



Expte.: R-52/2017

ACUERDO 61/2017, de 6 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.R.R., en representación de la entidad mercantil “SERVINFORM, S.A.”, contra la Resolución nº 87/2017 del Director General del Observatorio de la Realidad Social, de Planificación y Evaluación de las Políticas Sociales, de fecha 26 de julio de 2017, por la cual se adjudica a “SERVINFORM, S.A.” el contrato del servicio de atención telefónica del Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los días 3 y 7 de abril de 2017, respectivamente, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del contrato de asistencia para la contratación del servicio de atención telefónica del Departamento de Derechos Sociales.

SEGUNDO.- Mediante Resolución nº 87/2017, de 26 de julio, del Director General del Observatorio de la Realidad Social, de Planificación y Evaluación de las Políticas Sociales, se adjudicó el contrato de asistencia del servicio de atención telefónica del Departamento de Derechos Sociales a la empresa “SERVIFORM, S.A.” (en adelante SERVIFORM).

TERCERO.- Con fecha 3 de agosto de 2017, la hasta entonces empresa prestadora del contrato remitió mediante correo electrónico a SERVINFORM la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona, de fecha 29 de octubre de 2015 (anexo 6 de la reclamación), sobre subrogación con antigüedad en el servicio objeto del contrato.

CUARTO.- Con fecha 14 de agosto de 2017, tras haber recibido la notificación de la Resolución que se impugna el día 7 de agosto de 2017, conforme lo indicado por la reclamante, don J.R.R., en representación de la entidad mercantil SERVIFORM, interpone reclamación en materia de contratación pública contra la Resolución n° 87/2017 del Director General del Observatorio de la Realidad Social, de Planificación y Evaluación de las Políticas Sociales, de fecha 26 de julio de 2017, por la cual se le adjudica el contrato objeto de la presente reclamación.

A juicio del reclamante, la Resolución de adjudicación del contrato resulta contraria a los principios que rigen la contratación pública, y lesiva para los derechos e intereses legítimos de SERVIFORM, al ser contraria a los principios de transparencia, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación previstos en el artículo 21 de LFCP.

Y ello, en la medida que la referida Resolución de adjudicación es producto de unos pliegos que *“recogen unas previsiones sobre las cargas laborales derivadas de la asunción del servicio que no se corresponden con la realidad y que ha llevado a los licitadores a realizar ofertas sobre la base de premisas erróneas.”*

Por tanto, la reclamación se dirige también, indirectamente, contra los Pliegos, y en particular, contra la Cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que es precisamente la que regula los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresa prestataria del servicio, y contra el Anexo III del PCAP, al resultar insuficiente la información laboral que se incluye en el mismo.

En primer término, señala la empresa SERVIFORM que su reclamación está dentro de plazo tanto para la impugnación de la Resolución, ya que está dentro de los diez días desde la recepción de la notificación de la misma, como para la impugnación indirecta de los Pliegos, ya que *“es doctrina consolidada que resulta posible impugnar indirectamente los pliegos a través de sus actos de aplicación, como es el acuerdo de adjudicación del contrato, cuando aquellos adolecen de vicios de nulidad de pleno Derecho...la vulneración de los principios de transparencia, concurrencia, igualdad*

de trato y no discriminación que rigen la contratación pública ex artículo 21 LFCP constituye un vicio de nulidad de pleno derecho de los pliegos.”

Asimismo, basa su legitimación para la presentación de la reclamación en que “formuló su oferta con base en unas estipulaciones de los pliegos, concretamente las relativas a las cargas laborales asociadas al servicio, que no corresponden con la realidad y fue después, cuando tuvo conocimiento de esta circunstancia a partir de la información facilitada por la actual empresa contratista del servicio. Por tanto, la adjudicación del contrato le ha ocasionado un grave perjuicio a la Compañía, en la medida en que la desestimación de la presente reclamación obligaría a asumir un pasivo laboral muy superior al previsto en los pliegos del contrato que le sirvió de base para formular su oferta económica. No cabe duda de que ostenta un interés legítimo.”

El motivo fundamental, ya adelantado, en base al cual se interpone la reclamación, es que el pasivo laboral que se contempla en los pliegos no se corresponde con la realidad y ha llevado a los licitadores a formular sus ofertas sobre la base de unas premisas erróneas, con la consiguiente vulneración de los principios básicos de la contratación pública recogidos en el artículo 21 de la LFCP, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española y los artículos 18 y 76 de la Directiva 20/2014/UE, es decir, los principios de transparencia, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

Concretamente, la Cláusula 20 del PCAP establece que resulta de aplicación el Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de “contact center”, en cuyo artículo 18 se prevé que el nuevo adjudicatario debe incorporar a su plantilla el 90% de los trabajadores que venían prestando servicio y que la antigüedad de dichos trabajadores no se computará a efectos indemnizatorios.

Asimismo, se publicó una aclaración en el Portal de Contratación, estando abierto el plazo de presentación de proposiciones, en la cual se indicaba expresamente que el cambio de la empresa se regiría por lo dispuesto en dicho artículo 18 del Convenio Colectivo.

Posteriormente a la presentación de su oferta, SERVIFORM ha tenido conocimiento de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona, de 29 de octubre de 2015, ya citada, la cual evidencia, según indica, que esta cláusula del Pliego resulta errónea, ya que *“nos encontraríamos ante un caso de sucesión empresarial del artículo 44 del ET, no resultando operativo el artículo 18 del Convenio”*.

Expone la reclamante que de dicha sentencia, que es firme al no haber sido recurrida en tiempo y forma por la anterior adjudicataria, se desprende que *“el cambio de empresa prestadora de los servicios de asistencia telefónica que nos ocupan se rige por el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, al tratarse de un supuesto de sucesión de empresa en el que la subrogación es obligación legal, y no por el artículo 18 del Convenio Colectivo como se prevé en los pliegos del contrato en cuestión, lo cual supone a la adjudicataria del servicio que tenga que subrogarse en el 100% de las obligaciones laborales del anterior adjudicatario, asumiendo también la antigüedad de los trabajadores a efectos indemnizatorios, lo que evidentemente supone una alteración muy importante de las condiciones previstas en los pliegos, al tratarse de una carga laboral muy superior a la que resultaría de la aplicación del artículo 18 del Convenio Colectivo al que se remite la Cláusula 20 del PCAP.”*

Apunta, en este sentido, que presentó su oferta tomando como base un pasivo laboral sobre la base de unas premisas erróneas, lo que únicamente podía favorecer a la empresa que actualmente presta el servicio, que conoce perfectamente las cargas laborales reales; e indica que las cargas laborales que resultan de aplicar la sucesión de empresas prevista en el artículo 44 del ET son muy superiores a las que resultarían en caso de aplicar el artículo 18 del convenio colectivo al que se remite la Cláusula 20 del PCAP. Y ello porque en este último caso el nuevo adjudicatario solo tiene que incorporar a su plantilla el 90% de los trabajadores que venían prestando el servicio, sin que la antigüedad compute a efectos indemnizatorios, lo que si ocurre si se aplica el artículo 44 del ET. A modo de ejemplo, indica que el coste de despido de los trabajadores que tendría que asumir al aplicar el artículo 44 del ET superaría en más de

20.000 euros al coste que resultaría de aplicar el artículo 18 del Convenio al cual se remite la Cláusula 20 del Pliego, y los beneficios que se podrían obtener por la ejecución del contrato a fecha de 31 de diciembre de 2017 con la aplicación del artículo 18 del Convenio serían de 3.315,20 euros, frente a las pérdidas de casi 19.339,16 euros si se aplica el artículo 44 del E.T.

Concluye que es claro que si en los Pliegos del contrato se hubiera previsto la aplicación del artículo 44 del ET la reclamante no hubiera concurrido a la licitación, o habría formulado su oferta en otros términos.

Por último, la reclamante considera que la aplicación del artículo 44 del ET no recogida en los Pliegos, además de la nulidad de pleno derecho por infracción de los principios del artículo 20 de la LFCP, supone, asimismo, una vulneración de la obligación de la Administración, recogida en el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en cuya virtud en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Información que corresponde recabar al órgano de contratación, quien debe requerir, si es preciso, al actual contratista para que aporte una información que sea completa y veraz.

Concluye la reclamante exponiendo que la información sobre las condiciones de los trabajadores que a los efectos indicados contiene el Anexo III del PCAP resulta insuficiente, en la medida en que no comprende el salario individualizado de cada uno de ellos.

Por todo ello solicita que se declare la nulidad de la Resolución nº 87/2017 del Director General del Observatorio de la Realidad Social, de Planificación y Evaluación de las Políticas Sociales, de fecha 26 de julio de 2017, por la cual se adjudica a

SERVIFORM el contrato del servicio de atención telefónica del Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra, estimándose su reclamación y consecuentemente acuerde la nulidad del procedimiento de licitación.

QUINTO.- Con fecha 30 de agosto de 2017, el Departamento de Derechos Sociales presenta el expediente del contrato junto con escrito de alegaciones en el que resumidamente, alega, en primer término, que es cuestión pacífica y plenamente aceptada que la falta de impugnación en tiempo y forma de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares supone la pérdida de legitimación.

Entiende, en segundo término, que no concurre causa de nulidad de pleno derecho en la adjudicación del contrato ni en la Cláusula 20 del PCAP que permita el recurso indirecto contra este. Indica, en este sentido, que el carácter excepcional de la nulidad de pleno derecho impone, a su vez, una interpretación restrictiva de los supuestos en los que cabe, siendo dichos supuestos tasados, de modo que solo pueden ser considerados tales los previstos por el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin que según la entidad se invoque por parte del reclamante ninguno de los previstos en dicho precepto para basar la presunta nulidad de la Cláusula 20 del Pliego, no resultando suficiente traer a colación como hace el recurrente el Acuerdo 38/2016, de 5 de julio, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, ya que el mismo se refería a un caso concreto de infracción de los principios de tratamiento igualitario y no discriminatorio, así como de transparencia, pero no es extrapolable, sin más, al caso que nos ocupa la existencia de nulidad de pleno derecho por la pretendida quiebra de estos principios independientemente de su naturaleza, de las circunstancias en que se produce, así como de su intensidad.

Por tanto, la falta de invocación y de análisis de una causa concreta de nulidad de pleno derecho impide apreciar su concurrencia y más aun cuando el carácter excepcional y la interpretación restrictiva imponen una más profunda argumentación en la justificación de la concurrencia de este tipo de nulidad.

Respecto a la presunta aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no procediendo, según la reclamante, la aplicación del artículo 18 del Convenio Colectivo, tal y como se indica en el pliego, señala que la Sentencia del Juzgado nº 2 de lo Social invocada por el reclamante no tiene efectos “erga omnes” sino exclusivamente “inter partes”, con lo que *“no puede pretenderse su aplicación en todo lugar y momento sin consideración a sus circunstancias fácticas y subjetivas que delimitaron aquel proceso. La Administración de la Comunidad foral no fue parte en el mismo, por lo que los derechos y obligaciones que declara no pueden producir efectos frente a ella. Existe un Convenio Colectivo que contiene previsiones respecto de los derechos de los trabajadores en caso de cambio en la empresa prestadora del servicio, con valor normativo y publicado para general conocimiento. No se puede pretender que la Administración ignore dicho convenio a favor del contenido de una sentencia que ya desplegó sus efectos en su momento, en sus circunstancias y respecto de unas partes concretas. Lo que se pretende es trasladar a la Administración la carga de interpretar cual es la normativa legal o convencional aplicable y su alcance, cosa que deberían interpretar los interesados a la hora de calcular su oferta, pero que la Administración cumple con la ley advirtiendo en los pliegos en lo que se refiere al convenio no a otros condicionantes que le son desconocidos.”*

Añade que la Administración cumple con advertir en los Pliegos las obligaciones relativas a los trabajadores en caso de cambio de empresa adjudicataria y solicitar la información precisa al adjudicatario, pero no está obligada a prejuzgar la existencia de tales obligaciones legales o convencionales y, menos aun, el alcance concreto de las mismas impuesto a los empresarios respecto de los trabajadores.

Considera por ello la entidad que su actuación ha sido conforme con lo dispuesto en el artículo 49.3.b) de la LFCP, ya que dicho precepto señala que *“La oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso el precio/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/horas del convenio más el coste de Seguridad Social.”*, previsión que *“se contiene en la Cláusula 26 del PCAP y la Cláusula 20 no deja de ser una concreción de*

la misma, de modo que la norma obliga a los licitadores a tener en consideración el convenio colectivo sectorial que sea de aplicación a la hora de calcular su ofertas, pero no obliga a la entidad contratante a tener en cuenta otras circunstancias de la relación laboral (como es la existencia y alcance de la subrogación) a la que, por definición, es ajena.”

Para finalizar, señala el Departamento de Derechos Sociales que el perjuicio económico que alega la reclamante es únicamente hipotético así como la desigualdad que señala ya que el eventual despido de los trabajadores y los costes salariales que de ello pueden derivar además de ser una circunstancia incierta, tendrá que ser valorada por la propia empresa en su momento sin que pueda trasladar a la Administración la responsabilidad sobre las consecuencias de sus acciones futuras ni menos aún obligarle a preverlas a la hora de redactar los pliegos que, según se ha visto, cumplen con la legalidad.

En definitiva, solicita a este Tribunal la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- El día 8 de septiembre de 2017, dentro del plazo establecido para ello, se dio trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento, sin que durante el plazo concedido al efecto se hayan presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Departamento de Derechos Sociales reúne la condición de poder adjudicador de los previstos en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) y, en consecuencia, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 210.1 LFCP.

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

Al tratarse de un licitador que impugna la adjudicación de una licitación se encuentra legitimado conforme a lo dispuesto en el art. 210 LFCP.

La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) LFCP.

La reclamación fue presentada el día 14 de agosto de 2017, dentro del plazo de diez días naturales establecido por el 210.2.b de la LFCP.

SEGUNDO.- El acto objeto de impugnación es la Resolución 87/2017, de 26 de julio, del Director General del Observatorio de la Realidad Social, de Planificación y Evaluación de las Políticas Sociales, en cuya virtud tiene lugar la adjudicación, en favor de la reclamante, del contrato de asistencia para la prestación del servicio de atención telefónica del Departamento de Derechos Sociales.

El escrito de interposición de la reclamación pone de relieve que la impugnación del acto de adjudicación del contrato trae causa de que la reclamante estima que dicha adjudicación, a pesar de haber recaído a su favor, resulta lesiva para sus derechos e intereses legítimos en la medida en que es producto de unos pliegos que no resultan correctos en cuanto a los costes laborales derivados de la prestación del servicio y que han llevado a los licitadores a realizar sus ofertas sobre la base de premisas erróneas.

En consecuencia, nos encontramos frente a una impugnación indirecta del PCAP – concretamente de su cláusula vigésima y Anexo III – a través de una reclamación contra un acto de aplicación del mismo como es la Resolución de adjudicación del contrato. Extremo que impone, en primer lugar, determinar cuál es el alcance de la posibilidad de impugnar los pliegos a través de sus actos de aplicación.

Este Tribunal ha puesto de manifiesto de manera reiterada – por todos, Acuerdo 64/2016, de 28 de diciembre -, que el pliego constituye la ley del contrato, de forma

que si no es impugnado en su momento, quedan consentidas y firmes sus cláusulas y, en consecuencia, vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos; y ello como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades como el denominado “*pacta sunt servanda*”, con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 en la que se afirma que “*esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía*”.

En consecuencia, 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, tanto más cuando existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante la reclamación frente a los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

Así lo ha recogido la jurisprudencia que resume la Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016: “*(...) Como hemos expuesto y puso de manifiesto el TARCR, en el supuesto enjuiciado la impugnación tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter*

general, conforme a reiterada jurisprudencia, como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º) que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo».

Por ello, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos” [...]»; Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».

Lo dicho nos lleva a confirmar el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso. (...)

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.

La Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no

impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. La sentencia llega a la siguiente conclusión: *“58 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”*.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre de 2015 indica que *“(…) Pues, como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, la negación general de la posibilidad de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no cohonesta con las Directivas de recursos. Lo que se explica porque no siempre es sencillo detectar las posibles infracciones de las reglas del procedimiento antes de la presentación de las ofertas. La efectividad de la Directiva de recursos, exige poder depurar las ilegalidades de los pliegos —que el licitador advierte en un momento posterior al conocimiento de éstos— cuando se valora la oferta y se aplican los criterios de adjudicación. Es entonces cuando se produce la lesión en sus derechos. Se trata, afirma la doctrina, de considerar que el efecto útil de la Directiva de recursos queda cercenado, si determinadas previsiones de un pliego — que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores, ni impiden su participación en la licitación, pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública— no pueden ser recurridas cuando es notificado el acto de adjudicación, o el acto de exclusión, que es cuando se produce la lesión efectiva en los derechos del licitador (...) no es admisible, en contra del efecto útil de la*

Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRLCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego (...)”

Pues bien, la doctrina recogida en la STJUE de 12 de marzo de 2015 resulta de aplicación al caso que nos ocupa en la medida en que se alega la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en la cláusula 20 del pliego relativa al alcance de la obligación de subrogación de personal – por infracción de los principios rectores de la contratación pública, que, por otro lado, no precisa mayor concreción en relación con el supuesto legal de nulidad donde se incardina - que se ha suscitado precisamente con posterioridad a la adjudicación del contrato a raíz de la información facilitada por la actual adjudicataria del servicio, resultado, en este sentido, que a la reclamante no puede sino reconocerse un comportamiento diligente en la medida en que durante el plazo de presentación de ofertas solicitó aclaración sobre tal extremo; motivo por el cual procede admitir la reclamación formulada, restando analizar si la citada cláusula del pliego se ajusta al ordenamiento jurídico.

TERCERO.- Cuestiona la reclamante la legalidad, de la cláusula vigésima y del Anexo III del PCAP regulador del contrato de referencia, relativas a la subrogación de trabajadores, en la medida que prevé que la misma se efectúe conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del convenio de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), mientras que según la información facilitada por la adjudicataria del anterior contrato dicha subrogación se debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en artículo 44 ET; de forma que la información contenida en el pliego ha provocado que los licitadores presenten sus ofertas sobre premisas erróneas formulándolas teniendo en cuenta cargas de personal inferiores a las que realmente debe asumir como adjudicataria.

Fundamenta su argumento en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona de 29 de octubre de 2015, que con ocasión de una demanda de despido suscitada en el seno del anterior cambio de adjudicataria del contrato que nos ocupa

indica que “(...)Pues bien, aplicando la anterior doctrina al caso presente, en el que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, resulta que la empresa Fundación Koiné Aequalitas se adjudicó la contrata administrativa que antes realizaba la codemandada Indra BPO Servicios SLU asumiendo a toda la plantilla adscrita a la misma (tres trabajadoras). El supuesto descrito constituye, pues, un supuesto de sucesión de empresa en el que la subrogación es obligación legal. El art. 44 ET dispone así que el cambio de titularidad (la nueva adjudicación de la contrata) no extingue por sí misma la relación laboral de la actora e impone al empresario que pasa a ser el nuevo titular, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior. En definitiva, que ope legis la “entrante” debió subrogarse en la posición empleadora de la demandante. Al no haberlo hecho así, como era su obligación, ha de responder de lo que constituye despido, que ha de ser calificado como improcedente”.

Considera, asimismo, que la información de las condiciones del personal contenidas en el Anexo III del PCAP resulta insuficiente a los efectos de preparación de las ofertas, toda vez que ninguna referencia se contiene sobre los salarios individualizados de los trabajadores.

La entidad contratante opone, en este sentido, que la Administración únicamente debe facilitar la información correspondiente a la subrogación en los pliegos y solicitar del actual adjudicatario que facilite la misma, sin que deba pronunciarse sobre el alcance – legal o convencional – de la subrogación; añadiendo que la Sentencia en que la reclamante fundamenta su reclamación restringe sus efectos a las partes del proceso en cuestión, sin que sea posible su extensión a supuestos ajenos al mismo.

A la vista de las alegaciones efectuadas por las partes, la discrepancia radica en la existencia o no de una obligación de subrogación laboral para la nueva adjudicataria del contrato.

Así las cosas, procede examinar la cláusula controvertida del PCAP, que establece lo siguiente: “20. DERECHO DE LOS TRABAJADORES, En caso de cambio de empresa en la prestación del servicio, será de aplicación lo dispuesto en el Convenio

colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 179, de 27 de julio de 2012, (v. Anexo III).

No se le podrá exigir a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, bien sea de forma directa o vía acción de regreso, ningún tipo de indemnización ni de responsabilidad por los despidos que pudiesen llevar a cabo la empresa entrante, en su caso. Tales indemnizaciones correrán a cargo de la empresa saliente o de la empresa entrante, según determine el derecho laboral, pero nunca a cargo de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra”.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su informe 31/1999, de 30 de junio, expone que “(...) *en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares (...)*”; informe matizado por el posterior 33/2002, de 23 de octubre, que señala “*la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley (...)*”. De ahí la obligación de incorporar, en los casos en que exista, al menos, apariencia de subrogar el personal, en los pliegos la información relativa a las condiciones de los trabajadores que pudieran verse afectados - obligación que corresponde cumplir, efectivamente, al órgano de contratación -; si bien del alcance de tal subrogación, y de su cumplimiento, no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción Social (sentencias de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya citadas, de 9 y 10 de abril, y de 3 de mayo de 1999, entre otras muchas).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas Resoluciones, por todas la nº 321/2014, indica que *“La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución, interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: "la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos - Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status del trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social.” Pero, pese a ello, se decía que "aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación", dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP. Por ello, entendemos que, en supuestos como el que nos ocupa, en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP-y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación; y a hacer constar tal información en el propio pliego o en la*

documentación complementaria; siendo aconsejable que se haga igualmente constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación”

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución 38/2014, de 10 de abril de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi: “(...) *no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto (...)*”.

Por su parte, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 375/2016, de 13 de mayo, indica que “(...) *no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es, el de entender que siempre que exista al menos la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria. En particular, en la Resolución 88/2015 aplicable al caso que nos ocupa se declaraba que ‘(...) dado que de lo obrante en el expediente no puede inferirse que la adjudicación del contrato ahora examinado haya de llevar consigo la transmisión de la infraestructura o de la organización básica para la explotación -hipótesis en la que, según se ha indicado, desplegaría sus efectos el artículo 44.1 ET- parece claro que la subrogación sólo puede venir dada por las previsiones del Convenio colectivo aplicable. (...) Resulta, por tanto, que no corresponde al órgano de contratación hacer pronunciamiento sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación pero, en el caso de que exista al menos apariencia de que puede concurrir dicha obligación, procede facilitar la información en los pliegos o en la documentación complementaria acerca de las condiciones de los*

contratos de los trabajadores que resulten afectados por la subrogación. Corresponde al órgano de contratación delimitar cuál es el convenio colectivo aplicable con el fin de conocer si existe dicha obligación de subrogación.”

Este Tribunal en su reciente Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, ha señalado que “(...) *Conviene precisar, en este sentido, que el establecimiento en los pliegos de la obligación de subrogar a los trabajadores que vinieran prestando sus servicios en el ámbito del contrato no ha sido una cuestión pacífica, existiendo algún pronunciamiento jurisprudencial del orden contencioso-administrativo – Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015 – admitiendo junto a la subrogación legal y convencional un tercer supuesto de subrogación contractual vía pliegos. Si bien lo cierto es que dicha Sentencia ha sido revocada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de enero de 2017, en la que reproduce la doctrina contenida en la Sentencia de 16 de marzo de 2015, en cuya virtud, y en relación con la obligación de subrogación impuesta por los pliegos, recuerda que es a la legislación laboral a la que se debe atender para imponer o no tal obligación.*

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

subrogación del personal (...) Cuestión ésta, además, que no corresponde solventar a este Tribunal por ser competencia de la Jurisdicción Laboral, sin que ello deba confundirse con el objeto de la presente litis que no es otro que la cuestión relativa a la obligación de aportar en los pliegos la información correspondiente en los contratos cuando exista obligación –o, en su caso, apariencia – de subrogación del personal para quien resulte adjudicatario.(,,) En consecuencia, y atendidos los términos del convenio colectivo de aplicación debe concluirse que, en el presente caso concurre, cuando menos, apariencia de que puede existir obligación de subrogar el personal por parte de los adjudicatarios de determinados lotes, de donde deriva, tal y como pone de relieve la entidad reclamante, la obligación del órgano de contratación de facilitar en el PCAP regulador del contrato la información correspondiente a las condiciones de los contratos de los trabajadores que puedan resultar afectados por la subrogación (...)”

El artículo 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Call Center, que el órgano de contratación declara aplicable al contrato que se considera, dispone lo siguiente: “*Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a:*

1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla.

2. Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:

2.1 Ya se ejecute la campaña en plataforma interna, como en plataforma externa, a partir de la publicación del Convenio el 90 % de la nueva plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña o servicio por la anterior empresa que llevaba la misma, y en principio siempre que hubieran estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.

2.2 A los efectos de llevar a cabo la elección de los trabajadores, la misma se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50% de tiempo de

prestación de servicios en la campaña; 10 % formación recibida durante la campaña y 40% selección.

3. Para llevar a cabo la nueva contratación de aquel personal que hubiera prestado sus servicios en la anterior campaña, la nueva empresa contratista de Contact Center, vendrá obligada a respetar las condiciones salariales de convenio consolidadas que el trabajador hubiera venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el trabajador en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y en los mismos turnos.

De la misma forma se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estuvieran acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión.

Se respetará el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional.

Se respetarán los turnos de trabajo, sin que ello suponga merma de la facultad de organización del trabajo que corresponde al empresario, y siempre que en la nueva campaña ello resulte posible.

Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el trabajador.

No habrá período de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año.

4. La nueva empresa constituirá una bolsa de trabajo, durante un plazo máximo de seis meses, para aquellos trabajadores que, habiendo superado el proceso de selección, no entren en el porcentaje fijado para cada campaña. De producirse vacantes en tal campaña durante el plazo de tiempo señalado, la empresa vendrá obligada a cubrirlas con el personal de dichas bolsas, salvo que tuviera trabajadores con contrato indefinido pendientes de reubicación, quienes, en todo caso, tendrán preferencia absoluta para ocupar dichas vacantes.

5. Los representantes legales de los trabajadores, cuando no exista en la nueva empresa dentro de la provincia donde se va a ejecutar la campaña representación legal de los trabajadores, mantendrán su condición por el tiempo indispensable hasta la celebración de elecciones sindicales en dicha circunscripción y empresa”.

Sobre este particular se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 638/2017, de 14 de julio, en los siguientes términos: *“De la lectura del apartado 1 del artículo 18 del citado convenio colectivo se depende que dicho precepto impone a la nueva empresa adjudicataria, no la obligación de incorporar el personal de la anterior contrata a su plantilla sino, distintamente, la de incorporarles al “proceso de selección para la formación de la nueva plantilla”, lo que, en puridad, no constituye una obligación de subrogación laboral. No corresponde a este Tribunal la interpretación de los convenios colectivos ni de las normas laborales en general. Pero sí procede atender, a efectos de resolver un recurso especial en materia de contratación, a la interpretación que de dichas normas hayan efectuado los Tribunales del orden jurisdiccional social. Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de julio de 2013 (RJ 2013/6760) y de 27 de enero de 2015 (RJ 2015/471), ha concluido que el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center no impone una obligación de subrogar al personal, sino que sólo contempla la necesidad de que los trabajadores del anterior contratista participen en el proceso de selección de personal de la nueva, en los términos establecidos en la propia norma convencional, sin que quepa tampoco hablar de sucesión de empresas del artículo 44 del ET cuando, en supuestos como los enjuiciados, la nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo para ello la totalidad o parte de su plantilla, sino que aporta sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su know how. Efectivamente, el Tribunal Supremo señala que “...el artículo 18 establece disposiciones con las que se pretende garantizar e incentivar la contratación de empleados de la antigua contratista, pero sin llegar tan lejos como el art. 44 del E.T.”, y que el citado artículo 18 no dispone la subrogación de la plantilla, “al establecer sólo la necesidad de que los trabajadores de la anterior participen en el proceso de selección de personal de la nueva, obligación existente, únicamente, en los términos establecidos por el Convenio”. Y añade que “...no ha existido ningún negocio sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras necesarios para el desarrollo de una actividad que necesita inmuebles, sistemas informáticos, de telefonía y de comunicaciones, entre otros medios materiales para su desarrollo”, y “el cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el artículo 44.2 del E.T. ni en el 1.1 de la Directiva 2001/23,*

porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio Colectivo, norma que sólo obliga a lo que en ella dispone...”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo citada viene a confirmar el criterio mantenido por el Ministerio de Fomento, con arreglo al cual el artículo 18 del convenio colectivo aplicable no impone realmente una subrogación laboral, sin que tampoco concorra un supuesto de sucesión empresarial del artículo 44 del E.T.

En definitiva, no concurriría en el presente caso un supuesto de subrogación empresarial (por no venir contemplada en los pliegos), ni convencional (por no contemplar el artículo 18 del convenio colectivo aplicable dicha subrogación laboral), ni legal (por no darse los requisitos exigidos al efecto en el artículo 44 del E.T.), lo que determina que no resulte de preceptiva aplicación el artículo 120 del TRLCSP. Sin perjuicio de lo anterior, el apartado 2.1 del artículo 18 del convenio colectivo aplicable exige que el 90% de la nueva plantilla se integre con los trabajadores de la antigua contrata que lleven prestando servicios más de doce meses, respetando sus condiciones salariales consolidadas, previsión que puede implicar unos costes laborales que es lógico entender que precisen conocer los licitadores para formular adecuadamente sus ofertas”.

El mismo órgano revisor en su Resolución de 10 de marzo de 2017 razona que el órgano de contratación al incluir en el pliego las previsiones que corresponde a la obligación legal de subrogación, no hace sino cumplir con la normativa que constituye derecho necesario y de inexcusable cumplimiento, normativa que resulta conforme con los principios propios de la contratación del sector público; añadiendo que “(...)En este sentido, en nuestra Resolución 181/2011 ya exponíamos que “la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la

subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo." De igual modo existiendo dicha obligación de subrogación bien en la normativa que rige la actividad (en este caso en la LOTT) y en el Acuerdo Marco o Convenio Colectivo aplicable al objeto del contrato, atendiendo a su ámbito territorial, subjetivo y funcional, el hecho de que el Pliego contemple la subrogación no resulta contrario a derecho pues la subrogación sigue sin proceder del Pliego.

En este sentido no puede obviarse la aplicación del art. 75.4 de la LOTT, en la redacción vigente, cuyo cumplimiento es lo que hace el pliego en la cláusula y anexo impugnados y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 87/2017 de 23 de enero, de la que se deduce que ahora impone la exigencia en los pliegos de la subrogación del nuevo concesionario en los contratos de trabajo del personal que prestaba servicios con el anterior operador en los términos que resulte de la legislación vigente, incluidos los convenios colectivos. "Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2.

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

En consecuencia, en el supuesto de que la obligación de subrogación derive de la normativa sectorial o convencional dicho extremo se hará constar en los pliegos, sin perjuicio de que su omisión no tenga trascendencia en la medida en que resultará de aplicación en todo caso. Supuestos éstos que no se corresponden con el que nos ocupa, donde la parte reclamante sostiene la obligación de subrogación por aplicación del

mecanismo de la sucesión de empresas contemplada en el artículo 44 ET que establece que *“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. (...)”

Respecto de este tipo de subrogación legal el Tribunal Supremo ha señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación 2343/2002, que para que exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser *“una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada”*, añadiendo la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación 15/2014, que *“lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas), no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos”, así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirma que la unidad productiva autónoma “debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente”.*

Ahora bien, tal y como apunta la Resolución 235/2016, de 2 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Supremo, ya desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, *“sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos*

patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados”.

A lo anterior cabe añadir que también se considera que se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato. Es lo que se ha venido a denominar la “*sucesión de la plantilla*”, sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127 y 229/96, S.H. – H.V., entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y 7202) o la de 5 de marzo de 2013 (RJ 3649).

Lo anterior significa que, si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello pueda ser así en el caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables.

Sobre este concreto precepto la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona de 29 de octubre de 2015 aportada por la reclamante apunta, precisamente, la imposibilidad de sostener un criterio general sobre su concurrencia, resultando preciso analizar su debida aplicación caso por caso, y ello en la medida en que señala que “*En definitiva, siguiendo los términos de la sentencia del TJUE de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen), para determinar la existencia o no de “transmisión” ha de tenerse en cuenta, en particular, “el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate”, variando necesariamente las exigencias para determinar su existencia de la actividad ejercida, de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, centro de actividad (o parte del centro de actividad) de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que aquélla funcione sin elementos significativos de activo material o inmaterial, como ocurre en determinados sectores, el mantenimiento de la*

identidad de lo transmitido ya no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos. Es, pues, necesario, para determinar si existe o no sucesión de empresa el estudio particularizado del caso concreto, a fin de determinar si la nueva “realidad” resultante de la transmisión es una “entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”. Estudio que, como resulta de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha de ser indiciario. Será relevante, desde luego, en determinadas empresas la transmisión de elementos patrimoniales. En otras, sin embargo, no será relevante tal circunstancia. En el caso concreto de la sucesión de contratas (mercantiles o administrativas), la “realidad” transmitida” (a través de un nuevo contrato con tercero) es, en la gran mayoría de los supuestos, una mera actividad sin concurrencia de elementos materiales o patrimoniales específicos (maquinaria, vehículos, herramienta pesada, edificios, etc). En las mismas, lo esencial (bajo el presupuesto de la debida dirección) es la mera prestación del trabajo por parte de quienes lo venían ejecutándolo. De ahí que en las mismas (seguridad y limpieza sobre todo) la asunción de la plantilla anterior o de una parte relevante de la misma por parte del nuevo empresario (voluntariamente asumida u obligada por el convenio aplicable, por contrato o por pliego) se convierte en un elemento determinante respecto de la concurrencia del “mantenimiento de la identidad de la entidad económica” preexistente (...).”

Así pues, tal y como se ha expuesto anteriormente, la determinación del alcance de la obligación de subrogación no corresponde al órgano de contratación, quien únicamente está obligado, en los supuestos en que exista apariencia de tal obligación, a facilitar a los licitadores la información necesaria sobre los trabajadores que puedan verse afectados. Excediendo, igualmente, de la competencia de este Tribunal pronunciarse sobre la existencia y alcance de una eventual sucesión de empresas que es lo que sostiene la reclamante, y ello con independencia del pronunciamiento judicial en tal sentido facilitado por la anterior adjudicataria, toda vez que además de aislado y de efectos únicamente referidos a las partes del proceso al que se contrae, no afecta a la entidad contratante más allá del cumplimiento de la obligación de facilitar la información de los trabajadores a que se ha hecho referencia. Conclusión que no resulta

enervada por la afirmación realizada por el reclamante en el sentido de que si hubiera conocido la obligación de subrogación legal resultante de la sentencia aportada no hubiera participado en el procedimiento, toda vez que la cláusula vigésima del PCAP no hace sino recordar la aplicación del convenio colectivo del sector – extremo que no merece reproche alguno y que difiere de la figura de la subrogación – e indica expresamente que *“No se le podrá exigir a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, bien sea de forma directa o vía acción de regreso, ningún tipo de indemnización ni de responsabilidad por los despidos que pudiesen llevar a cabo la empresa entrante, en su caso. Tales indemnizaciones correrán a cargo de la empresa saliente o de la empresa entrante, según determine el derecho laboral, pero nunca a cargo de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra”*; previsión que sólo puede entenderse referida a la hipótesis en que la reclamante fundamenta su reclamación, que ha sido consentida, en sus estrictos términos, por la misma en la medida en que ha participado en la licitación sin cuestionarla, y que hace decaer el argumento relativo a los hipotéticos perjuicios económicos aducidos por la reclamante.

En consecuencia, conforme a la normativa relativa a la contratación pública a cuya aplicación debe ceñirse la resolución de la presente reclamación, la cláusula vigésima del PCAP regulador resulta ajustada a derecho en la medida en que se limita a disponer la aplicación del convenio colectivo en el supuesto de cambio de empresa en la prestación del servicio sin que evidencie vulneración alguna de los principios de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores, resultando que si de dicha aplicación deriva o no una sucesión de plantilla con las consecuencias subrogatorias inherentes a la misma es una cuestión que no corresponde resolver al órgano de contratación ni a este Tribunal, sino a la Jurisdicción Social; motivo por el cual procede la desestimación del motivo en tal sentido alegado por la reclamante.

CUARTO.- Aduce la reclamante que la información recogida en el Anexo III del PCAP sobre las condiciones laborales de los trabajadores que vienen prestando el servicio resultan insuficientes por cuanto sólo incluye información relativa a algunos complementos salariales y se cita el convenio estatal; lo que no permite al resto de licitadores determinar de una forma clara, sencilla y concisa los salarios que percibe

cada uno de los trabajadores incluidos en el listado de personal a efectos de subrogación. Expone, concretamente, que conforme al artículo 18.2 del convenio colectivo a obligación de subrogación no afecta simplemente a las condiciones salariales objetivas o de mínimos previstas en los convenios, sino también a todas las condiciones particulares extraconvenio, resultando, en consecuencia, imprescindible conocer el salario individualizado de cada trabajador.

La entidad contratante apunta, en este sentido, que la referencia que se contiene en el citado Anexo III al convenio colectivo permite calcular el salario de cada trabajador, resultando, por ello, suficiente. Añade que, en cualquier caso, la reclamante debió cuestionar tal extremo interponiendo la oportuna reclamación frente a los pliegos; no resultando procedente cuestionarla con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación del contrato.

Sobre la inadmisión de la impugnación alegada por la entidad contratante, y si bien es cierto que los pliegos, como ley de contrato, vinculan a los licitadores y devienen consentidos en la medida en que no son impugnados en tiempo y forma mediante la interposición de una reclamación frente a los mismos, no lo es menos que se admite que los mismos sean cuestionados con posterioridad en la medida en que pudiera concurrir un vicio de nulidad de pleno derecho; calificación que merece la omisión – o insuficiencia, en su caso, de la información relativa al personal a subrogar en la medida en que constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato.

Debe advertirse, en primer término, que tal y como se ha expuesto en el fundamento del derecho precedente el artículo 18 del convenio colectivo aplicable impone a la nueva empresa adjudicataria, no la obligación de incorporar el personal de la anterior contrata a su plantilla sino, distintamente, la de incorporarles al “*proceso de selección para la formación de la nueva plantilla*”, lo que, en puridad, no constituye una obligación de subrogación laboral; de manera que dicho precepto no impone realmente una subrogación laboral, si bien exige que el 90% de la nueva platilla se

integre con los trabajadores de la antigua contrata que lleven prestando servicios más de doce meses, respetando sus condiciones salariales consolidadas, previsión que puede implicar unos costes laborales que es lógico entender que precisen conocer los licitadores para formular adecuadamente sus ofertas.

Sentado lo anterior, el Anexo III del PCAP, respecto de cada trabajador indica la categoría o grupo profesional, el grupo de cotización, antigüedad, código de contrato, conocimientos de euskera, aplicación del convenio colectivo e importe del complemento de puesto de trabajo.

Como indicamos en nuestro Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, “*La finalidad de la citada obligación de facilitar la información referida en los pliegos es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta, y que son, no sólo las propias de la prestación en sí, sino también aquellas que proceden de normas sectoriales distintas de la normativa de contratación pública; resultando que la falta o insuficiencia de la misma provoca, sin lugar a duda alguna, una discriminación a favor de quien estuviera ejecutando actualmente el servicio, que quedaría colocado en una posición privilegiada con respecto a los restantes licitadores, por lo que el grado de detalle de los datos a facilitar debe ser, tal y como expone la Resolución 31/2017, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, el suficiente para garantizar el trato igualitario de todos los que concurran a la licitación y esto debe interpretarse en el sentido de que no basta con una mera remisión a las tablas salariales contempladas en el Convenio Colectivo aplicable, sino que también han de indicarse aquellas circunstancias personales de los trabajadores a subrogar que influyan en la retribución que tiene derecho a percibir y en los costes sociales que tiene aparejada (antigüedad, jornada, tipo de contrato, condiciones que puedan suponer bonificación en las correspondientes cotizaciones, etc.)*”.

La Resolución 96/2015, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será: “*la información precisa para permitir la*

evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos”

En el presente caso, es evidente que la información del Anexo III PCAP no es completa, ya que como afirma la recurrente, dicha información no incluye el dato correspondiente al salario base de cada trabajador. Empero, se señala a tales efectos el convenio colectivo de aplicación que contiene tablas salariales y por tanto a través del mismo y del resto de la información facilitada – concretamente el dato que si se incluye del complemento extrasalarial que cada uno percibe (en la modalidad de puesto de trabajo) - resulta posible que los licitadores puedan conocer con el debido detalle la remuneración concreta que corresponde a todos y cada uno de los trabajadores; motivo por el cual procede la desestimación del motivo de impugnación en tal sentido esgrimido por la reclamante.

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

ACUERDA:

1º Desestimar la reclamación interpuesta por don J.R.R., en representación de la entidad mercantil “SERVINFORM, S.A.”, contra la Resolución nº 87/2017 del Director General del Observatorio de la Realidad Social, de Planificación y Evaluación de las Políticas Sociales, de fecha 26 de julio de 2017, por la cual se adjudica a “SERVINFORM, S.A” el contrato del servicio de atención telefónica del Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra.

2º. Notificar este acuerdo a “SERVINFORM, S.A.”, al Departamento de Derechos Sociales así como al resto de interesados que figuren en el expediente y

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

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

Pamplona, a 6 de octubre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.