



Expediente: 63/2021

ACUERDO 91/2021, de 10 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. L. A., en nombre y representación de doña A. D. C., don E. M. G. y don S. A. G., frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 2 de junio de 2021, por la que se selecciona a la mercantil GLOBAL SERVICIOS CULTURALES, S.L. para la celebración de los contratos derivados del acuerdo marco para el montaje y vigilancia de las exposiciones del Área de Cultura de Igualdad del Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de noviembre de 2020, el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del acuerdo marco para la selección de empresas de montaje y vigilancia de las exposiciones del Área de Cultura e Igualdad.

A dicho acuerdo marco concurrieron los siguientes licitadores:

- GLOBAL SERVICIOS CULTURALES, S.L.
- CLOISTER SERVICES 2000, S.L.
- INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L., conjuntamente.

SEGUNDO.- El 10 de febrero de 2021, la Mesa de Contratación acordó la exclusión de INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L. por *“incluir datos en el Sobre B “Oferta Cualitativa”, que forman parte del Sobre C “Oferta cuantificable mediante fórmulas” vulnerando con ello el deber de secreto de*

las proposiciones, así como los principios de igualdad y objetividad en la valoración de las ofertas”.

Con fecha 19 de febrero de 2021, don I. R. A. interpuso, en nombre y representación de INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBRO BLANCO, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de dichas empresas, que fue desestimada por el Acuerdo 24/2021, de 11 de marzo, de este Tribunal.

TERCERO.- Por el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 2 de junio de 2021, se acordó excluir de la licitación a todos los licitadores, salvo a GLOBAL SERVICIOS CULTURALES, S.L., empresa a la que se seleccionó en el acuerdo marco.

La notificación de dicho acuerdo a INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L. se produjo el 7 de junio.

CUARTO.- Con fecha 14 de junio, don J. L. A. interpuso, en nombre y representación de doña A. D. C., don E. M. G. y don S. A. G., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la adjudicación del acuerdo marco.

En dicha reclamación se expone y alega lo siguiente:

1ª. Que doña A. D. C., don E. M. G. y don S. A. G. son trabajadores de las empresas INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L., así como que, desde mayo de 2015 estaban asignados a los trabajos que dichas empresas realizaban para el Ayuntamiento de Pamplona en relación con los servicios de montaje y vigilancia de las exposiciones del Área de Cultura e Igualdad.

2ª. Que sus empresas fueron excluidas de la licitación, motivo por el que se les comunicó que sus contratos iban a quedar total o parcialmente extinguidos, como se acredita con las comunicaciones que se adjuntan como documento 2.

3ª. Que, revisado el acuerdo recurrido, se comprueba que no realiza mención alguna a la subrogación y, revisada la licitación publicada, tampoco se incluye nada en los pliegos que rigen la misma, habiendo confirmado verbalmente con el Ayuntamiento y con la empresa adjudicataria que, en su opinión, no existe obligación alguna de subrogación.

4ª. Que sus empresas actuales les confirman que nunca han recibido solicitud de información de sus contratos y datos laborales, adjuntándose como documento 3 certificados de dichas empresas acreditativos de lo anterior, así como una tabla Excel con los datos de los trabajadores y otra con todas las facturas emitidas al Ayuntamiento por estos servicios desde 2017, y como documento 4, una copia de las facturas más relevantes y representativas.

5ª. Que, como interesados y perjudicados directos por la adjudicación, en la medida en que ello va a suponer la extinción total o parcial de sus puestos de trabajo en contravención de la normativa en vigor, que exige el reconocimiento de su derecho de subrogación en la adjudicataria, presentan la reclamación especial contra el citado acuerdo de adjudicación e, indirectamente, contra los pliegos que rigen la licitación, al concurrir causa de nulidad de pleno derecho por no prever ni ofrecer información alguna acerca de la subrogación de los trabajadores que venían prestando el servicio, obligación exigida legalmente por el artículo 67 de la LFCP.

Respecto a la posibilidad de impugnar indirectamente los pliegos, señalan que no solo estamos ante una causa de nulidad de pleno derecho, sino que *“es claro que los recurrentes no han tenido conocimiento fehaciente de ello hasta este momento, cuando acceden al contenido del acuerdo de adjudicación y confirman verbalmente con sus actuales empresas y sobre todo, con el Ayuntamiento y la adjudicataria que no van a ser subrogados porque no lo prevén los Pliegos de la licitación”*. Alegan que la admisibilidad de esta misma pretensión fue estimada por el Acuerdo 61/2017, de 6 de octubre, de este Tribunal.

Asimismo, respecto a su legitimación, señalan que *“La normativa reconoce expresamente la legitimación a los sindicatos que representen a trabajadores cuyos*

derechos se vean afectados por una licitación, por lo que con mayor motivo y razón se debe reconocer legitimación a aquellos trabajadores directamente afectados que decidan interponer la reclamación por su cuenta, de manera directa y sin intervención asociativa o sindical. Así se ha declarado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosos recursos. Valga por todas, la cita de la resolución 386/2014 de 19 de mayo de 2014: (...)”.

Alegan, a continuación, la vulneración de los artículos 66 y 67 de la LFCP y de la doctrina de este Tribunal en relación con la información a incluir en el pliego sobre la obligación legal de subrogación.

Señalan, a este respecto, que el pliego de cláusulas administrativas particulares y las condiciones particulares del contrato no prevén la subrogación, lo cual contraviene los citados artículos de la LFCP, lo que supone una causa de nulidad de pleno derecho, habiéndose resuelto este mismo motivo de impugnación por este Tribunal en acuerdos recientes, citando el Acuerdo 21/2019, de 4 de marzo.

Manifiestan que, en el citado acuerdo, al igual que sucede en el presente caso, el servicio venía prestándose, al menos parcialmente, con empresas externas, tendiendo los trabajadores asignados al servicio, por ello, el derecho de subrogación.

Señalan que, para acreditar que se prestan esos servicios, al menos parcialmente, se remiten a las certificaciones de las empresas para las que trabajan, a las que se acompañan las facturas, existiendo además suficientes evidencias de ello en el propio expediente de contratación.

Concluyen que es evidente que los servicios objeto del acuerdo marco se han prestado con anterioridad en multitud de ocasiones y por importes muy relevantes y, en concreto, se han prestado por las empresas de las que son trabajadores.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita la anulación del acuerdo recurrido, así como de toda la licitación, ordenándose que se celebre una nueva licitación en la que se reconozca la obligación legal de subrogación y se recoja toda la información asociada.

Por último, se solicita la apertura de un periodo probatorio para *“que se requiera al Ayuntamiento de Pamplona para que certifique si las exposiciones del Área de Cultura e Igualdad del Ayuntamiento de Pamplona y en concreto, los espacios expositivos de la Ciudadela, son servicios de nueva creación o no y en este último caso, desde qué fecha se vienen prestando y, en concreto, si se han prestado dichos servicios o similares con anterioridad a la licitación del Acuerdo Marco identificado como CONT/SERVICIOS 2019/7, ya sea de manera total o parcial, ya mediante gestión directa o indirecta y si ha habido algún trabajador municipal o de cualquier empresa externa prestando dichos servicios, total o parcialmente. En concreto, si se han prestado habitualmente por INTRO COMUNICACIÓN S.A. y EL CUBO BLANCO S.L., sin perjuicio de que también se haya hecho por otras empresas”*.

QUINTO.- Con fecha 14 de junio se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 17 de junio, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 21 de junio el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que se trata de una impugnación indirecta del pliego por causa de nulidad de pleno derecho, por la falta de inclusión en el mismo de información sobre la obligación de subrogación del personal y de las condiciones de ésta.

Señala que el Acuerdo 61/2017, de 6 de octubre, de este Tribunal, citado por el reclamante, establece que *“la falta de impugnación de los pliegos hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación”*, así como que *“La única excepción a esta doctrina es que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en los Pliegos, con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto. Interpretación sobre la que el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), destaca que ”toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”; Por tanto, en los supuestos de impugnación de los pliegos a través de sus actos de aplicación, tal y como pone de relieve la Resolución 49/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general, con la consiguiente inadmisión de la reclamación formulada. Imponiéndose un análisis, caso por caso, no sólo del vicio de nulidad de pleno derecho alegado frente al pliego una vez caducado el plazo de interposición de la reclamación contra el mismo, sino también de si la concreta impugnación en tal sentido ejercitada conculca el principio de buena fe antes citado”*.

Cita, asimismo, la Resolución 49/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, conforme a la cual *“lo cierto es que tal pretendido defecto no ha perjudicado en ningún momento a la propia recurrente – pues obviamente conoció la existencia de la licitación, ya que concurrió a ella-; y, en todo caso, no necesitaba esperar a la adjudicación para constatar su existencia o conocer su alcance. Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se*

reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional al que se refiere la STJUE ya citada”.

Considera que la inatacabilidad de los pliegos fuera de plazo debe ser la regla general aún en el supuesto de nulidad, por lo que debe analizarse si la impugnación conculca el citado principio de buena fe.

Aduce que los pliegos de la presente licitación fueron publicados en el Portal de Contratación de Navarra, siendo conocidos por el licitador dado que presentó una oferta y, presumiblemente, también por los reclamantes, ya que el licitador es una PYME que incluyó a estos en su oferta, como parte del equipo humano.

Alega que el contenido del pliego era público y pudo ser apreciado por los reclamantes desde su publicación. Señala que, sin embargo, no es hasta que la empresa en la que los reclamantes trabajan resulta excluida y, por tanto, el resultado no va a favorecerles, cuando deciden impugnar el pliego y solicitan su anulación, por lo que considera que con esta actuación se ve conculcado el principio de buena fe exigido para la impugnación extemporánea de los pliegos.

Asimismo, señala que tampoco cabe aceptar que el acuerdo de adjudicación no recoja en su contenido la subrogación de los trabajadores por parte de la empresa seleccionada, al no ser esta cuestión parte del contenido mínimo que debe recoger dicho acuerdo conforme al artículo 100 de la LFCP.

2ª. Respecto a la legitimación de los reclamantes alega que, aunque se consideran *“directamente afectados por la adjudicación”*, para ello debe concurrir la circunstancia prevista en el artículo 67.1 de la LFCP, es decir, que se trate de trabajadores que *“a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato”*.

Señala que la Resolución 290/2011, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citada por los reclamantes, indica que *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el interés legítimo equivale a una titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico en la evitación de un perjuicio con tal de que la obtención del beneficio o la evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética”*.

Cita, igualmente, la Resolución 110/2014, de 27 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con arreglo a la cual *“En este sentido se puede afirmar que la satisfacción del interés de los recurrentes no deriva de que se estime su pretensión de nulidad de los pliegos, pues su interés en que el nuevo adjudicatario se subrogue como empleador en sus contratos de trabajo dependerá de la aplicación de la normativa laboral. (...). Por ello se puede afirmar que no hay relación entre el acto recurrido y la esfera jurídica de los recurrentes ya que su derecho a que el nuevo adjudicatario del contrato se subrogue como empleador en sus contratos laborales no va a surgir de los pliegos de condiciones”*.

Alega que los reclamantes son trabajadores de una empresa que ha realizado servicios puntuales en trabajos de exposiciones para el Ayuntamiento de Pamplona, mediante contratos menores y no consecutivos, al igual que otras empresas. Por ello, considera que de estimarse la reclamación no quedaría claro que ello supusiera el mantenimiento de sus contratos con la empresa para la que ahora trabajan, ni tampoco con la licitadora que ha sido seleccionada, ya que ésta tendrá trabajadores que se encuentren en la misma situación.

3ª. Respecto a la vulneración de los artículos 66 y 67 de la LFCP y de la doctrina de este tribunal en relación con la información a incluir en el pliego sobre la obligación legal de subrogación, señala que ambos artículos se refieren a los trabajadores que *“vengan realizando la actividad objeto del contrato”* y a *“trabajadores o trabajadoras*

que con anterioridad vengan desarrollando esa actividad”, que no sería el supuesto de los reclamantes.

Sobre la doctrina citada por los mismos, señala que el Acuerdo 21/2019, de 4 de marzo, no resulta aplicable ya que el supuesto de hecho es distinto, al tratarse de un servicio que venía prestándose con una continuidad mediante diversos contratos consecutivos los unos a los otros y con un personal laboral adscrito con esa continuidad, por lo que al ir a licitar nuevamente ese servicio existía la obligación de facilitar la información de ese personal adscrito.

Señala que la diferencia con el supuesto objeto de esta reclamación radica en que, en este caso, se trata de contratos menores de duración determinada y no continuada en el tiempo, en función de las necesidades existentes; contratos breves, en diferentes lugares, con diferentes empresas, sin que concurra el presupuesto de continuidad en la prestación del servicio y sin que exista un personal concreto adscrito.

Respecto al Acuerdo 25/2021, de 15 de marzo, señala que tampoco corresponde con el presupuesto de hecho de la presente reclamación, ya que en dicho contrato el servicio se estaba prestando de manera continuada por personal adscrito al mismo, lo que aquí no se produce.

Concluye que se trata de un acuerdo marco para seleccionar empresas con las que celebrar contratos derivados durante un tiempo, condicionados a las necesidades que pueda tener el Ayuntamiento, habiéndose previsto un importe estimado, pero sin que exista obligación de agotar dicho importe ni de celebrar un número determinado de contratos. Por todo ello, solicita la desestimación de la reclamación especial interpuesta.

SEXTO.- El 22 de junio se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, habiéndose formulado alegaciones por parte de GLOBAL SERVICIOS CULTURALES, S.L. e INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L.

GLOBAL SERVICIOS CULTURALES, S.L. alega lo siguiente:

1ª. Falta de legitimación de los reclamantes.

Señala que no se alega ni se justifica por los reclamantes un interés legítimo cuya estimación tenga o, potencialmente, pueda tener una incidencia que altere su situación jurídica individualiza, tanto positiva como negativamente.

Cita la Resolución nº 1179/2019, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, conforme a la cual *“El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga”*.

Considera que los reclamantes impugnan la adjudicación basándose en la ilegalidad del pliego, pero no acreditan un interés legítimo que pueda afectar a su situación jurídica individualizada, por lo que sólo cabe deducir un mero interés en la defensa de la legalidad, toda vez que de la estimación de la reclamación no se produciría ninguna alteración jurídica que les beneficie de forma directa o indirecta. Indica que, en el supuesto de estimarse la reclamación, el nuevo Pliego no se vería modificado en lo relativo a la subrogación de los trabajadores, puesto que no hay trabajadores adscritos a la prestación de los servicios objeto de los contratos basados en el acuerdo marco, ya que no hay trabajadores que *“vengan realizando la actividad objeto del contrato”*.

Por ello, dado que los reclamantes no son profesionales que hayan venido prestando el servicio de forma regular bajo el amparo de un contrato público, toda vez que las empresas donde trabajan resultaban adjudicatarias puntuales de contratos menores, no procedería la subrogación y, por tanto, los mismos carecen de legitimación activa, además de que los posibles problemas entre los trabajadores reclamantes y la empresa contratista derivados de la subrogación deberán, en todo caso, ser resueltos por la jurisdicción laboral y no por este tribunal administrativo, no debiendo olvidarse que

la obligación de subrogación surge de las previsiones del Derecho laboral y de los convenios colectivos aplicables, y no de las previsiones del pliego de la licitación.

2ª. Solicita la inadmisión por extemporaneidad de la reclamación, ya que se trata de una impugnación indirecta del pliego firme y consentido.

Alega que, conforme al Acuerdo 84/2020, de 24 de septiembre, *“En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación”*.

Por tanto, señala que existe una contradicción en la actuación de los reclamantes, habida cuenta de que no recurrieron el pliego cuando sus empresas fueron licitadoras y potenciales adjudicatarias, pero sí lo hicieron cuando sus empresas ya no formaban parte del procedimiento de licitación, lo que demostraría una falta de buena fe y una contradicción de sus propios actos, ya que los reclamantes conocían el contenido del Pliego al ser parte integrante de la oferta técnica de las empresas donde prestan sus servicios, además de que el pliego fue objeto de publicación en el Portal de Contratación de Navarra.

3ª. Improcedencia de la subrogación de trabajadores en el acuerdo marco, ya que no existe un contrato público precedente que la permita.

Alega que no procede la subrogación del personal en virtud de los artículos 66 y 67 de la LFCP, dado que no es cierto que exista un vínculo contractual público estable y ordinario entre el Ayuntamiento de Pamplona y las empleadoras de los reclamantes. Afirma que la gestión y prestación de este servicio se ha venido efectuando por un diverso grupo de empresas de forma indistinta, es decir, la gestión del servicio se ha

caracterizado por contratos menores para satisfacer servicios puntuales y temporales, en ningún caso mediante contratos públicos de servicios ordinarios.

Asimismo, manifiesta que los reclamantes alegan un motivo de nulidad de pleno Derecho, pero no especifican ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o en el artículo 116 de la LFCP.

Señala que, aunque la doctrina administrativa emanada de los tribunales especializados en contratación pública, ha venido admitiendo la posible nulidad de los pliegos por falta de la información de subrogación, como consecuencia del quebrantamiento del principio de igualdad entre los licitadores por la carencia de información económica en la preparación de su oferta, no nos encontramos aquí ante este supuesto, ya que los reclamantes pretenden que se declare nulo de pleno Derecho un pliego que no tiene la obligación de prever la información de los trabajadores a subrogar.

Por ello, solicita la inadmisión de la reclamación interpuesta, o en su defecto, la desestimación de la misma.

INTRO COMUNICACIÓN, S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L. manifiestan que, revisado el expediente administrativo y la reclamación interpuesta, confirman que los reclamantes han sido trabajadores de dichas empresas asignados al servicio objeto de la licitación, así como que la documentación que acompañan a la reclamación y los hechos que relatan son ciertos, sin perjuicio de la decisión que adopte este tribunal.

Asimismo, señalan que no les consta que estos trabajadores fueran conscientes de que no se les iba a subrogar en sus contratos de trabajo hasta que esta parte les hizo entrega del acuerdo de adjudicación y les indicó que ni el Ayuntamiento de Pamplona, ni el único adjudicatario del acuerdo marco, tenían intención de acordar su subrogación, momento en el cual mostraron su desacuerdo y buscaron asesoramiento jurídico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a dicha ley foral.

SEGUNDO.- La reclamación formulada 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 al artículo 124.3.c) de la LFCP.

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.b) de la LFCP.

CUARTO.- Procede examinar, en primer término, el requisito correspondiente a la legitimación activa para la interposición de la reclamación, cuya concurrencia cuestiona la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento, solicitando su inadmisión. El Ayuntamiento de Pamplona, por su parte, en el informe de alegaciones se refiere a esta cuestión, si bien no interesa su inadmisión por tal motivo.

Los reclamantes son trabajadores de INTRO COMUNICACIÓN S.A. y EL CUBO BLANCO, S.L., empresas que han concurrido, en régimen de participación conjunta, en el procedimiento correspondiente al acuerdo marco para el montaje y vigilancia de las exposiciones del Área de Cultura de Igualdad tramitado por el Ayuntamiento de Pamplona, resultando excluidas del mismo mediante acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación con fecha 10 de febrero de 2021, confirmado por este Tribunal mediante Acuerdo 24/2021, de 11 de marzo. Interponiéndose la reclamación, en su propio nombre, frente al acuerdo por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona en Sesión celebrada con fecha 2 de junio de 2021; si bien, en realidad, lo que se impugna es, indirectamente, el pliego regulador, con fundamento en la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho al no prever la subrogación

de los trabajadores que han venido prestando el servicio. Considerándose legitimados por resultar directamente afectados por la adjudicación del acuerdo marco, pues el hecho de no incluir su derecho a la subrogación va a suponer la extinción total o parcial de sus puestos de trabajo, contraviniéndose así lo dispuesto en la normativa de aplicación que reconoce su derecho de subrogación en la licitadora que resulte adjudicataria.

Como primera consideración, debemos rechazar la alegación relativa a que la cuestión referida a la subrogación no cabe plantearla ante esta instancia administrativa, pues como ya señalamos en nuestro Acuerdo 25/2021, de 15 de marzo, si bien es cierto que la obligación de subrogarse en las relaciones laborales es una cuestión característica del Derecho del Trabajo, tras la Directiva 2014/24/UE y la consecuente adaptación de la normativa foral de contratación pública, no podemos obviar los cambios introducidos en la vigente LFCP, que expresamente establece la obligación legal de subrogarse en el caso del contrato de servicios y en el de la concesión de servicios, de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengán realizando la actividad objeto del contrato (artículos 66.1.c y 67.1); y se subrogarán en las condiciones previstas en el dicho artículo 67, que serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato, caso de que este exista y regule tal extremo.

Entrando ya en el análisis de la legitimación activa, dispone el artículo 122.1 de la LFCP que *“La reclamación especial en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales y personas interesadas en la licitación y adjudicación de un contrato público, así como las organizaciones sindicales”*.

Por su parte, y en lo que ahora interesa, el artículo 123.1 del mismo cuerpo legal establece que *“La reclamación especial podrá ser interpuesta por cualquier persona que acredite un interés directo o legítimo. También podrá ser interpuesta por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna siempre que sea para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.*

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”.

Si bien el primero de los artículos citados parece restringir la legitimación a las empresas y profesionales que pueden participar en la adjudicación del contrato, además de a las organizaciones sindicales, el segundo se refiere de una forma más amplia a quienes acrediten un interés directo o legítimo, habiendo reconocido este Tribunal, por todos en su Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, que la legitimación debe reconocerse, en primer lugar, a dichas empresas o profesionales, pero no de forma única ni exclusiva; así como que la decisión acerca de la legitimación del reclamante debe adoptarse de forma casuística, mediante el examen del caso concreto, debiéndose atender al principio “pro actione”, que en el ámbito subjetivo en el que nos encontramos se traduce en un criterio de “in favor legitimationis”, de manera que, en principio, debe de partirse de la base de que, como norma general, ante la duda, debe ser reconocida legitimación en el recurrente, tendente a admitir el recurso de que se trate. Si bien, también advertimos, que incluso en los casos de reconocimiento de legitimación amplia, siempre resulta necesario acreditar el beneficio de índole material o jurídica, o la evitación de un perjuicio, afectado por la resolución del recurso, acordando el Tribunal la inadmisión del mismo, en caso contrario. Es decir, lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado del recurso especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible.

Efectivamente, respecto a la legitimación de terceros no licitadores, debemos partir de la doctrina jurisprudencial sentada acerca del concepto de “interés legítimo” en el ámbito administrativo; concepto que el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 20 de mayo de 2008, delimita de manera amplia en los siguientes términos: *“Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art.*

24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).”

El mismo Tribunal en Sentencia de 15 de marzo de 2013 recuerda que “Este Tribunal ha definido el interés legítimo (así, entre otras, en su sentencia de 1 de julio de 1985) como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato; o que en la sentencia de 14 de julio de 1988 , al aceptar uno de los fundamentos de la apelada, reconoció que para

que exista el interés basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja”.

Delimitado así el concepto de interés legítimo que subyace en el reconocimiento de legitimación activa para la interposición de la reclamación especial, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha reconocido, en distintas ocasiones, la concurrencia de tal requisito en recursos interpuestos por trabajadores afectados por la subrogación; pudiéndose citar, al respecto la Resolución 524/2016, de 1 de julio, donde expone que *“Un caso similar al que ahora se nos presenta fue resuelto por el Tribunal en su Resolución 292/2012 en la que afirmábamos lo siguiente: “la legitimación que alegan las recurrentes se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfrutan; afirman que resultan afectadas por la contratación, al ser trabajadoras en cuyo contrato laboral deberá subrogarse la empresa adjudicataria. Las recurrentes afirman, como se expondrá a continuación con más detalle, que el Pliego de Prescripciones Técnicas infringe la obligatoria subrogación del nuevo adjudicatario en la totalidad de los derechos y obligaciones que las trabajadoras disfrutaban en la empresa que actualmente presta el servicio y contradice el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares de la propia licitación. Pues bien, los intereses alegados pueden ser afectados de modo efectivo, y no solo hipotético, potencial y futuro, si se estima el recurso contra el pliego de prescripciones técnicas. Por esta razón y a diferencia del caso resuelto por este Tribunal en su Resolución 277/2011, resulta de aplicación la doctrina establecida en la Resolución 257/2012 en la que, en un caso similar, se reconoció legitimación a los recurrentes en los siguientes términos: “en el presente caso es objeto de impugnación el Pliego de Prescripciones Técnicas de referencia por considerar que el mismo no garantiza el cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del sector, ni lo establecido en el acuerdo individual al que se llegó con AENA para subrogar a los trabajadores del anterior contrato en todos los derechos, obligaciones y adscripción al puesto de trabajo que tenían con la anterior contratista. Las recurrentes estiman que el Pliego de Prescripciones Técnicas no garantiza la subrogación que debe operar ex convenio y en virtud del pacto individual antes señalado. El reclamante es el Comité de*

Empresa de los trabajadores del aeropuerto de Málaga por lo que es razonable pensar que la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión de este Tribunal y consecuentemente procede reconocer la legitimación activa del reclamante.”

A estos efectos, la legitimación que alega el recurrente se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfruta. Y en efecto, el Sr. Roda, al ser un trabajador en cuya relación laboral, según el Convenio colectivo aplicable, debe subrogarse la empresa adjudicataria del contrato, es titular de derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados por la contratación. Por consiguiente, procede afirmar su legitimación para interponer el presente recurso.”

De igual modo, el mismo órgano revisor en su Resolución 83/2014, de 5 de febrero, señala que *“Por último, el Tribunal también ha admitido la legitimación de los trabajadores en cuyo contrato laboral deberá subrogarse la empresa adjudicataria. Así, en la Resolución 292/12, de 5 de diciembre, se entendió que la legitimación invocada por los trabajadores recurrentes, fundada en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfrutaban, permite apreciar que los intereses alegados puedan ser afectados de modo efectivo, y no solo hipotético, potencial y futuro, por el resultado del recurso. En la misma línea se expresó la Resolución 80/2013, de 20 de febrero, al admitir la legitimación en el recurso especial interpuesto por los trabajadores (o por sus órganos de representación) que, viniendo desempeñando sus funciones en el marco de un previo contrato de servicios, pretendían que en los pliegos se recoja, expresa o implícitamente, la eventual obligación del nuevo adjudicatario de subrogarse en dichas relaciones laborales (ello sin perjuicio de que los derechos laborales de dichos trabajadores tengan que hacerse valer ante la Jurisdicción Social)”*.

Dicho lo anterior, en el supuesto analizado concurre una especificidad a tener en cuenta que no es otra que la circunstancia de que el concreto acto impugnado por los reclamantes no es sino el acto de adjudicación del acuerdo marco. En este sentido, como bien señala la Resolución 284/2019, de 25 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en referencia a la legitimación de los sindicatos,

cuya admisión no cuestiona cuando se recurre el pliego en la medida en que puede contener cláusulas que afectan al personal que va a desarrollar el contrato, cuando se recurre el acto de adjudicación, la legitimación debe entenderse circunscrita, en principio, a las personas que han participado en la licitación y pueden resultar perjudicadas por la decisión adoptada por el órgano de contratación. Solo de forma excepcional o en supuestos muy concretos puede atribuirse legitimación a terceros, como el sindicato recurrente en el supuesto analizado en dicha resolución, para discutir esta clase de actos, pues rara vez afectaran a su esfera jurídica. Para que concurra esta excepcional legitimación es precisa la acreditación de que la estimación del recurso generaría un beneficio o evitación de un perjuicio a los trabajadores, beneficio o perjuicio que no pueden ser entendidos en términos de mera hipótesis.

Pues bien, en nuestro caso, la legitimación que alegan los reclamantes se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral, pues el hecho de que el pliego no prevea su derecho a la subrogación va a suponer la extinción total o parcial de sus puestos de trabajo. Tanto la entidad contratante como la tercera interesada niegan que en este caso proceda la subrogación, si bien lo que no ofrece dudas es que una eventual estimación de la reclamación representaría para éstos un beneficio cierto y no meramente hipotético pues lo cierto es que la cuestión de fondo planteada no es otra que determinar si en este caso existe, en atención a las concretas circunstancias, obligación de subrogar a personal. Motivo por el cual no cabe sino reconocer la concurrencia en los reclamantes de interés legítimo y, por tanto, de la legitimación necesaria para interponer la presente reclamación especial; lo que nos conduce a rechazar la causa de inadmisión en tal sentido alegada.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe resolver sobre la petición de apertura de periodo de prueba formuladas por los reclamantes, mediante OTROSI, en el escrito de interposición de la reclamación, a los efectos de que se requiera al Ayuntamiento de Pamplona para que certifique si las exposiciones del Área de Cultura e Igualdad del Ayuntamiento de Pamplona y en concreto, los espacios expositivos de la Ciudadela, son servicios de nueva creación o no y en este último caso, desde qué fecha se vienen prestando y, en concreto, si se han prestado dichos servicios o similares con anterioridad a la licitación

del Acuerdo Marco, ya sea de manera total o parcial, ya mediante gestión directa o indirecta y si ha habido algún trabajador municipal o de cualquier empresa externa prestando dichos servicios, total o parcialmente; en concreto, si se han prestado habitualmente por INTRO COMUNICACIÓN S.A. y EL CUBO BLANCO S.L., sin perjuicio de que también se haya hecho por otras empresas.

Al respecto, el artículo 126.6 de la LFCP establece que *“Cuando las personas interesadas lo soliciten o el procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura de un periodo de prueba por un plazo de cinco días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes, previa comunicación a todas las personas interesadas. El Tribunal podrá rechazar la prueba propuesta si la considera improcedente o innecesaria. (...)”*.

Sobre la práctica de la prueba, este Tribunal señaló en su Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, que *“(...) como apunta la Resolución 135/2016, de 13 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, “La prueba es un acto de instrucción del procedimiento consistente en la comprobación de los datos incorporados al expediente. Ha de versar sobre “los hechos relevantes para la resolución del recurso”. Su finalidad es provocar el convencimiento del titular de la competencia decisoria. Por tanto procedería la apertura de un periodo de prueba cuando no se tienen por cierto los hechos alegados por los interesados y consecuentemente no procede cuando los hechos son admitidos o reconocidos por las partes, pues como ocurre en este procedimiento la documentación que se adjunta a la oferta, es suficiente para comprobar los hechos determinantes de la resolución que se adopte.”*

Existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la utilización de los medios de prueba pertinentes en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.2 CE, por todas, sentencia 165/2001, de 16 de julio, que razona que *“a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que*

atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el tema decidendi”.

En el caso que nos ocupa, los hechos sobre los que versa la prueba solicitada resultan del propio expediente de contratación, se justifican mediante los documentos aportados por los propios reclamantes, y no son objeto de negación o discusión por las otras partes de la reclamación, más allá de que sí se discuta su alcance o consecuencia; constando en el informe propuesta del contrato que el servicio viene prestándose, al menos desde el año 2006, por empresas ajenas al Ayuntamiento de Pamplona, entre las que se encuentran las que emplean a los recurrentes. Circunstancias que determinan la innecesaridad de la práctica de la prueba propuesta.

SEXTO.- Entrando en las cuestiones de fondo planteadas, y según hemos anticipado, si bien se impugna el acto de adjudicación del acuerdo marco, lo que verdaderamente subyace en la acción ejercitada no es sino la impugnación indirecta del pliego regulador. Así se indica expresamente en el escrito de interposición cuando se afirma que *“se considera procedente recurrir, a través de la adjudicación y de manera indirecta, el Pliego de Condiciones regulador de la licitación, en la medida en que no incluye información alguna sobre la obligación de subrogación del personal y las condiciones de ésta. No estamos sólo antes una causa de nulidad de pleno derecho, sino que, además y según lo relatado, es claro que los recurrentes no han tenido conocimiento fehaciente de ello hasta este momento, cuando acceden al contenido del acuerdo de adjudicación y confirman verbalmente con sus actuales empresas y sobre todo, con el Ayuntamiento y la adjudicataria que no van a ser subrogados porque no lo prevén los Pliegos de la licitación”*; deduciendo como pretensión la anulación de toda la licitación, ordenando que se celebre una nueva en la que se reconozca la obligación legal de subrogación de todo el personal y se recoja toda la información asociada. Oponiéndose la entidad contratante y la tercera interesada que ha comparecido en el presente procedimiento de reclamación con fundamento en las alegaciones recogidas en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo al que, al respecto, nos remitimos.

La primera cuestión a resolver es la relativa a si es posible impugnar el pliego regulador con ocasión de la impugnación de los posteriores actos que se van produciendo en el procedimiento de adjudicación, y, en el supuesto de que la respuesta a esta cuestión sea afirmativa, si, en el presente caso, concurren los requisitos que harían viable tal acción de impugnación.

Al respecto, como indicamos en nuestro Acuerdo 2/2021, de 7 de enero, la admisión de la impugnación del pliego regulador más allá del momento procedimental habilitado al efecto, con ocasión de uno de los actos posteriores del procedimiento como puede ser la adjudicación resulta excepcional. Ello obedece a que el pliego regulador constituye una actuación administrativa dentro del procedimiento de licitación susceptible de impugnación autónoma; lo que, obviamente, debe realizarse dentro del plazo legalmente previsto, siendo el dies a quo del cómputo de dicho plazo el siguiente de su publicación en el medio que en cada caso corresponda. Por eso, una vez que los Pliegos devienen firmes, solo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a estos, pero no discutir la legalidad de aquellos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006).

Este principio quiebra, ciertamente, en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior, si bien tales motivos deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva. Así, la única excepción a esta regla es que se tratase de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación del pliego por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

Doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021, cuyo fundamento de derecho cuarto razona lo siguiente: *“1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia y puede ahora concretarse aún más en estos términos: si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al*

impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad.

(...)

3° En efecto, lo que la sentencia aborda es la impugnación indirecta de los pliegos consentidos y resuelve que sí cabe tal impugnación conforme a la sentencia eVigilo, y añade que al enjuiciarse el acto de adjudicación debe advertirse si los pliegos incurren en alguna causa de nulidad de pleno Derecho.

4° Así, tras admitir tal impugnabilidad, lo que es ya realmente esa ratio decidendi se ventila en las circunstancias del caso concreto: advierte que, en efecto, el PCAP era defectuoso en cuanto a la fijación de criterios de valoración de las ofertas, que ello implicaba la infracción de los principios deducibles del artículo 18 de la Directiva 2014/24, pero que en este caso no se había incurrido en un trato discriminatorio con relevancia constitucional.

5° Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.

3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:

1° Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2° Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3° En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la

revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4° A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:

1° Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.

2° Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

5. Por razón de lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, a la cuestión que presenta interés casacional objetivo se responde que cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva". Consideraciones reiteradas en la Sentencia del mismo Tribunal 1199/2021, de 24 de marzo, cuando indica que "[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva." [...].

En línea con la doctrina jurisprudencial citada, la Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma, expuso lo siguiente: "Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, en la última de las sentencias citadas se precisa que para considerar que alguna cláusula de un pliego

incurrir en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse “con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional.”

Descendiendo al caso concreto, los pliegos reguladores fueron, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 89.1.c) y 93 de la LFCP, objeto de publicación en el Portal de Contratación de Navarra con fecha 2 de noviembre de 2020, por lo que, desde dicha fecha, todo interesado pudo tener acceso completo a los mismos. Disponiendo la cláusula R de las condiciones particulares del contrato que no procede la subrogación en términos absolutamente claros.

Los reclamantes - no licitadores, sino trabajadores de dos de las empresas que concurrieron en el procedimiento - desde el mismo momento de la publicación de los pliegos tuvieron acceso a éstos y, por tanto, pudieron tener conocimiento de la previsión que tales documentos recogían en relación con la subrogación, y sin embargo, no impugnaron los mismos en el plazo establecido.

En este sentido, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 124.2.a) de la LFCP, el plazo para la impugnación de los pliegos se inicia con su publicación oficial en el medio citado; siendo tal anuncio el que tiene trascendencia jurídica tanto para la determinación de plazos como para la presentación de ofertas o solicitudes. Plazo de carácter preclusivo que, por elementales razones derivadas del principio de seguridad jurídica, es común para cualquier interesado que conforme a lo expuesto anteriormente se encuentre legitimado para su impugnación, entre ellos, como se ha razonado, los propios trabajadores de las empresas participantes en el procedimiento para cuestionar las condiciones laborales que pudieran afectarles, como era el caso. Resultando así que, transcurrido el plazo para recurrir sin haberlo hecho, el acto por el que se aprueba el pliego se convierte en consentido y firme por aplicación del carácter preclusivo y de caducidad de los plazos para recurrir que reconoce la teoría general del Derecho administrativo, habida cuenta que, efectivamente, el plazo de iniciación del procedimiento mediante el ejercicio de la correspondiente acción, es un plazo sustantivo, perentorio y preclusivo y por lo tanto, indisponible.

Así pues, esta cuestión debía haberse hecho valer mediante la interposición de la correspondiente reclamación especial o recurso contra los Pliegos, dentro de los plazos previstos al efecto, sin que pueda emplearse la vía de la impugnación contra el acto de adjudicación para invocar cuestiones relativas a dichos documentos contractuales, al haber precluido el plazo para la interposición de la reclamación.

Relacionado con lo anterior, debe advertirse que los reclamantes no han justificado las razones por las que no pudieron conocer su contenido sino hasta la adjudicación del acuerdo marco, más allá de aportar un documento de alegaciones de las empresas en las que prestaban sus servicios donde únicamente éstas manifiestan que *“no nos consta que dichos trabajadores fueran conscientes de que no se les iba a subrogar en sus contratos de trabajo hasta que esta parte hizo entrega del acuerdo de adjudicación y les indicó que ni el Ayuntamiento ni el único adjudicatario del Acuerdo Marco y por tanto, único posible adjudicatario de todos los contratos relacionados con el servicio, tenían intención de acordar su subrogación, momento en que nos consta que mostraron su desacuerdo y solicitaron asesoramiento jurídico, a raíz de lo cual nos solicitaron el certificado y copia de la documentación adjunta (datos de los trabajadores, aviso de fin de contrato y facturas con el Ayuntamiento de Pamplona) que comprobamos que han acompañado a la reclamación y que se corresponden con la documentación de los archivos de INTRO + EL CUBO BLANCO”*. Manifestaciones que carecen de virtualidad a los efectos pretendidos de acreditar imposibilidad de acceder al pliego e impugnarlo en tiempo y forma; y ello sin perjuicio, además, del hecho de que el desconocimiento alegado en todo caso resulta a ellos imputable, pues teniendo, como se ha dicho, en interés de la seguridad jurídica, los plazos para recurrir carácter preclusivo y no estando sujetos, como es el caso, a notificación personal sino a la preceptiva publicación, su posible impugnación no puede quedar al albur de las circunstancias o conveniencia de los interesados, especialmente teniendo en cuenta que todos los reclamantes forman parte del equipo propuesto por sus empresas para su adscripción a los contratos que pudieran derivarse.

Un supuesto similar al analizado es resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 130/2021, de 8 de abril, señalándose que *“(…) hemos de poner de relieve que, como*

señala el órgano de contratación en su informe, lo que realmente subyace en este caso es una impugnación indirecta de los pliegos rectores de la presente licitación.

Al respecto, este Tribunal, ha de manifestar, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 25/2019, de 31 de enero y 9/2020 de 3 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en el extremo cuestionado, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación - normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato (a sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 (EDJ 2015/22546) Evigilo, apartados 52 a 58).

En este caso, la entidad recurrente (un sindicato, no licitador) desde el mismo momento de la publicación de los pliegos tuvo conocimiento del presupuesto de licitación fijado y, consecuentemente, de su valor estimado y el precio establecido y, sin embargo, no procedió a recurrir los mismos en el plazo fijado.

El sindicato recurrente pudo impugnar el contenido de los pliegos que era claro en su redacción respecto a los extremos que ahora son objeto de recurso, sin que quepa trasladar esta opción al momento de la adjudicación del contrato, (...)”.

De igual modo, la Resolución 83/2014, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resuelve un supuesto análogo al que nos ocupa, donde varios trabajadores recurren el acto de adjudicación de un contrato por no incluir los pliegos una serie de determinaciones, entre ellas, la necesaria subrogación

de los trabajadores; advirtiendo el Tribunal que lo que realmente se está cuestionando no es el acto de adjudicación sino el pliego, que devino consentido y firme, por lo que desestima la reclamación, razonando lo siguiente: *“Del examen del recurso se desprende que su objeto real no es el acto de adjudicación del contrato, por mucho que formalmente así se declare por los recurrentes, sino los Pliegos por los que se rige el contrato, pliegos que no han sido recurridos por los interesados en tiempo y forma.”* (...).

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet) a pasar por su contenido, siendo así que la adjudicación del contrato se ajustó plenamente a lo dispuesto en dichos Pliegos y que, por tal motivo, el Tribunal no aprecia ninguna infracción jurídica en el acto de adjudicación recurrido, lo que determina la procedencia de desestimar el presente recurso especial.”

Así pues, y partiendo de que para la viabilidad de una impugnación indirecta del pliego no basta, como se ha expuesto, con la concurrencia de las circunstancias objetivas indicadas, esto es, de un vicio de nulidad de pleno derecho, sino que debe atenderse, igualmente, a las concretas circunstancias subjetivas, que en nuestro caso se corresponden con la claridad del pliego en el extremo cuestionado y su adecuada publicación conforme a la LFPC, y a la vista, precisamente de éstas, no cabe admitir la reclamación frente al pliego que ha devenido firme por no haber sido cuestionado en el momento procedimental oportuno; lo que hace innecesario analizar si la infracción alegada constituye o no un vicio de nulidad de pleno de derecho, pues la falta del otro presupuesto que requiere una impugnación como la planteada se suficiente para que la pretensión deducida no pueda tener favorable acogida.

Sentado lo anterior, cumple indicar que la adjudicación del acuerdo marco se realizó conforme a los pliegos reguladores, pues lo cierto es que ninguna infracción alegan los reclamantes respecto a dicho acto, limitándose, como se ha expuesto, a sustanciar una impugnación indirecta de dichos documentos contractuales; lo que determina la desestimación de la reclamación interpuesta.

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. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. L. A., en nombre y representación de doña A. D. C., don E. M. G. y don S. A. G., frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona, de 2 de junio de 2021, por la que se selecciona a la mercantil GLOBAL SERVICIOS CULTURALES, S.L. para la celebración de los contratos derivados del acuerdo marco para el montaje y vigilancia de las exposiciones del Área de Cultura de Igualdad del Ayuntamiento de Pamplona.

2º. Notificar este acuerdo a don J. L. A., en calidad de representante de doña A. D. C., don E. M. G. y don S. A. G., al Ayuntamiento de Pamplona, 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, 10 de septiembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.