



Expediente: 80/2022

ACUERDO 101/2022, de 2 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña A. S. E., en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, frente al pliego regulador del contrato de “*Soporte Informático de Primer Nivel (CAU) para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra durante el año 2023*”, publicado por el Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de octubre de 2022, el Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de “*Soporte Informático de Primer Nivel (CAU) para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra durante el año 2023*”.

La publicación de dicho anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 4 de octubre.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de octubre, doña A. S. E. interpuso, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego regulador del contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Que, durante el mes de abril de 2022, con anterioridad a la publicación del anuncio de licitación del contrato, se solicitó al presidente del comité de empresa de Computadores Navarra, S.A. (CONASA) la información laboral aplicable a la empresa,

dando cumplimiento al artículo 67 de la LFCP. Se adjunta dicha notificación como documento nº 2.

Que el 29 de abril el presidente del comité de empresa informó al órgano de contratación de lo siguiente:

“1. Que las condiciones de la plantilla afectada vienen reguladas por el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra para sus trabajadores de Navarra.

2. Que el último convenio colectivo publicado en el BON tiene una vigencia hasta el 31 de Diciembre de 2022 inclusive (Boletín Oficial de Navarra número 223, de 12 de noviembre de 2019)”.

Se adjunta dicha comunicación como documento nº 3.

Que cabe mencionar que la información facilitada se corresponde con el fallo de varios litigios judiciales donde se debatían principalmente dos cuestiones:

- La existencia de una cesión ilegal de trabajadores por parte de Micro Navarra, S.L.
- El convenio colectivo que resultaba de aplicación para los trabajadores de este servicio, con independencia de la empresa donde trabajaran.

Que, a pesar de que no todas estas resoluciones son firmes, lo cierto es que todas coinciden en lo mismo: existe cesión ilegal de trabajadores, estableciéndose que son trabajadores de CONASA, y el convenio colectivo que resulta de aplicación para todos ellos, con independencia de la empresa donde trabajen, es el del Sector del Comercio del Metal de Navarra, tal y como correctamente informó el presidente del comité de empresa a la Administración. Se adjuntan diversas sentencias relativas a esta cuestión como documentos nº 4 a 6.

Que, a pesar de haberse facilitado la información relativa a las condiciones laborales, el pliego regulador de la contratación no ha tenido en cuenta la información facilitada por el presidente del comité de empresa. Así, en relación con el convenio colectivo de aplicación, el punto 1.2 del Anexo IV del pliego establece lo siguiente:

– *“Convenio colectivo del Sector Comercio del Metal de Navarra: 48 personas – 1742 horas anuales.*

– *Convenio colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado de la Opinión Pública: 4 personas – 1746 horas anuales.*

– *Pacto de empresa “MICRONAVARRA”: 2 personas – 1746 horas anuales”.*

Que, si bien es cierto que en el punto 6 de este anexo se indica la existencia de cuestiones judiciales pendientes, nada se indica sobre el convenio colectivo aplicable. Además, las citadas sentencias ya han establecido que, con independencia de la existencia de cesión ilegal de trabajadores, el convenio que resulta de aplicación debido a la actividad económica de la empresa es el del Sector del Comercio del Metal de Navarra.

Que, sin embargo, los pliegos obvian este aspecto y consideran varios los convenios colectivos aplicables, contraviniendo lo dispuesto en sentencias judiciales firmes, llamando poderosamente la atención que el propio pliego especifique lo siguiente: *“Nota: En Conasa tanto el objeto social como la actividad reflejada en las escrituras de constitución de la compañía permiten la aplicación de varios convenios en función de la actividad a realizar tales como el Convenio del Metal, Convenio de Consultoras o el pacto de empresa de Micronavarra”.*

Que los pliegos, contraviniendo lo establecido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, consideran aplicables en una empresa varios convenios colectivos, sin tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la actividad mayoritaria en la empresa, y, además, consideran ajustado a Derecho que una empresa pueda aplicar un pacto que corresponde a otra.

2ª. Que no constituye el objeto del recurso la determinación del convenio colectivo de aplicación, correspondiendo este aspecto a la jurisdicción social y existiendo sentencias que ya han determinado el mismo, sino que su objeto es que se reconozca que al personal subrogado le resulta de aplicación únicamente el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra.

3ª. Que, atendiendo al artículo 67.1 de la LFCP, la Administración debería haber indicado en el pliego la información facilitada por la representación sindical y, dado que no lo ha hecho, estamos ante una base que debe anularse por vulnerar dicho artículo, por cuanto no se ha tenido en cuenta el informe preceptivo de la representación sindical.

4ª. Que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, de 28 de junio de 2021, posteriormente confirmada por la sentencia firme nº 354/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, señala lo siguiente:

“Aunque se ha declarado la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, para el caso de que se interponga recurso de suplicación y que la Sala pueda tener libertad de criterio para resolver sobre todas las cuestiones litigiosas, ya debe adelantarse que aun no habiendo cesión ilegal, la condena a la cantidad reclamada procedería en todo caso porque el convenio colectivo de la empleadora formal del actor no le es de aplicación en la medida en que no es convenio estatutario, y, además, porque no está negociado con la legitimación que pudiera corresponder a un convenio colectivo de ámbito nacional, que es el ámbito que define el propio texto del convenio que se ha aportado. Lo anterior implica que frente a a tal convenio extraestatutario, y en todo caso ineficaz como convenio de ámbito nacional, su naturaleza sería exclusivamente obligacional, y no consta que el actor se haya adherido a tal convenio de empresa, po lo que no puede desplazar la aplicación del convenio colectivo del sector que es precisamente el del comercio del metal de Navarra atendiendo a la actividad real de la empresa, y, con ello daría lugar a la estimación también de la reclamación de cantidad que de forma subsidiaria ejercitaba también la parte actora”.

Que las demás sentencias que se aportan tienen idéntica redacción, por lo que el citado punto del Anexo IV del pliego regulador debe declararse nulo por este motivo.

5ª. Que resulta evidente que la aplicación al personal subrogado del convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra va a tener consecuencias económicas en los pliegos, pues los costes de personal van a verse alterados respecto a los inicialmente previstos, estando por ello ante una posible vulneración del artículo 42.4 de la LFCP.

Que las empresas licitadoras deben conocer los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, siendo así que el desglose de los costes salariales se ha realizado atendiendo en algunos casos a unos convenios que no resultan de aplicación, motivo por el cual los gastos desglosados no son reales. Señala que, de hecho, las tablas salariales previstas en los convenios son muy diferentes, siendo más altas las previstas en el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra, motivo por el cual el coste de personal va a verse necesariamente incrementado. Considera de aplicación, a este respecto, lo señalado en el Acuerdo 5/2021, de 15 de enero, de este Tribunal.

6ª. Que todas las empresas que estén interesadas en la licitación del contrato deben ser conocedoras de esta información, siendo así que las dos empresas que han estado en conflicto por motivo de la cesión ilegal de trabajadoras son conocedoras de que resulta de aplicación el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra, por lo que en caso de no modificarse el pliego se estaría vulnerando el principio de igualdad previsto en el artículo 2.1 de la LFCP, así como la publicidad y transparencia legalmente exigidas.

Señala que, por ello, no cabe sino anular el punto 1.2 del Anexo IV del pliego, así como adaptar los costes salariales al convenio colectivo de aplicación con la finalidad de respetar el principio de igualdad y que todas las empresas licitadoras puedan conocer cuál es el coste real de salarios del personal.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, que se declare la nulidad del punto 1.2 del Anexo IV del pliego regulador del contrato, relativo al convenio colectivo de aplicación, adaptándolo a lo establecido por los Tribunales, siendo aplicable al personal subrogado el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra.

TERCERO.- Con fecha 17 de octubre el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente así como un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Las alegaciones formuladas son las siguientes:

1ª. Los documentos 2 y 3 presentados por la reclamante no son los documentos remitidos al órgano de contratación a solicitud de éste para incorporar al pliego regulador objeto de la presente reclamación.

Señala que, tal y como consta en los documentos 7 y 8 del expediente administrativo, el día 17 de mayo se solicitó al Comité de Empresa de CONASA informe sindical relativo a las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, habiéndose remitido por dicha representación sindical la documentación contenida en los documentos 10 a 13 del expediente administrativo en fecha 26 de mayo.

Manifiesta que resulta importante aclarar esta cuestión, ya que el documento 3 de la reclamación y el documento 12 del expediente administrativo no tienen el mismo contenido. Así, el documento 3 de la reclamación tiene fecha de 29 de abril de 2021, y en el mismo únicamente se incluyen dos puntos, mientras que en el documento 12 del expediente, de fecha 26 de mayo de 2022, se introducen varios puntos más, entre ellos el número 4 con el siguiente contenido:

“4. Que existen 4 personas en situación irregular, adscritas al pliego adjudicado actualmente, ya que está subcontratados a otra empresa diferente (Micronavarra) a la adjudicataria (Conasa). Todas están inmersas en un juicio por cesión ilegal. En el informe adjunto estas personas están detalladas en la columna juicio cesión ilegal, las

cuantías son las que deberían percibir si pertenecieran a la empresa adjudicataria, no son las reales ya que consideramos que incumplen el pliego.”

2ª. Que, como se prueba con los documentos 1 a 13 del expediente administrativo, el órgano de contratación ha cumplido con las obligaciones que le impone el artículo 67 de la LFCP, manifestando lo siguiente en relación con esta cuestión:

2.1) Respecto al incumplimiento por parte del órgano de contratación del artículo 67 de la LFCP, por no tener en cuenta la información facilitada por el Comité de Empresa

Señala que en su declaración de 26 de mayo el Comité de Empresa informó que hay 4 personas que pertenecen a otra empresa, es decir, que no son empleadas de CONASA sino de MICRONAVARRA, así como que las cuantías que perciben son diferentes a las que percibirían si pertenecieran a aquella empresa.

Manifiesta, asimismo, que el 3 de junio CONASA remitió al órgano de contratación la información requerida, en la que, al igual que en el informe del Comité de Empresa, se declara la existencia de 2 personas afectadas por la subrogación pertenecientes a la empresa MICRONAVARRA, junto con las condiciones laborales que tienen en dicha empresa. Igualmente, informa de la existencia de procesos judiciales que pueden suponer un cambio en las actuales condiciones de los trabajadores. Señala que esta información facilitada por la empresa no hace sino corroborar lo que el Comité de Empresa dijo en fecha 26 de mayo.

Concluye que, vistos los informes del Comité de Empresa y de CONASA, se comprueba que ambos son plenamente complementarios y que no se contradicen en la información relativa al personal perteneciente a otra empresa, por lo que se procedió a incluir en el pliego regulador la información relativa a la subrogación dada por ambos con los datos vigentes en el momento.

2.2) Respecto a la existencia de sentencias que determinan la aplicación del convenio colectivo del Sector Comercio del Metal de Navarra a los trabajadores objeto de subrogación

Respecto a las sentencias aportadas por la reclamante como documentos 4 a 6, señala que resulta necesario resaltar que dichas sentencias tienen efectos “inter partes”, es decir, que únicamente afectan a las partes litigantes.

Alega que la reclamante no aclara si alguna de las dos personas a quienes afecta la subrogación es la misma persona que ha obtenido la sentencia firme y a la que le sería de aplicación el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra, información que esta parte desconoce.

Señala que es el propio Comité de Empresa el que dice que 4 trabajadores están incurso en procesos judiciales, en definitiva, que no hay sentencia firme al respecto, por lo que la situación laboral de dichas personas no ha variado, más allá de las expectativas que tengan sobre el futuro.

2.3) Sobre el convenio colectivo de aplicación

Alega que el órgano de contratación no es competente para valorar ni declarar cuál es el convenio colectivo de aplicación, habiéndose limitado a informar en el pliego regulador sobre los convenios colectivos y el pacto de empresa que, en el momento de requerimiento de dicha información, se aplican a los trabajadores afectados por la subrogación.

Señala que, tal y como exige el citado artículo 67, el órgano de contratación debe solicitar la información a la representación sindical y a la empresa que ejecuta el contrato e incluir dicha información en el pliego regulador. Igualmente, la información que se facilite al órgano de contratación, en aras a facilitar a los licitadores una exacta evaluación de los costes laborales, debe ser la vigente a la fecha de solicitud de la misma y no debe incluir las expectativas que se tengan sobre el futuro. Y, es por ello,

que el órgano de contratación igualmente debe incluir en el pliego regulador los costes laborales que representa la subrogación y que están vigentes en el momento de publicarse el nuevo anuncio de licitación.

Manifiesta que esto es lo que ha hecho el órgano de contratación y es lo que consta en el pliego regulador. Además, a la vista de las informaciones dadas tanto por el Comité de Empresa como por CONASA respecto a la existencia de procesos judiciales que pudieran suponer un cambio en las actuales condiciones de los trabajadores, se incluye en el pliego regulador una advertencia sobre ello. Y, es más, se incluye en el punto 3.6 del Anexo IV del pliego regulador el coste económico que supondría que las demandas judiciales prosperasen, por lo que los licitadores tienen conocimiento cierto de este extremo.

2.4) Respecto a que no se ha fijado en el pliego regulador el coste real del personal a subrogar

Señala que procede remitirse a lo anteriormente expuesto respecto al valor de la única sentencia firme que se adjunta a la reclamación. Alega que, además, la reclamante no demuestra que de ello se derive un coste adicional y que, por lo tanto, el valor estimado del contrato no sea el correcto.

Alega que el órgano gestor ha procedido al cálculo del valor estimado del contrato con los datos obrantes de contrataciones anteriores del mismo servicio y con los datos ofrecidos tanto por el Comité de Empresa como por CONASA, debiendo tenerse presente, tal y como se ha expuesto en el punto anterior, que en el pliego se prevé el coste que supondría que las demandas judiciales prosperasen.

Concluye que el órgano de contratación ha cumplido con lo prescrito en el artículo 67 de la LFCP, por lo que el punto 1.2 del Anexo IV del pliego regulador es correcto y no procede su anulación.

CUARTO.- No existen otras personas interesadas a las que deba dársele traslado de la reclamación a los efectos previstos en el artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les aplicará dicha ley foral, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los pliegos de contratación, tal y como establece su artículo 122.2.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por una organización sindical, lo que obliga a detenernos en el examen de su legitimación, en los términos en los que el artículo 123.1 de la LFCP la reconoce a tales organizaciones *“cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”*.

A este respecto conviene precisar que el interés legítimo que pueda tener un sindicato para recurrir el pliego de una licitación ha de estar relacionado con la afectación que del mismo se puede derivar con respecto a los derechos sociales o laborales de los trabajadores, cuya defensa corporativa tiene constitucionalmente atribuida.

Como indica la Resolución 134/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“A la vista de lo expuesto puede deducirse que la legitimación de los sindicatos para interponer esta clase de recursos solo podrá admitirse en el caso de que los motivos de impugnación tengan una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores, sin que, en ningún caso, pueda admitirse la misma en el caso de que los motivos del recurso vayan más allá de este ámbito o se refieran a cuestiones de*

legalidad ordinaria. De este modo, como señala nuestra resolución 1753/2021, cuyas conclusiones debemos hacer nuestras, “los parámetros interpretativos sobre la legitimación de los sindicatos que ha venido utilizando este Tribunal –entre otras, en sus Resoluciones 83/2014, de 5 de febrero; 707/2014, de 23 de septiembre; 881/2014, de 28 de noviembre; 943/2014, de 18 de diciembre; y 86/2015, de 30 de enero– se concretan en el hecho de que la condición de ser un sindicato no otorga, en modo alguno, una suerte de acción popular para impugnar cualquier licitación y dentro de cada una, toda actuación distinta de la aprobación de los pliegos. Es exigible, en definitiva, como a cualquier interesado, que se justifique la existencia ad causam del concreto interés que aportaría la estimación del recurso, y que, por la lógica de la naturaleza del sindicato, se debe limitar, en todo caso, a aspectos de protección de derechos colectivos o laborales en sentido estricto.”

En este sentido, este Tribunal ha admitido la legitimación de los sindicatos para interponer reclamación especial en materia de contratación pública en reiterados acuerdos, entre los que cabe citar el Acuerdo 55/2021, de 21 de junio, en el que señalamos que *“También las restantes reclamantes, organizaciones sindicales, se encuentran legitimadas para la interposición de la reclamación, por cuanto el citado artículo 123.1 establece que “Estarán también legitimadas para interponer este recurso las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”. Dado que la cuestión recurrida por dichas organizaciones es la previsión del pliego relativa a la falta de subrogación del contratista entrante en las relaciones laborales con los trabajadores que prestan el servicio, su legitimación resulta indubitada.”*

Pues bien, en este caso, el sindicato reclamante fundamenta su impugnación en la errónea determinación del convenio colectivo de aplicación al personal objeto de subrogación, siendo esta una circunstancia con evidente incidencia en los derechos laborales, lo que vendría a atribuir a la organización sindical la necesaria legitimación.

En un supuesto similar al que ahora analizamos, en el que un sindicato impugnó los pliegos de la licitación con base en la incorrecta mención del convenio colectivo aplicable al personal asignado a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución nº 1716/2021, de 25 de noviembre, estimó su legitimación. También lo hizo este Tribunal en su Acuerdo 44/2022, de 20 de mayo, en una cuestión análoga a la que es objeto de la presente reclamación especial.

Por las razones expuestas, dada la incidencia que tiene en los derechos de los trabajadores la aplicación de uno u otro convenio colectivo, procede admitir la legitimación del sindicato reclamante.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en la infracción 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación la impugnación de las determinaciones del pliego relativas al convenio colectivo de aplicación al personal a subrogar en la realización de las prestaciones del contrato, en su referencia a tres diferentes convenios, a saber, el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra, el convenio colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, y el pacto de empresa de MICRONAVARRA, frente a la tesis del reclamante de aplicación exclusiva del primero.

Ello obliga al enfoque de nuestro análisis desde la perspectiva de la limitada competencia de los tribunales especializados en materia de contratación pública respecto a la determinación de los convenios colectivos aplicables, por ser dicha cuestión materia propia de la jurisdicción social, en la que únicamente nos es posible

entrar en la medida en que tenga incidencia en los costes salariales o en la determinación del precio del contrato.

Así lo señalamos, en nuestro Acuerdo 44/2022, de 20 de mayo, en los siguientes términos:

“SEXTO.- La cuestión suscitada hace necesario un previo análisis y pronunciamiento acerca de la competencia de este Tribunal para la determinación del convenio colectivo de aplicación al personal afectado por la licitación y el alcance, en su caso, que podría tener.

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en varias resoluciones, ha limitado la competencia del órgano de contratación -y la consiguiente revisora del tribunal- en la fijación del convenio colectivo de aplicación a los solos efectos del cálculo de los costes salariales.

De este modo, en la Resolución nº 1386/2020, de 23 de diciembre, entiende que “En cualquier caso, no puede dejar de advertirse que el planteamiento de la recurrente parte de un error de concepto, pues la determinación por el órgano de contratación del convenio aplicable lo es a los solos efectos de calcular el coste del contrato (art.100.2 LCSP), y de cumplir con el deber previsto en el art. 130 LCSP de comunicar la información sobre los costes laborales asociados a una eventual subrogación, pero no corresponde a los órganos de contratación (ni a este Tribunal, en cuanto revisa las resoluciones de éstos) determinar el régimen laboral de los trabajadores, ni pronunciarse sobre si procede o no la subrogación, siendo de la competencia de la jurisdicción social. (por todas, destaca nuestra Resolución 327/2020, de 5 de marzo). Resulta, por tanto, inadmisibile que se pretenda un pronunciamiento de este Tribunal, siquiera sea obiter dicta, sobre una cuestión ajena nuestro ámbito competencial”.

En el mismo sentido, en Resolución nº 1790/2021, de 10 de diciembre, estima que “Que la Administración deba atender a un determinado convenio sectorial deriva de la necesidad impuesta por el art. 100 LCSP de calcular los costes de personal con

arreglo al convenio de aplicación, y es por ello que como referencia se alude a dicho convenio; pero ello no supone que se vaya a desplazar una norma de derecho laboral, como lo son los Convenios colectivos de empresa, con ocasión de la aprobación de un pliego de cláusulas administrativas, ni tampoco semejante efecto se vería amparado por la Ley 18/2017, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social, dictada en el ámbito de la Comunitat Valenciana. (...) Aplicando la doctrina expuesta, el recurso no puede prosperar. La cláusula impugnada, pese a su mejorable sintaxis, se alinea con la doctrina de este Tribunal. La pretensión del recurrente (y de las alegaciones presentadas por la mercantil AUTOBUSES BUÑOL) pretenden, en último extremo, que el PCAP imponga a los licitadores la aplicación de un determinado Convenio Colectivo, lo que supone la derogación implícita del Convenio que eventualmente les sea aplicable, cuestión que ciertamente excede la competencia del órgano de contratación”.

Igualmente, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en Resolución nº 187/2021, de 2 de diciembre, señala que “Por la misma razón, igual suerte debe correr el motivo relativo a la incorrecta fijación del convenio colectivo que afecta al personal con derecho a subrogación, pues el pliego se limita a informar sobre dicho convenio (artículo 130.1 de la LCSP) cuya aplicación o no depende, en última instancia, de lo que determinen las normas laborales, y no de lo que establezca la documentación contractual.”

Este Tribunal también se ha pronunciado sobre la cuestión, en Acuerdo 116/2018, de 9 de noviembre, precisando que “Sin perjuicio de lo anterior, debemos advertir, en primer término, en relación con la alegada disconformidad con la referencia al convenio de aplicación que se contiene en el pliego manifestada por el reclamante, que - tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 33/2018, de 12 enero - además de que una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, corresponde a los órganos de la Jurisdicción Social la competencia para decidir, en caso de discrepancia, el convenio colectivo aplicable, siendo ésta una

cuestión ajena a la contratación administrativa y, por ende, a la competencia de este Tribunal”.

Sin embargo, en el caso sometido a nuestra consideración el cuestionamiento que se efectúa en la reclamación respecto a los convenios colectivos que se determinan en el pliego se basa, precisamente, en su repercusión en los costes salariales que, conforme al convenio colectivo que a juicio del reclamante resulta aplicable, serían superiores, lo que incide, a su vez, en la determinación del precio del contrato, todo lo cual ampara su examen y resolución por este Tribunal.

SEXTO.- Fundamenta el reclamante su impugnación, en primer lugar, en la supuesta vulneración del artículo 67 de la LFCP, por cuanto el órgano de contratación no habría tenido en cuenta la información facilitada por la representación sindical respecto al convenio colectivo de aplicación al personal a subrogar.

A este respecto, comenzaremos por recordar que, conforme al artículo 66.3 de la LFCP, en los contratos de servicios, los pliegos deberán incorporar, entre otras, la advertencia de que la contratación se encuentra sometida, en las condiciones previstas en el artículo 67, a la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato.

En este sentido, el artículo 67 de la LFCP, denominado “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”, impone diversas obligaciones al órgano de contratación en relación con la comunicación de dicha información y su plasmación en el pliego, disponiendo que:

“1. Las condiciones de subrogación serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación. Si no existiese convenio sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato.

El órgano de contratación deberá comunicar a la representación sindical del centro de trabajo la intención de licitar nuevamente el contrato al efecto de que, en el plazo máximo de quince días, esta pueda informar que existiendo convenio colectivo sectorial de aplicación, las condiciones laborales de aplicación en el centro de trabajo de las personas trabajadoras a subrogar resultan superiores. Emitido informe por la representación sindical sobre las condiciones de aplicación, el pliego deberá incluir estas.

2. La nueva empresa quedará subrogada 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 la nueva empresa subrogada 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.

Los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de

contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de una penalidad equivalente al 0,1% del precio de adjudicación por cada día de retraso en la aportación de la información y hasta el total cumplimiento de esta obligación.

La Administración verificará la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato y comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

(...)

7. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.”

Pues bien, en orden al cumplimiento de dichas previsiones legales, tal y como resulta acreditado en el expediente remitido a este Tribunal, el órgano de contratación realizó las siguientes actuaciones:

a) En primer lugar, solicitó el 17 de mayo a CONASA, actual prestadora del servicio, la información sobre las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la subrogación. Recibida dicha información, la incorporó al pliego como Anexo IV (“Información sobre subrogación de trabajadores y trabajadoras”), tal y como indica la cláusula 5 del pliego.

En el punto 1.2 de dicho anexo se informa de que a 48 trabajadores adscritos al servicio les resulta de aplicación el convenio colectivo del Sector del Comercio del

Metal de Navarra, a 4 trabajadores el convenio colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, y a 2 trabajadores el pacto de empresa de MICRONAVARRA.

Se incluye, asimismo, una nota donde se advierte de que *“En Conasa tanto el objeto social como la actividad reflejada en las escrituras de constitución de la compañía permiten la aplicación de varios convenios en función de la actividad a realizar tales como el Convenio del Metal, Convenio de Consultoras o el pacto de empresa de Micronavara”*.

El punto 2 del referido anexo recoge el listado de personal a subrogar, con indicación, entre otros extremos, del convenio colectivo de aplicación, que en unos casos es el del Metal de Navarra, en otros el de Consultoras, y en otros el Pacto de Micronavarra, con expresión de los costes salariales derivados de los mismos.

Además, el punto 6 del anexo informa que *“Actualmente existe una demanda judicial por cesión ilegal de trabajadores que puede generar un pago a futuro con efectos retroactivos y un cambio en las condiciones actuales”*, indicando el importe de dicho pago en los años comprendidos entre 2019 y 2026.

b) En segundo término, también con fecha 17 de mayo, solicitó a la representación sindical del centro de trabajo la emisión del correspondiente informe sobre las condiciones laborales de aplicación.

El comité de empresa de CONASA aportó diversa documentación en contestación a dicho requerimiento, incluyendo la siguiente declaración:

“1. Que las condiciones de la plantilla afectada vienen reguladas por el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra para sus trabajadores de Navarra. Adjuntamos documento con las condiciones detalladas de cada uno.

2. *Que el último convenio colectivo publicado en el BON tiene una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022 inclusive. (Boletín Oficial de Navarra número 223, de 12 de noviembre de 2019).*

3. *Que existe un acuerdo por el que se regulan las condiciones por las que se regirá la elaboración del calendario laboral de las personas que forman parte de este servicio y que tiene ultra actividad ilimitada, es decir que se mantendrán las mismas condiciones recogidas en este acuerdo, mientras no se firmen otras nuevas que las sustituyan. (Se adjunta documento)*

4. *Que existen 4 personas en situación irregular, adscritas al pliego adjudicado actualmente, ya que está subcontratados a otra empresa diferente (Micronavarra) a la adjudicataria (Conasa). Todas están inmersas en un juicio por cesión ilegal. En el informe adjunto estas personas están detalladas en la columna juicio cesión ilegal, las cuantías son las que deberían percibir si pertenecieran a la empresa adjudicataria, no son las reales ya que consideramos que incumplen el pliego.*

5. *Que existe una deuda derivada de un acuerdo de descuelgue con la empresa adjudicataria, la cuantía adeudada será aportada por Conasa”.*

Dicha declaración, fechada y firmada el 26 de mayo de 2022, y que obra como documento nº 12 en el expediente administrativo, difiere de la que aporta la reclamante como documento nº 3, fechada el 29 de abril de 2021 y que aparece sin firma, que contiene únicamente los dos primeros extremos. Ante dicha discrepancia, entendemos que habrá de estarse a la que, como parte del expediente de contratación, ha sido remitida por el órgano de contratación a este Tribunal.

De este modo, podría concluirse que el órgano de contratación ha cumplido, al menos formalmente, con las obligaciones que le impone el artículo 67 de la LFCP, habiendo solicitado la información sobre las condiciones de subrogación a la empresa y a su representación sindical y plasmándola en el pliego regulador de la contratación.

Sin embargo, a la vista de la discrepancia existente entre la información facilitada, respecto al convenio colectivo aplicable, por la representación sindical de los trabajadores, que señala que existe un único convenio aplicable, el del Sector del Comercio del Metal de Navarra, y la suministrada por la empresa saliente, que además de dicho convenio, informa como aplicable el convenio estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública y el pacto de empresa de Micronavarra, se alza con especial relevancia la obligación de verificación de la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos, que pesa igualmente sobre la Administración conforme al precepto transcrito, y que en este caso se aprecia omitida.

En efecto, como se ha dicho, el Anexo IV del pliego, trasladando la información facilitada por la actual empresa contratista, indica que se aplican hasta tres convenios o acuerdos al personal a subrogar, señalando que ello es posible atendiendo al objeto social y a la actividad reflejada en las escrituras de constitución de la empresa.

Tal determinación contradice la doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Social de 17 de marzo de 2015 (RJ\2015\1318), conforme a la cual, en aquellos supuestos en que una empresa se dedica a más de una actividad, el criterio para determinar el convenio colectivo aplicable será atender a la actividad real preponderante, para lo que deberá valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa, doctrina que ha sido acogida por este Tribunal, en su Acuerdo 116/2018, de 9 de noviembre, así como por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1075/2018, de 23 de noviembre.

Además, respecto a la determinación del convenio colectivo aplicable, no puede obviarse el contenido de las sentencias de la jurisdicción social que la reclamante adjunta a su recurso, sentencias que no sólo aprecian la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre Micronavarra y Conasa, sino que establecen que a los trabajadores afectados por la misma les resulta de aplicación el convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra, descartando expresamente el pacto de empresa de

Micronavarra, pronunciamientos que, por provenir de quien tiene la competencia para ello, revisten singular importancia y valor a los efectos que aquí se examinan, por mucho que, como sostiene el órgano de contratación, únicamente afecten a las partes litigantes.

Por lo expuesto, asiste la razón a la reclamante al cuestionar la información contenida en el apartado 1.2 del Anexo IV del pliego respecto a la aplicación de tres convenios o acuerdos al personal a subrogar, y no únicamente el del Sector del Comercio del Metal de Navarra, lo cual tiene evidente incidencia en el cálculo de los costes salariales del personal a subrogar a partir de dicha errónea información.

Resulta de lo anterior la infracción del artículo 67 de la LFCP, al no recoger el pliego la información correcta sobre el convenio colectivo de aplicación al personal a subrogar, lo que compromete los principios de transparencia e igualdad de trato previstos en el artículo 2.1 de la misma ley foral ya que, como afirma la reclamante, mientras que la actual prestadora del servicio resulta conocedora del convenio aplicable, dicha información es desconocida por las restantes entidades interesadas en la licitación.

Por el contrario, no se aprecia que ello tenga repercusión en la correcta determinación del precio del contrato, por cuanto, si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 42.4 de la LFCP, *“En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación por categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*, la cláusula 5 del pliego recoge dicho desglose de los costes salariales atendiendo, en este caso, al convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de Navarra, que es el que estimamos de aplicación, por lo que dicho precepto, frente a lo alegado por la reclamante, no resulta vulnerado.

Procede, por las razones expuestas, la estimación de la presente reclamación especial, con anulación del apartado 1.2 del Anexo IV del pliego regulador, por la incorrecta determinación del convenio colectivo de aplicación al personal a subrogar,

así como del apartado 2 del mismo anexo, en cuanto referencia los costes salariales de dicho personal a tales convenios.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña A. S. E., en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, frente al pliego regulador del contrato de “*Soporte Informático de Primer Nivel (CAU) para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra durante el año 2023*”, publicado por el Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital del Gobierno de Navarra, disponiendo la anulación de los apartados 1.2 y 2 del Anexo IV de su pliego regulador y, con ello, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación del contrato.

2º. Notificar este acuerdo a doña A. S. E., en calidad de representante de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, al Departamento de Universidad, Innovación y Transformación Digital del Gobierno de Navarra, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página 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, 2 de noviembre de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.