obtención de una decisión acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución conforme al Ordenamiento Jurídico, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello.

Por ello, deberemos considerar, en primer lugar, si en este caso se cumplen los requisitos procesales que la norma de aplicación fija para hacer viable una reclamación en materia de contratación pública.

En este sentido, conviene advertir que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione ” exige

restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, Sentencia de 11 de abril de 2013 -, pone de relieve que *“Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”*.

Al hilo de lo anterior, en nuestro Acuerdo 53/2017, de 7 de septiembre, razonamos que *“(…) Efectivamente, los supuestos de inadmisibilidad de la reclamación en materia de contratación pública impiden la tramitación del procedimiento y su resolución con pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas, inciden en el ámbito de la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva correspondiente derecho de acceso a la jurisdicción, donde el principio pro actione despliega toda su eficacia; si bien no podrá apreciarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que concurra alguna de las causas legales de inadmisión previstas, por cuanto el derecho a obtener una resolución fundada y adecuada al ordenamiento jurídico puede ser de satisfecho mediante un pronunciamiento de inadmisión, aun cuando tal resolución no entre al fondo del asunto, si concurre causa legal para ello. Así lo ha declarado de manera reiterada el Tribunal Constitucional, por todas Sentencia de 26 de noviembre de 2012, cuyo fundamento de derecho segundo dice: (...) En suma, la resolución judicial que nos ocupa en el presente proceso constitucional sólo será conforme con el art. 24.1 CE cuando no elimine u obstaculice injustificadamente el derecho de todo recurrente a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la pretensión de fondo ante él formulada (por todas, STC 30/2003, de 13 de febrero, FJ 3).”* Así pues, en aplicación del reiterado principio pro actione, al

*analizar la posible inadmisión de un recurso, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2006, de 24 de abril, primero habrá que dilucidar si la causa de que trate está prevista legalmente; y sólo de resultar procedente, en abstracto, dicha decisión por contar con cobertura legal, deberá analizarse su proporcionalidad en atención a las circunstancias en cada caso concurrentes. (...)*

El artículo 210.3 LFCP determina que *“La reclamación deberá fundarse exclusivamente en alguno de los siguientes motivos:*

*a) Encontrarse incurso el adjudicatario en alguna de las causas de exclusión de la licitación señaladas en esta Ley Foral.*

*b) La falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario.*

*c) Las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados.*

*d) Los encargos a medios instrumentales propios y las modificaciones contractuales, estén previstas o no en el contrato inicial, que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral y supongan o puedan suponer la adjudicación ilegal de un contrato público. En el caso de las modificaciones contractuales, ostentarán legitimación activa para reclamar únicamente los licitadores admitidos a la licitación del contrato inicial”.*

Por su parte, el artículo 213.3 del mismo cuerpo legal dispone que *“Serán causas de inadmisión de la reclamación:*

*a) La interposición extemporánea.*

*b) La falta de legitimación del reclamante.*

*c) La falta de subsanación de la solicitud.*

*d) La falta de competencia del tribunal.*

*e) La carencia manifiesta de fundamento.*

*f) La presentación fuera del cauce telemático establecido en esta ley foral o en su normativa de desarrollo”.*



En consecuencia, de dichos preceptos resulta que las causas de interposición de la reclamación en materia de contratación pública son tasadas, de manera que para determinar la procedencia o no de la misma debe analizarse previamente si el supuesto coincide con alguno de los previstos en la norma y que tienen carácter de "numerus clausus"; análisis que requiere, conforme al principio de seguridad jurídica, una interpretación restrictiva de la concurrencia de causa de inadmisión fundada en tal motivo.

Debe señalarse, además, que la interpretación de todas las causas de inadmisión debe preservar el efecto útil de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos; que aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades.

Llegados a este punto, debemos advertir que los términos en que está formulado el escrito de interposición de la reclamación resultan especialmente parcos, sin que el reclamante siquiera indique o apunte el concreto motivo de impugnación de los previstos en la norma en que incardina los hechos que fundamentan el ejercicio de la acción; tampoco la estructura del escrito se identifica con un escrito de interposición de recurso, puesto que, al margen de la fundamentación errónea o no, no contiene un suplico como tal, limitándose a indicar que *“esperamos cualquier aclaración al respecto que se precise para incorporar al pliego”*.

Pues bien, de conformidad con el artículo 210.7 LFCP *“En todo lo no previsto en el presente Título se aplicarán las disposiciones en materia de recursos previstas en la legislación reguladora del procedimiento administrativo”*; disponiendo el artículo 115 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al regular la interposición de los recursos administrativos, que *“1. La interposición del recurso deberá expresar:*

*a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.*

*b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.*

*c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.*

*d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.*

*e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.*

*2. El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.*

*3. Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado”.*

En lo que al contenido del escrito de interposición del recurso se refiere adquiere especial relevancia la exposición de las razones por las que se ejercita la acción, y ello en la medida en que su omisión puede llegar a determinar la desestimación del recurso interpuesto, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de Madrid de 21 de febrero de 2012: *"En el caso de autos el recurso de apelación no contiene argumentación alguna que aluda a la fundamentación de la sentencia apelada y esta inexistencia de motivos o alegaciones impugnatorias de dicha sentencia obliga, conforme a la citada jurisprudencia, a desestimar el recurso de apelación por la inexistencia de motivos revisorios a tener en cuenta por esta Sala, que debe mantener, por ello, el criterio del Juzgador de instancia que no ha sido atacado o criticado por el apelante, a salvo la mera afirmación de considerarla no ajustada a Derecho y que la Sala considera ajustada a Derecho."*

No obstante, nuestra jurisprudencia, en relación con los requisitos formales de los escritos de demanda en el proceso contencioso-administrativo, ha recordado que el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción exige que se consignen en aquéllos, con la debida separación, los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan en el proceso; si bien ha interpretado la exigencia de dichos requisitos con un

espíritu antiformalista, propio del Derecho Administrativo, pero exigiendo un mínimo de fundamentación en el análisis de los hechos en relación al derecho aplicable para delimitar y justificar la pretensión. Espíritu antiformalista que, con mayor razón, debe presidir tal interpretación en relación con los recursos administrativos en que, como sucede con la reclamación en materia de contratación pública, para su interposición no es preceptiva la asistencia de letrado, lo que debe flexibilizar el enjuiciamiento de los requisitos formales relativos al contenido de los escritos de interposición.

Así lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2001, que razona que *"lo que singulariza una pretensión es su «petitum» y la alegación fáctica realizada para fundamentarla, siendo éstos los elementos principales que la configuran. La mera ausencia o la errónea cita de los preceptos legales que puedan apoyar el eventual éxito de dicha pretensión no es razón bastante para invalidar formalmente la demanda a cuyo través haya sido ejercitada, cuando constan aquellos elementos principales"*.

Lo cierto es que, en el caso concreto que nos ocupa, tan escueta fundamentación logra, no obstante, evidenciar la voluntad de la entidad reclamante, que no es otra que cuestionar el PCAP regulador por no comprender los aspectos relativos a la obligación del contratista que resulte seleccionado de subrogar al personal que presta sus servicios en la empresa que actualmente es la adjudicataria del contrato; y aun omitiendo el suplico en el escrito de interposición se puede saber, y no adivinar, cual es la pretensión ejercitada, a saber, la anulación del PCAP con objeto de que se proceda a incorporar la información sobre el trabajador a subrogar por la empresa que resulte adjudicataria.

Así pues, el motivo de impugnación es la falta de previsión en los pliegos relativa al personal a subrogar; cuestión ésta que, en el supuesto de ser exigible, supone una infracción al principio de transparencia en materia de contratación pública, tal y como hemos puesto de manifiesto, entre otros, en nuestro Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre; motivo éste, el relativo a la vulneración del citado principio, que constituye uno de los motivos tasados que el precepto antes transcrito contempla en orden a la posibilidad de utilizar la acción de impugnación ejercitada.

En consecuencia, procede rechazar la causa de inadmisión alegada, debiéndose apuntar que la propia entidad contratante en su informe de alegaciones confunde la inadmisión de la reclamación con su desestimación, toda vez que tras indicar que el concreto motivo de impugnación no se encuentra entre los regulados en el artículo 210.3 LFCP, lo cierto es que concluye en que la obligación de subrogación no resulta de aplicación en la tipología de contratos de asistencia; alegación que, repetimos, en caso de ser cierta, conduciría a la desestimación de la reclamación, pero no a la inadmisión de la misma sin analizar la cuestión de fondo planteada a través de su interposición.

SEXTO.- En cuanto a la cuestión de fondo planteada en el escrito de reclamación, alega el reclamante que no figura en los pliegos y documentos de la licitación datos relativos a la subrogación del trabajador que presta, en la empresa adjudicataria del contrato en la actualidad, los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo; circunstancia que vulnera lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Contratos Públicos. Añade, en este sentido, que no ha recibido solicitud alguna para incorporar a los pliegos los datos relativos a la subrogación del trabajador que actualmente presta dichos servicios.

La entidad contratante opone que ni en el alegado artículo 104 ni en el resto de preceptos de la legislación foral se obliga a ofrecer esta información en los pliegos correspondientes a la licitación de contratos de asistencia; indicando que únicamente el artículo 49.3.c) LFCP obliga a ello en los contratos de concesión de servicios.

Asiste razón a la entidad contratante cuando indica que el artículo 104 LFCP no regula la obligación de información en los pliegos a que hace referencia la reclamante, toda vez que dicho precepto se refiere a los reajustes de las anualidades en gastos de carácter plurianual. Partiendo de la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado y de las reglas contenidas en las Directivas europeas, reconocida por el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, lo cierto es que tampoco contiene

tal regulación el artículo 104 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (vigente en el momento de aprobación del expediente de contratación), que versa sobre las garantías a prestar en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas; resultando que el preceptor alegado se corresponde con el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, norma derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que regula tal extremo en su artículo 120 relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

Sin embargo, tal y como se ha expuesto anteriormente, la errónea cita de los preceptos legales que pueden apoyar el eventual éxito de la pretensión ejercitada no es razón bastante para invalidar la reclamación, puesto que dicho defecto no impide la identificación del objeto y de la causa de este procedimiento ni, en consecuencia, dictar una resolución fundada en Derecho; y ello conforme a las exigencias derivadas del principio “pro actione” y de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE.

Expuesto el debate planteado en los términos indicados, la 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; y ello partiendo del hecho de que la entidad contratante reconoce en su escrito de alegaciones que el PCAP no recoge información sobre el personal a subrogar, toda vez que entiende que ello no es exigible por no tratarse de un contrato de concesión de servicios sino de asistencia.

Tal y como indica la Resolución 150/2012 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, “*La Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los*

*citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos”.*

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 lo señalaba el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 31/1999 al indicar que *“En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”.*

Tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, 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 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 obliteración de subrogación del personal.

La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 295/2017, de 1 junio, razona, en este sentido, que *“(…)En suma, y pese a su equívoca redacción, el artículo 120 TRLCSP no permite imponer "ex novo" una obligación de subrogarse, tal y como ha declarado la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de enero de 2017 :«Y la referencia que hace la sentencia al artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, no lleva a una solución distinta pues solamente se refiere a la información que han de ofrecer sobre la subrogación los contratos que la impongan a los adjudicatarios.»*

*Difícilmente podía ser de otro modo cuando el propio Alto Tribunal había afirmado en sentencia de 11 de junio de 2004: «Las responsabilidades laborales y de Seguridad Social que puedan corresponder en relación a la plantilla laboral que empleó el anterior concesionario es una cuestión ajena al contrato administrativo, que se rige por la legislación laboral y compete decidir a los órganos de la jurisdicción social. Es esta última la que en concreto habrá de resolver si el cambio de concesión comporta la sucesión de empresa que lleva inherente la subrogación en las obligaciones laborales y de Seguridad Social, cuáles han de ser los términos de esa subrogación y quienes han de soportarla.»*

*B) Este escenario no se ve afectado por la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE que no contiene precepto alguno que permita atribuir a los órganos de contratación la capacidad para imponer "ex novo" un deber de subrogación en las relaciones laborales de la empresa saliente. Es esta una cuestión que se sigue contemplando como algo ajena al procedimiento de licitación y que debe*

*ser regulado por el Derecho Laboral, sea el de cada Estado miembro, el de la Unión o, en fin, el Derecho Internacional del Trabajo; así resulta del artículo 18.2:*

*"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 o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X."*

*Corroboran esta aseveración los apartados 37 y 39 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE:*

*"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 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."*

*Como constatamos en nuestra Resolución 1031/2016, el nuevo marco comunitario no se limita a prever un deber de información sobre las obligaciones laborales, sino que exige a los Estados tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las mismas por parte de los operadores económicos. Entre dichas medidas cabe, sin duda, incluir en el clausulado del contrato respectivo estipulaciones destinadas a asegurar el efectivo respeto a las normas legales o convencionales aplicables. Adviértase, empero, que se trata en todo caso de asegurar el cumplimiento de obligaciones impuestas por normas laborales y no de dotar al órgano de contratación del poder de adoptar medidas tuitivas en defensa de los trabajadores, por más que puedan reputarse convenientes.*

*En particular, del inciso del considerando 37 "sin embargo, ello no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores", no debe inferirse la atribución a los órganos de contratación de poderes dirigidos a regular, con ocasión de la licitación de contratos públicos, las relaciones de trabajo. Tal lectura supone atribuir al Derecho de la Unión un alcance del que, a día de hoy, carece, en la medida en que afectaría a la propia autonomía institucional de los Estados (cfr.: artículos 4 y 5 del Tratado de la Unión Europea); por ello, el inciso transcrito ha de ponerse en conexión con el que le precede, relativo a la necesidad de asegurar el cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos por todos los Estados miembros; desde esta perspectiva, se comprende el verdadero sentido de la expresión que comentamos, que no es otro que el de aclarar que el cumplimiento de los tratados internacionales no obsta a la aplicación de otra normativa (legal o convencional) más favorable para los trabajadores (...)"*.

Tal y como pone de relieve la entidad contratante, el artículo 49.3.c) LFCP al regular la obligación de subrogación del personal se refiere únicamente a los contratos de concesión de servicios, exigiendo que en los pliegos se incorpore la advertencia de "En el caso de la concesión de servicios, la de que la contratación se encuentra sometida, en su caso, a la subrogación de todos los trabajadores con una antigüedad mínima de tres meses que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la

*actividad objeto del contrato, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido. Cuando se prevea la posibilidad de que la empresa adjudicataria contrate con terceros la realización parcial del contrato, se contemplará la obligación de esa segunda empresa de subrogar a todos los trabajadores y trabajadoras que con anterioridad venían desarrollando esa actividad, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido”.*

Sin embargo, el apartado a) del mismo precepto exige, esta vez con carácter general para todos los contratos públicos que, en todo caso, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incorpore la advertencia 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.

Así pues, en los contratos de asistencia, la obligación de subrogación del personal por parte de la nueva adjudicataria del contrato de que se trate - cuestión ésta correspondiente al ámbito laboral - procederá cuando así se prevea de modo expreso en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones que se indique en el mismo.

SEPTIMO.- La conclusión alcanzada en el fundamento de derecho precedente determina la necesidad de examinar el convenio colectivo de aplicación a los servicios cuya contratación constituye el objeto del procedimiento de licitación. Así, si bien la reclamante ninguna referencia realiza a este extremo, lo cierto es que a la actividad objeto del contrato de asistencia al que se contrae la reclamación resulta de aplicación el

Convenio Colectivo Autonómico para la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra, en la medida en que el artículo 2 del vigente convenio colectivo dispone que *“El Ámbito Funcional de este Convenio Colectivo comprende a todas las empresas y trabajadores que realizan su actividad, tanto en el proceso de producción, como en el de transformación en sus diversos aspectos, de manipulación o almacenaje, comprendiéndose, asimismo, aquellas empresas, centros de trabajo o talleres que llevan a cabo trabajos de carácter auxiliar, complementarios o afines, directamente relacionados con el Sector, o tareas de instalación, montaje, reparación, mantenimiento o conservación, incluidos en dicha rama o en cualquier otra que requiera tales servicios, así como, las empresas fabricantes de componentes de energía renovable.*

*También será de aplicación a las industrias metalgráficas y de fabricación de envases metálicos y boterío, cuando en su fabricación se utilice chapa de espesor superior a 0,5 mm, joyería y relojería, instalaciones eléctricas, tendidos de líneas de conducción de energía, tendidos de cables y redes telefónicas, señalización y electrificación de ferrocarriles, instaladores y mantenedores de grúas torre, industrias de óptica y mecánica de precisión, recuperación y reciclaje de materias primas secundarias metálicas, fabricación o manipulación de circuitos impresos, así como, aquellas actividades, específicas y/o complementarias, relativas a las infraestructuras tecnológicas y equipos de la información y las telecomunicaciones.*

*Estarán, igualmente, afectadas todas aquellas actividades, nuevas o tradicionales, afines o similares a las incluidas en los apartados anteriores del presente artículo.*

*Quedan fuera de este ámbito, además de las específicamente excluidas en su texto, las empresas dedicadas a la venta de artículos en proceso exclusivo de comercialización”.*

Concretamente, en la actualidad está vigente el convenio colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra 2015, 2016 y 2017, conforme a lo dispuesto en su artículo 5 que, en relación con la eficacia temporal del mismo determina que *“El presente Convenio Colectivo entrará en vigor al producirse su publicación en el Boletín Oficial de Navarra, y mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017. No obstante, los aspectos económicos retrotraerán su vigencia al 1 de enero de 2015. Al término de la vigencia temporal del presente Convenio, en tanto*

*no se sustituya por uno nuevo, quedará vigente el contenido normativo del mismo durante un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de denuncia. A todos los efectos legales las partes dan por denunciado el presente convenio con fecha de efectos 31 de diciembre de 2017”; y ello en la medida en que el mismo no ha sido objeto de sustitución.*

Así las cosas, el artículo 50 del citado convenio colectivo, al regular las contrataciones, determina que *“Las partes firmantes del presente Convenio consideran como objetivo prioritario el mantenimiento del empleo y la creación de nuevos puestos de trabajo, comprometiéndose a propiciar, dentro de marcos negociados, las medidas necesarias para la consecución de dicho objetivo, en el conjunto de las empresas del Sector del Metal.*

*Las partes se comprometen a fomentar un uso adecuado de las modalidades de contratación, de forma que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos, y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales. (...)*

*H) Subrogación.*

*A la finalización de un contrato de mantenimiento ejecutado por empresa a la que sea de aplicación el presente Convenio Colectivo, suscrito con la Administración Pública, la nueva empresa adjudicataria de dicho trabajo, y desde el momento que sea efectiva dicha adjudicación, asume el compromiso de subcontratar a los trabajadores que vinieran llevando a cabo ese trabajo, los cuales tendrán derecho a subrogarse en la nueva adjudicataria, siempre que se den los siguientes requisitos:*

*a) Que la anterior empresa llevase al menos 12 meses prestando el servicio objeto del contrato con la Administración Pública.*

*b) No se podrá subrogar a aquellos trabajadores que lleven menos de 6 meses afectos a ese servicio y centro de trabajo.*

*b) Sólo serán objeto de subrogación los trabajadores que hayan sido contratados para la función de mantenimiento y así conste en sus contratos, salvo que se acredite ante la nueva empresa que el trabajador se encuentra adscrito al servicio de mantenimiento, en cuyo caso quedaría subrogado.*

*Para que opere la subrogación, la empresa cesante en el servicio de mantenimiento deberá preavisar documentalmente al personal afectado la resolución del contrato firmado con la Administración Pública, así como la nueva empresa adjudicataria del mismo, a la que deberá acreditar la relación de los trabajadores afectados con sus contratos individuales debidamente diligenciados, así como las nóminas y TC 2 donde se encuentren los mismos, de los últimos 6 meses.*

*Asimismo, el trabajador percibirá con cargo exclusivo a su anterior empresa los haberes de salarios, partes proporcionales de pagas extras, vacaciones, etc, que le pudieran corresponder hasta la fecha que la empresa cesante dejó de prestar servicios siendo única responsable de dichos pagos”.*

Como puede observarse el convenio colectivo de aplicación sí contempla la obligación de subrogación de personal cuando se finalice un contrato de mantenimiento ejecutado por una empresa a la que sea de aplicación dicho Convenio Colectivo y suscrito con la Administración Pública; obligación que se prevé de manera genérica, es decir, tanto si el contrato suscrito con la Administración se califica como concesión de servicios como si se configura como contrato de asistencia. Subrogación que deberá efectuarse conforme a las condiciones previstas en el mismo, siendo esta cuestión competencia de la Jurisdicción Social.

Pues bien, sentada la obligación de subrogación impuesta por el convenio colectivo, como ya indicamos en el citado Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, 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 (...)*”.

Sentado lo anterior, debe advertirse que la subrogación del personal se regirá, en estos casos, por las estrictas normas que la disciplinan – el convenio colectivo -, no siendo competencia de este Tribunal resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas laborales, cuya correcta interpretación es una labor que no puede corresponder a este Tribunal, sino que la resolución de la discrepancia sobre la correcta aplicación del convenio colectivo ha de ser competencia de los tribunales de la Jurisdicción Social. Motivo por el cual los Pliegos han de limitarse a informar a los potenciales licitadores de la existencia de la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del contratista actual en todos los casos en los que dicha obligación derive de las normas legales o convencionales aplicables, y ello con el fin de proporcionar la información necesaria para que puedan formular una proposición fundada, a fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta, entre los costes, esta eventualidad.

Ello obedece a que 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 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.).

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 220/2017, de 24 de febrero, pone de manifiesto que *“(...)Es más, sobre la incidencia del PPT en las relaciones laborales vigentes, y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, hay que recordar que la que el criterio de este Tribunal (Resolución 375/2016, de 13 de mayo), 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 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.(...)”*

Asimismo, en la Resolución 674/2015 de 17 julio, el mismo Tribunal administrativo 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, atendidos los términos del convenio colectivo de aplicación, y teniendo en cuenta que la entidad contratante no combate la afirmación de la reclamante en relación a la procedencia de subrogar al empleado que presta los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo – de donde cabe interpretar que pudieran concurrir los requisitos establecidos en el artículo 50.h) como presupuestos para que opere la subrogación - debe concluirse que, en el presente caso concurre, cuando menos, apariencia de que puede existir obligación de subrogar el personal por parte del adjudicatario del contrato de mantenimiento, conservación y reparación del alumbrado público del Ayuntamiento de Galar, 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 („,„)".*

En consecuencia, procede la estimación del motivo de impugnación esgrimido por la reclamante, toda vez que el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la licitación no se ajusta a derecho en la medida en que no contiene la información relativa al personal a subrogar por la nueva adjudicataria en cumplimiento de lo dispuesto al efecto por el convenio colectivo sectorial de aplicación.

OCTAVO.- 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.

Sobre este particular indicamos en nuestro Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, 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, resultando que la omisión de tal información supone una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, principios fundamentales recogidos en el Derecho comunitario y en el artículo 21 de la LFCP.

Y ello es así en la medida en 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, debe incluirse la determinación de las condiciones del personal a subrogar cuando pueda existir una apariencia de que puede existir obligación de subrogación; siendo así 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, quienes, por otro lado, en caso contrario quedarían colocados en una posición privilegiada con respecto a los restantes licitadores.

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”*.

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 interpuesta por don V.C.D. en representación de la empresa “Grupo Industrial de Mantenimiento Avanzado de Navarra, S.L.” (GIMA) frente al pliego de licitación del contrato de mantenimiento, conservación y reparación del alumbrado público del Ayuntamiento de Galar, disponiendo la nulidad del mismo y, en consecuencia, la imposibilidad de continuar el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este acuerdo a GIMA, al Ayuntamiento de Galar así como al resto de interesados que figuren en el expediente 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 12 de marzo de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.  
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.