



Expediente: 20/2021

ACUERDO 43/2021, de 30 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por EUREST COLECTIVIDADES, S.L. contra los pliegos de contratación y las aclaraciones de los mismos del contrato “*Servicio de comedores escolares comarcales saludables y sostenibles para el curso 2021/2022*”, licitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó el 25 de febrero de 2021 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Servicio de comedores escolares comarcales saludables y sostenibles para el curso 2021/2022*”.

La publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 26 de febrero.

El 8 de marzo se publicó en el Portal de Contratación de Navarra una corrección de erratas del anexo X, en donde figuran los centros escolares públicos respecto de los que se contrata el servicio.

Los días 8, 11 y 16 de marzo, el órgano de contratación publicó en la Plataforma de Licitación Electrónica de Navarra diversas respuestas a solicitudes de aclaración formuladas por personas interesadas en la licitación del contrato, relativas a la información facilitada respecto al personal a subrogar en el anexo XI del pliego y a los criterios de adjudicación de carácter social previstos en su cláusula 10.3.2.b).

SEGUNDO.- Con fecha 18 de marzo de 2021, EUREST COLECTIVIDADES, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a los pliegos del contrato y frente a las aclaraciones de los mismos realizadas por el órgano de contratación, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. La información facilitada respecto al personal a subrogar no permite conocer la formulación de las proposiciones. Infracción del principio de igualdad de trato entre licitadores.

Alega la inexactitud de la información facilitada por la Administración respecto al personal a subrogar, lo cual resulta decisivo para que los licitadores puedan formular sus proposiciones en condiciones de igualdad, especialmente en contratos como este en el que los costes de personal suponen una parte importante de los costes en que aquellos deben incurrir.

Señala que la obligación de subrogación deriva del convenio colectivo de aplicación, por lo que no cabe ninguna duda de que, quien resulte adjudicatario de los lotes en que se divide el contrato, deberá asumir dicha obligación.

Con cita del artículo 67.2 de la LFCP, señala que la información incorporada a las bases del contrato, única disponible para la formulación de las proposiciones, confirmada posteriormente en el marco de las aclaraciones formuladas, no permite realizar a los licitadores *“una exacta evaluación de los costes que implicará”* la subrogación del personal, en los términos que exige el citado artículo, lo cual no resulta ajustado a derecho.

La entidad reclamante, especifica a continuación, los concretos aspectos en los que la información facilitada por la Administración no permite realizar una evaluación de los costes del personal a subrogar, siendo los siguientes:

1. Sobre el porcentaje de dedicación a la parte de la prestación objeto del contrato.

Señala que, de acuerdo con la información contenida en el anexo X de las bases, un alto porcentaje de los lotes en que se divide el contrato no contempla la prestación del servicio durante todos los días lectivos del curso escolar, que se cifra en un mínimo de 175 días según el calendario escolar oficial del Departamento de Educación, sino que existen lotes en los que se indica que el servicio se prestará 114 días y en otros 86 días. Manifiesta que esta circunstancia atiende, conforme se indicó en las aclaraciones, a la diversa tipología de los centros incluidos en el ámbito del contrato.

El órgano de contratación señaló en las aclaraciones que *“de forma complementaria a estos servicios licitados, el resto de días del calendario lectivo hasta los 175, las APYMAS de los centros suelen ofrecer el servicio, en similares condiciones que la licitación sólo que adaptado a un menor número de alumnos ya que los transportados no se quedan a comer”*. Por lo tanto, de acuerdo con ello, el servicio de comedor podrá prestarse durante los días indicados en las bases por la empresa contratista seleccionada por el Departamento de Educación y, durante los restantes, por la empresa seleccionada por la APYMA, tal y como viene realizándose en la actualidad, siendo posible que estas entidades opten por otro prestador del servicio, ya que no se encuentran obligadas a contratar con quien resulte adjudicatario del contrato.

Señala que el adjudicatario del contrato únicamente deberá subrogar a los trabajadores en función de la dedicación que, en la actualidad, tienen respecto al contrato del Departamento de Educación, sin que exista dicha obligación respecto a la parte de la prestación que corresponde a las APYMAS.

Alega que en la información facilitada respecto a las condiciones del personal a subrogar en aquellos lotes donde la prestación no incluye la totalidad de los días lectivos, es decir, en la totalidad de los lotes con la salvedad de los lotes 31 y 35, no resulta posible determinar cuál es el grado de dedicación del personal, sino que la información no figura desagregada respecto a la parte que corresponde al Departamento de Educación y la correspondiente a las APYMAS, resultando este aspecto decisivo

para valorar los costes salariales que deberán asumir los nuevos adjudicatarios del contrato, constituyendo una infracción del artículo 67.2 de la LFCP.

2. Sobre la indicación de categorías profesionales distintas de las recogidas en el Convenio Colectivo de aplicación.

Señala que determinados prestadores actuales de los servicios han incluido en los listados de personal a subrogar categorías profesionales distintas a las recogidas en el convenio colectivo de aplicación.

Alega que este es el caso de la categoría denominada “monitor-auxiliar de colectividades”, que se ha incluido en 29 de los 42 lotes conforme a la información facilitada por la mercantil AUZO LAGUN, por lo que tampoco resulta ajustado a las exigencias del artículo 67.2 de la LFCP.

Señala que sí se recoge en el convenio colectivo una categoría profesional de “monitor” (cuidador) y otra de “auxiliar de colectividades”, teniendo diferentes funciones y retribuciones.

Esto supone, según manifiesta, la imposibilidad de que los licitadores puedan conocer con un alto grado de certeza cuáles son los costes salariales a los que deberán hacer frente, siendo en este caso la inclusión de este personal en una u otra categoría incluso más decisiva, por cuanto la cláusula 4ª de las bases del contrato establece que en los precios que se oferten se entenderán incluidos todos los costes que integran la propia realización del contrato y, en particular, “*los costes de personal, cargas sociales o fiscales y otros gastos de personal*”, si bien la citada cláusula continúa señalando que “*no está incluido en el precio de cada lote el coste del personal cuidador*”, correspondiendo a la Administración el importe máximo de 17,90 euros por cada hora de trabajo de esta categoría de trabajadores.

Por ello, en caso de que el personal indicado encaje en una u otra categoría, el coste que deberán asumir los licitadores podrá verse modificado.

Señala que esta cuestión se suscitó en las aclaraciones, si bien el órgano de contratación no dio ninguna respuesta esclarecedora a la misma, pese a que, conforme a lo dispuesto en el artículo 67.2 de la LFCP, esta debe asegurarse de que la información facilitada por el actual prestador del servicio resulte adecuada (*“La Administración verificará la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato (...)”*)

Alega, asimismo, que esta situación concurre también respecto al personal con la categoría “supervisor de colectividades” indicada en 7 lotes, que tampoco se corresponde con ninguna de las recogidas en el convenio colectivo de aplicación y de la que, por lo tanto, al desconocer cuáles son las funciones que desempeña este personal, resulta imposible conocer cuál es la categoría correspondiente del convenio y, sobre todo, si su coste deber ser imputado al precio del contrato o si, por el contrario, puede encuadrarse dentro del personal cuidador, cuyo coste es asumido por la Administración.

3. Falta de mención al número de horas a que asciende la jornada de los empleados.

Alega que otro aspecto sobre el que no existe información en las bases del contrato y que tampoco consta aclarada por el órgano de contratación es si el salario que se indica en el anexo X se corresponde a una jornada completa o a una jornada parcial. Señala que, a la hora de realizar el cálculo de los costes salariales, los licitadores deben conocer cuál es la jornada de trabajo efectiva de los trabajadores a subrogar.

4. Otras consideraciones relativas a los datos del personal a subrogar.

Alega que tampoco se da cumplimiento a la obligación de facilitar información respecto a los supuestos en que se indica que parte del personal adscrito a la ejecución del contrato se encuentra incluido en un expediente de regulación temporal de empleo, situación que se produce en 14 de los lotes del contrato.

Señala que únicamente se indica que el personal se encuentra en esta situación, si bien no consta información sobre si ello implica algún tipo de reducción de jornada, ni la duración de esta situación al no figurar ni el momento de inicio ni la previsible finalización.

Señala que la información facilitada por el órgano de contratación respecto al personal a subrogar no permite realizar una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, en los términos del artículo 67.2 de la LFCP, correspondiente al órgano de contratación poner a disposición esta información, como reconoce el Informe 61/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública.

Alega que gran parte de las consultas formuladas por los licitadores versaban sobre estas cuestiones, habiendo sido respondidas por la Administración remitiéndose al actual prestador del servicio (*“pueden solicitar más información a dicha empresa en caso de que lo consideren necesario”*), eludiendo así su obligación de facilitar la información necesaria para la evaluación de los costes laborales.

Concluye señalando que la información contenida en las bases, confirmada posteriormente en las aclaraciones, no permite disponer de la información para determinar los costes del personal a subrogar, lo cual sitúa a los licitadores que en la actualidad no se encuentran prestando el servicio en una posición de desigualdad respecto a los que sí lo hacen, al disponer estos últimos de toda la información sobre los costes de personal y, por ello, para configurar su proposición.

2<sup>a</sup>. Los criterios sociales de adjudicación previstos en la cláusula 10.3.2.b) de las bases no son conformes a derecho.

Alega que sobre estos criterios de adjudicación se suscitaron numerosas cuestiones por los licitadores relativas a la forma de acreditación de su cumplimiento y a la posible infracción del principio de igualdad entre licitadores, en tanto que los únicos que conocen los cursos de formación de que disponen los empleados son quienes actualmente prestan el servicio. Señala que las aclaraciones realizadas por el órgano de

contratación en modo alguno aclaran la forma de acreditar la disposición de dichos certificados, ni la forma de aplicar en la práctica estos criterios.

Manifiesta que dichos criterios no resultan conformes con las exigencias del artículo 64.1 de la LFCP, por cuanto no se encuentran formulados de un modo preciso y objetivo, ni redundan en una mejor prestación del servicio.

Señala que las respuestas dadas por el órgano de contratación incrementa la inseguridad de los licitadores por cuanto, para poder obtener puntuación en estos criterios de adjudicación, deberán adscribir a la ejecución del contrato personal con cursos relativos a primeros auxilios y de intolerancias y alergias alimenticias, debiendo ser este personal distinto y, por ello, adicional al que deben subrogar en virtud de la obligación recogida en el convenio colectivo de aplicación, por lo que deben incurrir en un gasto de personal adicional para obtener esta puntuación.

Alega que, mediante sus respuestas, el órgano de contratación reconoce la irrelevancia en la práctica de disponer del personal en la forma indicada, señalando que dicho personal no tendrá porqué vincularse efectivamente a la ejecución del contrato en caso de ser adjudicatario del servicio.

Señala que estos criterios no tienen por objeto valorar una mejor prestación del servicio pues la propia Administración reconoce que, en caso de operar la subrogación (la cual opera en virtud del convenio colectivo aplicable) y no incorporar al personal con la formación valorada, no tendrá efecto alguno ni en sede de valoración de las proposiciones ni en sede de ejecución del contrato. Alude, a este respecto, a la doctrina de este Tribunal recogida en sus acuerdos 115/2020, de 27 de noviembre, y 119/2018.

Alega, asimismo, que existe una absoluta indeterminación de este criterio, como resulta del importante número de preguntas formuladas por los licitadores sobre su interpretación, por lo que el criterio deber ser, igualmente, declarado nulo de pleno derecho. Cita el Acuerdo 6/2019, de este Tribunal.

Concluye señalando que los citados criterios no se encuentran vinculados a la ejecución del contrato en el sentido de que, pese a haberse obtenido la puntuación correspondiente a este respecto, el contratista no tendrá la obligación de disponer del personal con la formación indicada.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita que se declaren las bases del contrato y las aclaraciones de las mismas disconformes a derecho. Asimismo, solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO.- Por el Acuerdo 30/2021, de 26 de marzo, se estimó la solicitud de medida cautelar realizada por el reclamante.

CUARTO.- El 18 de marzo se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase oportunas, en cumplimiento de los artículos 126.4 y 125.3 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 24 de marzo, 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 27 de marzo el órgano de contratación aportó, dentro del plazo previsto, el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

1ª. Que, a pesar de haberse admitido a trámite la reclamación por el Tribunal, la misma se ha interpuesto fuera de plazo y hubiera procedido su inadmisión por los siguientes motivos:



- las aclaraciones frente a las que se interpone la reclamación no aportan una información adicional a las cuestiones ya reguladas en las bases, no siendo sino concreciones o precisiones de las mismas, pero no habiendo modificado ni alterado su contenido;

- mediante la reclamación frente a las aclaraciones se pretende impugnar de manera indirecta las bases que ya han devenido firmes y consentidas al no haber sido impugnadas en tiempo y forma, utilizándose las aclaraciones como pretexto para impugnar el contenido de las bases;

- no puede tomarse como término de comparación el Acuerdo 30/2016, de 17 de junio, de este Tribunal, citado por el reclamante, puesto que, en el presente caso, a diferencia de lo sucedido en el resuelto por el citado acuerdo, en ningún momento se está reclamando que las aclaraciones modifiquen o alteren el contenido de las bases reguladoras;

- para garantizar la seguridad jurídica, las aclaraciones del órgano de contratación no pueden conllevar que el plazo para impugnar las bases reguladoras esté permanentemente abierto.

2ª. Respecto a la alegación relativa a que la información facilitada respecto al personal a subrogar no permite formular las proposiciones, con infracción del principio de igualdad de trato entre licitadores, alega que el anexo XI incorpora toda la información exigida en el artículo 67 de la LFCP, así como que el órgano de contratación ha cumplido escrupulosamente lo previsto en dicho artículo respecto al procedimiento: ha recabado de las empresas actuales los datos precisados (como se detallan en las tablas del anexo) y los ha notificado a los sindicatos representantes de los trabajadores de dichas empresas, recabando también su conformidad a los mismos, como se refleja en el citado anexo, donde los datos vienen validados por las firmas de las empresas, así como de los sindicatos.

Alega, asimismo, que procede recordar lo previsto en el artículo 67.7 de la LFCP, que señala que *“en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”*.

Respecto a la información contenida en el anexo X, señala que la licitación se efectúa por los días establecidos de jornadas con comedor escolar. Así, aunque los días lectivos escolarmente son 175, los días en que se presta el servicio de comedor contratado por el Departamento de Educación son 114 en la mayoría de los centros porque tienen la jornada partida los días laborales menos uno (miércoles o viernes, normalmente), 86 días en algunos centros con jornadas flexibles (no se presta servicio dos días a la semana) y 175 días en los dos centros de Educación Especial.

Por lo tanto, los datos que se aportan en los anexos X (lotes, días, comensales y precios máximos) y XI (datos de subrogación: personal adscrito al objeto del contrato actual con el Departamento de Educación) se corresponden al objeto de esta licitación, gestionándose el servicio de comedor el resto de días del curso escolar por parte de las APYMAS, pero quedando eso fuera de la licitación.

3ª. Respecto a la alegación relativa a que los criterios sociales de adjudicación no son conformes a derecho, señala que la cláusula 10.3.2.b) de las bases reguladoras deja clara la manera de acreditar las formaciones o cursos al indicarse que *“deberán incluirse las correspondientes certificaciones en el momento de presentación de la oferta”*.

Asimismo, entiende que estos criterios son ajustados a derecho, están vinculados al objeto del contrato y se han formulado de manera precisa y objetiva.

Señala que la Administración contratante tiene un gran interés en que las empresas adjudicatarias tengan muy presente que su personal esté formado en primeros auxilios y en alergias e intolerancias alimenticias, y que con este criterio se quiere

potenciar e incentivar que las empresas tengan como objetivo que su personal esté formado en estas materias tan importantes y trascendentales, y más si se tiene en cuenta que los destinatarios del servicio de comedor es el alumnado menor de edad de los centros docentes.

Por último, se informa que no se ha presentado ninguna oferta a fecha de emisión del informe.

Atendiendo a todo lo expuesto, solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- No existen en el presente procedimiento otras personas interesadas a las que deba dársele traslado de la reclamación interpuesta, en los términos previstos en el artículo 126.5 de la LFCP.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, al tratarse de una mercantil cuyo objeto social tiene relación con el objeto del contrato.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

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

QUINTO.- En la reclamación se alega, infracción del principio de igualdad de trato entre los licitadores por la insuficiente información facilitada respecto al personal a subrogar, así como que los criterios de adjudicación de carácter social no cumplen los requisitos previstos en el artículo 64.1 de la LFCP, al no estar vinculados al objeto del contrato ni formulados de modo preciso y objetivo. Junto a ello, se solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación, conforme a lo establecido en el artículo 125 de la LFCP.

La citada solicitud de medida cautelar fue estimada mediante el Acuerdo 30/2021, de 26 de marzo, en el que asimismo se analizó la admisibilidad de la reclamación, en lo relativo a la interposición de la reclamación dentro del plazo previsto en el artículo 124.2.a) de la LFCP, en atención a que la reclamación fue presentada transcurrido el plazo establecido a tal efecto para los Pliegos de la licitación, pero dentro del plazo de impugnación de las aclaraciones realizadas sobre los mismos.

El órgano de contratación, por su parte, formula alegaciones frente a la reclamación interpuesta, limitando su solicitud a la desestimación de la misma, no obstante lo cual, en relación con la admisión de la reclamación por el citado acuerdo 30/2021, señala que las aclaraciones no modifican ni alteran el contenido del pliego, que son utilizadas como un pretexto para recurrir indirectamente el pliego que ha devenido consentido y firme, y que es contrario a la seguridad jurídica que las aclaraciones puedan conllevar que el plazo de impugnación de los pliegos esté permanentemente abierto.

En este punto interesa detenerse en la posición doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las aclaraciones, atendiendo de modo particular a la que resulta de su regulación en la LFCP.

A este respecto, la Resolución 157/2018, de 16 de noviembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, indica lo siguiente:

*“Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Además, las respuestas (aclaraciones) dadas por el poder adjudicador a las dudas de los potenciales licitadores se incluyen en la amplia definición de pliego de contratación recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO (ver, en este sentido la Resolución 112/2018), las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se ajustará a ellas, son documentos adicionales que fijan los términos de dicho procedimiento.”*

De otra parte, este Tribunal, ha venido a señalar que a partir de la previsión contenida en el artículo 46.3 LFCP, que introduce la posibilidad de modificar el pliego una vez aprobado por parte del órgano de contratación, debe analizarse, caso por caso, el carácter sustancial o no de la modificación, atendiendo a la incidencia que ésta tenga

en la preparación de las ofertas. Así, en el Acuerdo 5/2021, de 15 de enero, se contiene el siguiente razonamiento:

*“Sobre este particular, señalamos en nuestro Acuerdo 124/2020, de 24 de diciembre, que “Dicho lo anterior, y al hilo de la pretensión subsidiaria deducida en orden a la retroacción del procedimiento, respecto a las modificaciones de los pliegos reguladores de los contratos, señalamos en nuestro Acuerdo 50/2019, de 7 de junio, que “Llegados a este punto, es necesario precisar que “aclarar”, según la RAE, significa “disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”; en cambio, “modificar” significa “transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”. Con la modificación se produce un cambio en algo, en nuestro caso en el Pliego, mientras que con la aclaración nada debe cambiar sino solamente quedar más “claro o transparente”.*

*Por su parte, el artículo 46.3 del mismo cuerpo legal establece que “La introducción de modificaciones significativas en el pliego o en las condiciones reguladoras conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación”, de donde se deduce que los pliegos una vez publicados pueden ser objeto de modificación, si bien, cuando ésta tenga carácter sustancial conllevará la apertura de un nuevo plazo para la presentación de enmiendas.*

*Así las cosas, el último de los preceptos citados ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de modificar el pliego una vez aprobado por parte del órgano de contratación; posibilidad que, con anterioridad, únicamente resultaba ajustada a derecho en los casos en que se tratase de una mera rectificación de errores.*

*Esta regulación supone que, ante una eventual modificación del Pliego, deba analizarse su carácter sustancial o no; concepto jurídico indeterminado que precisa un análisis jurídico a realizar caso por caso.”*

*Así las cosas, en el caso concreto que nos ocupa, las modificaciones introducidas en los criterios de adjudicación y en el personal a subrogar merecen tal calificación, pues resultan relevantes en orden a la preparación de la oferta por parte*

*de los licitadores y a la evaluación de los costes que, en relación con el personal a subrogar, deben ser tenidos en cuenta en dicho momento. (...)*”.

*Pues bien, lo cierto es que la información comprendida en las aclaraciones publicadas merece, en atención a su envergadura, la calificación de modificación significativa del pliego regulador en lo que al Anexo IV relativo al personal a subrogar se refiere y, por tanto, determinante de la obligación correlativa de apertura de nuevo plazo para la presentación de proposiciones para que todos los operadores económicos pudieran tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar sus ofertas, no siendo suficiente a estos efectos la mera publicación de aclaraciones por parte de la entidad contratante. Efectivamente, a través de sucesivas aclaraciones se ha ido completando el pliego en aspectos que han de reputarse como significativos relacionados con el coste del personal a subrogar; informaciones, que a nuestro juicio constituyen una modificación del pliego, dado que tienen como finalidad completar y no aclarar el mismo, y que no han dado origen a la necesaria ampliación del plazo para formular las ofertas, vulnerándose así lo dispuesto en el artículo 46 LFCP. (...)*”

En relación con el cómputo del plazo de impugnación de las aclaraciones, en el Acuerdo 44/2019, de 21 de mayo, se señaló lo siguiente:

*“Como se alega por el órgano de contratación, en nuestro Acuerdo 30/2016 consideramos que cuando el objeto de la impugnación no son los pliegos que rigen la licitación sino las aclaraciones insertadas en distintas fechas en el mismo anuncio de publicación, el dies a quo para el cómputo del referido plazo deberá ser la fecha de publicación de las correspondientes aclaraciones.*

Aplicando la doctrina precedente al supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el órgano de contratación no ha tramitado modificación alguna del pliego regulador, no lo es menos que a través de las aclaraciones realizadas, teniendo en cuenta su contenido y alcance, subyace en las mismas una modificación “de hecho” de las cláusulas del pliego regulador a las que las mismas se refiere pues las adiciones que a través de las mismas se introducen se refieren a la información relativa a la subrogación de los

trabajadores que éste debe contener y a la aplicación de uno de los criterios de adjudicación, cuestiones estas de carácter sustancial, a los efectos de la presentación de la oferta, y por tanto, susceptibles de impugnación.

Por otra parte, no se aprecia la alegada incidencia en la seguridad jurídica, pues sólo cuando las aclaraciones constituyan modificaciones, como es el caso, cabrá la posibilidad de impugnarlas en el plazo legalmente previsto.

A todo ello debe añadirse que, como señala el referido Acuerdo 30/2021, de 26 de marzo, con cita del Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre, también de este Tribunal, con base en la consolidada posición doctrinal y jurisprudencial que cita, las causas de inadmisión de los recursos deben ser interpretadas de forma restrictiva, sin que quepa una interpretación rigorista de las mismas que, por impedir el conocimiento de fondo del asunto, puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, la causa de inadmisión alegada por la entidad contratante debe ser rechazada.

SEXTO.- Sentado lo anterior, debemos abordar el primero de los fundamentos de la reclamación, conforme al cual, la información facilitada respecto al personal a subrogar no permite formular las ofertas o proposiciones en condiciones de igualdad entre todos los licitadores.

Así, se alega el incumplimiento del artículo 67.2 de la LFCP, al no suministrar el órgano de contratación toda la información necesaria que permita una exacta evaluación de los costes laborales de la subrogación de trabajadores, así como por el incumplimiento por la Administración de su obligación de verificar la información facilitada por la empresa. Se señala que gran parte de las consultas formuladas aludían a la necesidad de disponer a este respecto, de información adicional a la facilitada, habiendo limitado la Administración su respuesta a la remisión al actual prestador del servicio, eludiendo así su obligación legal. Concluye señalando que esta falta de información sitúa a los licitadores que no se encuentran prestando en la actualidad el



servicio en una posición de desigualdad respecto a los que sí lo hacen, ya que estos conocen toda la información sobre los costes de personal necesaria para realizar sus ofertas.

El órgano de contratación, por su parte, afirma que la información contenida en el anexo XI sobre el personal a subrogar incorpora toda la información exigida en el artículo 67 de la LFCP, que ha dado escrupuloso cumplimiento a lo dispuesto en dicho artículo, al recabar de las empresas que prestan el servicio los datos precisos y notificar estos a los sindicatos representantes de los trabajadores de dichas empresas, recabando su conformidad.

El artículo 67 de la LFCP regula la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Dicho artículo debe relacionarse con las advertencias que, conforme al artículo 66.3, deben incluirse en los pliegos, y especialmente, con la señalada en su apartado c): *“En el caso del contrato de servicios y en el de la concesión de servicios, que la contratación se encuentra sometida, en las condiciones previstas en el artículo 67, a la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengán realizando la actividad objeto del contrato”*.

La resolución de esta controversia exige comenzar por la exposición del marco legal y doctrinal aplicable, respecto a la información que sobre la subrogación ha de ponerse a disposición de los licitadores, así como sobre las concretas obligaciones que de ello derivan para el órgano de contratación.

Así, el citado artículo 67 LFCP señala lo siguiente:

*“1. Las condiciones de subrogación serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación. Si no existiese convenio sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación*

*de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato.*

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

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

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

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

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

3. (...).”

La cláusula 18ª del pliego regula la subrogación del personal en los siguientes términos:

*“La empresa adjudicataria deberá proceder a subrogarse en los derechos y obligaciones correspondientes al personal actualmente contratado por la empresa o empresas del servicio de comedor del centro objeto de la presente licitación. Esto se realizará de conformidad con los requisitos y las condiciones que se establezcan en el Convenio Colectivo de aplicación en el momento de la adjudicación.*

(...).

*Los datos del personal subrogable de cada uno de los lotes facilitados por las empresas salientes, revisados y firmados por las representaciones sindicales son los que constan en el anexo XI de las presentes bases reguladoras.*

(...).”

Respecto a la información que los órganos de contratación han de incluir en el pliego en relación con el personal a subrogar, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la LFCP, cabe citar la siguiente doctrina contenida en el Acuerdo 5/2021, de 15 de enero, de este Tribunal:

*“Sobre la finalidad del precepto transcrito, en nuestro Acuerdo 56/2019, de 19 de junio, donde analizamos el contenido y alcance de la información en tal sentido a incluir en los pliegos, señalamos que “Tal y 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, 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.).*

*Es más, el propio artículo 67 LFCP anteriormente transcrito refiere, eso sí con carácter de mínimos, el alcance de la información que sobre tal extremo debe incluirse en los pliegos, a saber, los listados del personal a subrogar con indicación del convenio*

*colectivo aplicable, la indicación de la categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto y cualquier pacto que pudiera afectar a la subrogación, en caso de existir (...)*”.

Continúa el citado acuerdo haciendo referencia al Informe 61/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, también citado por el reclamante, en el que se señala que:

*“Estas ideas son coincidentes con las que la Abogacía General del Estado ha establecido en el informe A.G. TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL 8/19 (R- 556/2019), de 16 de junio de 2019, en el que señala que el tenor literal del artículo 130 conduce a esta conclusión y que se trata de una regla de mínimos que exige que obligatoriamente se aporten los datos relativos a los extremos enumerados, sin perjuicio de la posibilidad de que otra parte de la información que deba suministrarse esté constituida por otros datos a condición de que los mismos sean necesarios para evaluar los costes laborales. Añade que “Así lo confirma la significación gramatical y lógica de la locución “en todo caso” que emplea el artículo 130.1 de la LCSP y el hecho de que este precepto legal se refiere a datos que permitan “una exacta evaluación de los costes laborales”, por lo que cualquier otro dato distinto de los enumerados en dicho precepto legal cuyo conocimiento resulte necesario para permitir esa exacta evaluación ha de entenderse comprendido en la obligación de que se trata.” Por tanto, la enumeración legal constituye un numerus apertus y los licitadores tienen derecho a solicitar información sobre otros aspectos necesarios para evaluar los costes laborales derivados de la subrogación.*

*Sobre la base de estas ideas cabe señalar que el órgano de contratación puede consignar en el pliego de cláusulas administrativas particulares la necesidad de aportar, además de los documentos que son inexcusables y que menciona el artículo 130, aquellos otros que sean necesarios para conocer los costes de la subrogación”.*

Como se ha visto, el órgano de contratación, a efectos de justificar la remisión a la empresa prestadora como respuesta a la petición de aclaraciones sobre este particular, alude al artículo 67.7 de la LFCP, que prevé la acción directa del contratista frente al

antiguo contratista en caso de que los costes laborales fueran superiores a los que se derivaran de la información facilitada por este. Descargo de responsabilidad del órgano de contratación que obvia que dicha previsión se establece para el caso de que dicha circunstancia acaezca “una vez producida la subrogación”, es decir, tras la adjudicación del contrato, así como el deber de verificación que a la entidad contratante corresponde sobre dicha información facilitada por la empresa saliente, respecto del que, en el Acuerdo 25/2021, de 15 de marzo, de este Tribunal, se afirma lo siguiente:

*“Frente a dichas argumentaciones debemos acudir a lo dispuesto en la LFCP que efectivamente impone a la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados la obligación de proporcionar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación al órgano de contratación, a requerimiento de este. Pero no es menos cierto que por su parte la Administración verificará la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato con el fin de permitir a los licitadores realizar una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación.*

*Por tanto no podemos compartir con el órgano de contratación que la subrogación y sus condiciones es una cuestión propia del Derecho del Trabajo y ajena a los Pliegos de contratación, puesto que la legislación foral de contratos, consecuencia de la directiva comunitaria, la regula detalladamente en los art. 66 y 67, previendo no sólo un deber de información sobre las obligaciones laborales, sino su verificación y la adopción de medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las mismas por parte de los operadores económicos.*

*(...).*

*No obstante, la existencia del art. 67.7 no implica que, como en el caso que analizamos, cuestionados los listados, el órgano de contratación deba obviar tal circunstancia, por entender satisfecho el trámite legal, al respecto debemos recordar el cambio de perspectiva consecuencia de la normativa comunitaria y de la necesidad de*

*informar debidamente a los licitadores de cuáles son las obligaciones laborales que pueden pesar sobre el contratista, y asegurar el efectivo cumplimiento de aquellas con ocasión de la ejecución de los contratos públicos, siendo por tanto de especial importancia la veracidad de los listados del personal a subrogar.*

*Por lo que llegados a este punto debemos manifestar que efectivamente, si se apreciara que la lista objeto de publicación en el anuncio de licitación no se encuentra completa por faltar trabajadores en el personal objeto de subrogación, habría que estimar la reclamación para que se incluyeran los mismos. (...)*

En análogos términos, la Resolución 44/2014, de 7 de mayo, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señala:

*“Por lo que se refiere a las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento del artículo 120 TRLCSP, debe recordarse que, en relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado (Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto. No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información*

*facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP.”*

Por lo tanto, aclarada esta cuestión en el sentido de que el artículo 67 de la LFCP impone obligaciones respecto a la información del personal a subrogar tanto al actual prestador del servicio como a la Administración contratante, siendo la de ésta última la verificación e incorporación al Pliego de la información facilitada por la prestadora del servicio, procede examinar las distintas cuestiones respecto de las que el reclamante aduce déficit de la información necesaria para calcular los costes laborales.

1. Se alega, en primer lugar, que el pliego no discrimina entre la dedicación del personal al servicio objeto de contratación, cuyo responsable último es el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra, y su dedicación al servicio que prestan las APYMAS y que no está comprendido en el objeto del contrato.

El órgano de contratación explica en sus alegaciones que el servicio de comedor no se presta, en la mayoría de los casos, durante todos los días lectivos, y señala que los datos de los anexos X y XI corresponden exclusivamente al objeto de la licitación, resultando ajena a la misma la dedicación que tales trabajadores pudieran tener a los servicios realizados por las APYMAS.

Esta cuestión no fue objeto de petición de aclaración por lo que, conforme a lo expuesto en el fundamento quinto, su alegación debe considerarse extemporánea.

No obstante, tampoco encontramos en la misma datos que avalen que en la información facilitada por las prestadoras, se incluya tiempo de dedicación de los trabajadores a prestaciones diferentes a las que son objeto del contrato, por lo que la alegación carece de base.

2. Alega también la empresa reclamante que en los listados de personal a subrogar aparecen dos categorías profesionales que no están recogidas en el convenio colectivo de aplicación, como son la de “monitor-auxiliar de colectividades” y



“supervisor de colectividades”, lo cual impide conocer sus funciones y determinar los costes de dicho personal, ya que ello depende de su encaje o no en la categoría de personal cuidador, respecto de la que corresponde a la Administración el abono de 17,90 euros/hora para esta categoría de trabajadores, estando excluida del precio de cada lote.

Tal y como se alega, la cláusula 4ª del pliego señala que no está incluido en el precio de cada lote el coste del personal cuidador, cuyo abono a cargo de la Administración será por un máximo de 17,90 euros/hora, previendo la cláusula 17.1.j) que *“El contratista atenderá el servicio de cuidadores con arreglo a lo establecido en la normativa aplicable, aportando los cuidadores necesarios, de acuerdo con punto 3.9 del apartado 25 de las presentes bases reguladoras, deducidos los que, en su caso, pudiera aportar el centro”*. La cláusula 25.4.3 del pliego regula el servicio de cuidadores, señalando que su objeto será la supervisión y cuidado de los menores durante el tiempo establecido de comedor, y estableciendo ratios según el curso y el número de comensales.

Esta cuestión fue objeto de sendas solicitudes de aclaración realizadas el 4 de marzo y contestadas el día 11, habiéndose limitado a contestar el órgano de contratación que *“Los datos del personal subrogable han sido facilitados por las empresas que realizan el servicio actualmente y no disponemos de más información al respecto. Pueden solicitar más información a dicha empresa en caso que lo consideren necesario”*.

Tal y como afirma el reclamante, en algunos lotes se incluyen las categorías de “monitor-auxiliar de colectividades” y de “supervisor de colectividades” (por ejemplo, en los lotes 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39 y 42). Información suministrada en todos los casos por el mismo contratista, AUZO LAGUN KOOP.

El artículo 15 del Acuerdo laboral estatal de hostelería vigente (publicado en el BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2015), al que remite el artículo 9 del Convenio

colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (publicado en el BOE núm. 145, de 18 de junio de 2019), establece las ocupaciones y puestos de trabajo en cada una de las seis áreas funcionales en que se dividen los servicios o actividades de este sector. Tal y como alega el reclamante, no se observa entre dichas categorías ninguna que se denomine “monitor-auxiliar de colectividades”, aunque sí la de “supervisor/a colectividades”. Así, entre las categorías incluidas bajo el epígrafe “COLECTIVIDADES”, se incluyen las siguientes: “Supervisor/a colectividades”; “Monitor/a o cuidador/colectividades” y “Asistente colectividades”.

Conforme al marco legal y doctrinal expuesto, la suficiencia o claridad de la información relativa a las categorías profesionales es una cuestión cuya aclaración compete al órgano de contratación, en virtud de la obligación que se le asigna de verificar la información facilitada por la empresa prestadora, a fin de permitir a los licitadores una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación.

En efecto, la información relativa al “detalle de la categoría” es una de las previstas con carácter mínimo en el artículo 67.2 de la LFCP, y debe ser aportada, conforme a dicho artículo, por la empresa prestadora al órgano de contratación a quien corresponde su verificación y su puesta a disposición de los licitadores, por lo que no cabe la remisión a tal efecto, a la empresa prestadora, efectuada por el órgano de contratación, debiendo éste recabar dicha información y, previa verificación, añadirla al resto de la documentación necesaria para la licitación, mediante la oportuna respuesta a la cuestión planteada. Se aprecia por tanto el alegado déficit de información sobre este apartado.

3. Se alega igualmente, que no se indica el número de horas a que asciende la jornada de los trabajadores, no constando tampoco aclarado si el salario bruto que se indica en el anexo X se corresponde a una jornada completa o a una jornada parcial.

En relación con esta cuestión se planteó una consulta con fecha 4 de marzo, contestada el día 11, también respecto a la información facilitada por la empresa AUZO LAGUN KOOP.

El órgano de contratación respondió a tal consulta en los términos ya señalados respecto a otras consultas en materia de personal a subrogar, remitiendo a la empresa prestadora del servicio.

Del examen del Anexo resulta que en los lotes 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39 y 42, consta un salario bruto anual, un porcentaje de jornada a octubre de 2020, unas horas semanales y anuales, la existencia de pactos en vigor (que se concretan en un incremento o reducción temporal, o bien en la existencia de un ERTE parcial) y un porcentaje de jornada a subrogar.

Basta examinar el listado contenido dicho anexo XI (no en el X, como erróneamente indica el reclamante), para percatarse de que el salario bruto anual indicado varía, para cada categoría profesional, en función de su porcentaje de jornada, por lo que resulta fácil colegir que dicho salario no corresponde a una jornada completa, sino al porcentaje de jornada indicado, que se corresponde con la jornada a subrogar, según se indica en dicho listado.

Por lo tanto, aun cuando, como se ha expuesto, no es admisible la respuesta dada por la entidad contratante, no se aprecia el alegado déficit de información respecto de este apartado.

4. Se alega, por último, que respecto al personal del que se señala que se encuentra incluido en un expediente de regulación temporal de empleo, situación que se produce en 14 lotes, no consta información sobre si ello implica algún tipo de reducción de jornada, ni la duración de esta situación, al no figurar ni su inicio ni la previsible finalización.

Los lotes en los que se hace constar una situación de ERTE son los 3, 5, 6, 9, 11, 15, 19, 20, 22, 24, 26, 29, 31, 36, 37, 38 y 42, número superior a los 14 lotes que señala el reclamante.

Respecto a esta cuestión, con fecha 4 de marzo se planteó una pregunta en los mismos términos, cuya respuesta el 11 de marzo, consistió una vez más en la remisión a la actual prestadora al efecto de obtener la oportuna información.

La aplicación de un ERTE a parte del personal que presta el servicio constituye una medida con claro efecto en los costes laborales, por lo que debe entenderse incluida entre la documentación que, con carácter de mínimos, contiene artículo 67.2 de la LFCP. En este sentido lo han estimado las empresas que han prestado el servicio hasta la actualidad, haciendo constar en algunos de los listados de personal la existencia de estos expedientes. Sin embargo, sólo respecto del lote 6 figura información sobre qué reducción de jornada supone la aplicación de los ERTE o, en su caso, si el ERTE supone una suspensión total del contrato de trabajo. Por ello, vista la respuesta de la administración contratante que, mediante la remisión realizada, elude su obligación de verificar y suministrar toda la información necesaria, se aprecia un déficit en la información suministrada a este respecto.

Comprobado que en vía de aclaraciones la administración actuante ha eludido la obligación que, conforme al marco legal y doctrinal expuesto le corresponde de garantizar la puesta a disposición de los licitadores de toda la información necesaria para que éstos puedan elaborar sus ofertas en condiciones de igualdad, pues no otra cosa cabe concluir de la actuación seguida y consistente en la remisión a tal efecto a la empresa prestadora, dejando en manos de esta el cumplimiento de la obligación que a dicha administración compete, concurre déficit de información en varios aspectos de la información relativa al personal a subrogar, afectando éstos a la cuantificación o evaluación de los costes laborales de la subrogación.

Así mediante esta vulneración del artículo 67 LFCP, cuya finalidad última es garantizar la igualdad de los licitadores que concurren al procedimiento, se vulneran

igualmente los principios de transparencia e igualdad de trato, lo que conlleva como es sabido causa de nulidad de pleno derecho.

En este sentido concluye el Acuerdo 5/2021, de 15 de enero, al que se ha hecho referencia, estableciendo lo siguiente:

*“Pues bien, llegados a este punto debemos advertir que la razón de ser de la obligación legal de facilitar en el pliego la información a que se refiere el artículo 67 LFCP no es otra que permitir a los licitadores una exacta evaluación de los costes laborales que implica la obligación de subrogar el personal, así lo establece expresamente el propio artículo cuando indica que (...); y no sólo eso, sino que añade además la necesidad de que la Administración verifique tal información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato; información cuya omisión - como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1069/2020, de 9 de octubre, con cita de su Resolución 680/2020, de 11 de junio - constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato, y, por ende, un vicio de nulidad de pleno derecho. Resultando así, tal información, esencial en orden a la formulación de las ofertas y, por tanto, con incidencia en lo que al plazo de presentación de proposiciones por los interesados se refiere.”*

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado.

SÉPTIMO. Como segundo motivo de impugnación la empresa reclamante afirma la falta de formulación precisa y objetiva de los criterios de adjudicación y su falta de vinculación al objeto del contrato, así como que ello conlleva la vulneración del artículo 64 LFCP, y en consecuencia, la nulidad de pleno derecho de los mismos.

Sostiene su argumento de indeterminación, sobre la afirmación de la confusión que dichos criterios contienen en cuanto a su forma de acreditación, y el relativo a la falta de vinculación al objeto del contrato, sobre la ausencia de garantía de que las

personas respecto de las que se acredite el cumplimiento de las exigencias contenidas en dichos criterios, sean las que finalmente realicen la prestación.

A ello añade que son prueba de dichas afirmaciones las numerosas peticiones de aclaración realizadas, sin que las ofrecidas por la entidad contratante hayan contribuido en modo alguno a tal propósito.

La entidad contratante, por su parte niega los defectos reprochados y explica que la finalidad de los criterios es que *“las empresas tengan muy presente que su personal esté formado en primeros auxilios y en alergias e intolerancias alimenticias. (...potenciar e incentivar que las empresas tengan como objetivo que su personal esté formado en estas materias tan importantes...)”*

El análisis de la cuestión requiere comenzar por el marco legal y doctrinal que rige la misma, comenzando por el artículo 64.1 LFCP, referido por la entidad reclamante, que dispone lo siguiente:

*1. Los contratos se adjudicarán a la oferta con la mejor calidad precio. Los criterios que han de servir para su determinación se establecerán en los pliegos y deberán cumplir los siguientes requisitos:*

- a) Estarán vinculados al objeto del contrato.*
- b) Serán formulados de manera precisa y objetiva.*
- c) Garantizarán que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.*

*2. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera a las prestaciones objeto del mismo, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

- a) En el proceso específico de su producción, prestación o comercialización.*
- b) En un proceso específico de cualquier otra etapa de su ciclo de vida.*

(...).

6. Los criterios de adjudicación de carácter social deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos, y a tal efecto se valorarán cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, tales como la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de mujeres y hombres; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; criterios éticos y de responsabilidad social aplicada a la prestación contractual; la formación, la protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante.

Los criterios de adjudicación cuya conformidad con la LFCP se cuestiona, se encuentran previstos en la cláusula 10.3.2.b) del pliego, que los regula de la siguiente manera:

**“b) Criterios de carácter social: hasta 10 puntos:**

b.1. Conocimientos de primeros auxilios de cada uno de los cuidadores asignados a cada lote. Se asignarán **5 puntos** a quien acredite cursos de primeros auxilios de una duración mínima de 10 horas de cada uno de los cuidadores. En el caso de que no se acredite para cada uno de ellos con la duración estipulada la puntuación de este apartado será 0 puntos. Deberán incluirse las correspondientes certificaciones en el momento de presentación de la oferta.

**b.2. Formación alergias e intolerancias alimenticias: 5 puntos**

Se valorará que cada persona de la empresa licitadora que desarrolle su actividad con menores haya recibido formación sobre alergias e intolerancias alimenticias con el objetivo de prevenir contaminaciones cruzadas o problemas derivados de estas patologías (mínimo 10 horas). El licitador que aporte este

*compromiso adecuadamente recibirá la máxima puntuación, y quien no lo aporte o lo aporte incorrectamente no recibirá puntuación alguna. Deberán incluirse las correspondientes certificaciones en el momento de presentación de la oferta.*

*Esta formación quedará supeditada a la aplicación del derecho laboral en cuanto a la subrogación de trabajadores, en consecuencia, será de aplicación al personal de nueva incorporación al comedor escolar, no se tendrá en cuenta para su valoración al personal que esté prestando sus servicios durante el curso escolar vigente en el comedor objeto de contrato”.*

Como afirma la reclamante, estos criterios han sido objeto de numerosas peticiones de aclaración, en relación con la forma de acreditación (certificación, compromiso, o certificación de compromiso), o con el personal a que deben estar referidos (personal subrogado o personal de la empresa licitadora).

Como puede apreciarse en la siguiente respuesta, varias veces repetida, el órgano de contratación deja claro que la acreditación debe realizarse mediante certificación.

*“Ha de presentarse la correspondiente certificación emitida por la entidad organizadora- de los cursos o formación acreditada efectivamente recibida, y deberá incluirse en el momento de presentación de la oferta. Un compromiso de formación no cumple lo establecido en las bases.”*

En relación con el personal al que se aplican los criterios en cuestión, las respuestas fueron las siguientes:

*“Tal y como se establece en las bases reguladoras, esta formación quedará supeditada a la aplicación del derecho laboral en cuanto a la subrogación de trabajadores, en consecuencia, será de aplicación al personal de nueva incorporación al comedor escolar, y no se tendrá en cuenta para su valoración al personal que esté prestando sus servicios durante el curso escolar vigente en el comedor objeto de contrato.”*



*“Para que a usted se le puntúe este apartado, deberá presentar los correspondientes certificados de aquel personal de su empresa que vaya a emplear en la realización del lote al que quiera presentar oferta.*

*Si al final resulta adjudicatario, y el personal que actualmente realiza los servicios se subroga, pero no tiene esa formación, no se le van a quitar esos puntos, aunque lógicamente, sería más que recomendable que ese personal subrogable se formara adecuadamente.”*

*“Tal y como usted dice, se refiere a "cada persona de la empresa que desarrolla su actividad con menores".*

*La subrogación es un derecho de los trabajadores, y éstos son libres de decidir si lo ejercen o si no lo hacen. Por lo tanto, para que a ustedes se le puedan adjudicar los puntos, deberá presentar los correspondientes certificados de aquel personal de su empresa que vaya a emplear en la realización del lote al que quiera presentar oferta.*

*Si al final resulta adjudicatario, y el personal que actualmente realiza los servicios se subroga, pero no tiene esa formación, no se le van a quitar esos puntos, aunque lógicamente- sería más que recomendable que ese personal subrogable se formara adecuadamente.*

*Si ese personal actualmente no está en su plantilla, no va a poder certificar su formación, y por lo tanto no obtendrá puntos”.*

De todo ello resulta que la duda introducida por el término compromiso junto al de certificación, en el apartado 10.b). 2, de la cláusula transcrita se solventa en vía de aclaraciones, mediante la respuesta del órgano de contratación en el sentido de que debe realizarse mediante certificación.

Aun cuando el órgano de contratación no aporta argumentación que sostenga esta interpretación, entendemos que conforme a la interpretación lógica que debe prevalecer, tal interpretación es la correcta, habida cuenta que, si bien el segundo de los criterios alude a la aportación de un “compromiso”, cuando refiere el modo de atribuir la puntuación, lo cual puede entenderse como referido a una formación futura, lo cierto es que, dicho apartado termina señalando con claridad que lo que debe aportarse junto con las ofertas son las correspondientes certificaciones, *“Deberán incluirse las correspondientes certificaciones en el momento de presentación de la oferta”*.

Otro tanto ocurre con las dudas planteadas sobre el personal al que son aplicables los criterios, respecto de lo que la entidad contratante deja muy claro que únicamente se obtiene puntuación por la presentación de certificación de formación del personal de plantilla de nueva incorporación al objeto del contrato, excluido, por tanto, el personal que finalmente sea objeto de subrogación.

Ante esta claridad en las respuestas, no apreciamos la indeterminación alegada, pues resultan claras las condiciones para la obtención de la puntuación, así como la atribución de la misma y, tras las aclaraciones, la forma de acreditación. Sin embargo, son precisamente las respuestas a las aclaraciones solicitadas las que evidencian la falta de vinculación de dichos criterios al objeto del contrato, en la medida en que, como afirma la reclamante, no existe la más mínima garantía de que los trabajadores cuya formación se acredite en las condiciones señaladas, sean quienes finalmente realicen la prestación aportando un plus de calidad a la misma, requisito este que conforme a la doctrina aplicable es lo que determina la vinculación del correspondiente criterio al objeto del contrato, según se desprende de la doctrina aplicable, en relación con el artículo 64.2, transcrito.

Como afirma la reclamante, la propia respuesta dada por la entidad contratante *“(Si al final resulta adjudicatario, y el personal que actualmente realiza los servicios se subroga, pero no tiene esa formación, no se le van a quitar esos puntos, aunque lógicamente, sería más que recomendable que ese personal subrogable se formara adecuadamente)*, implica que los puntos otorgados no se vinculan a que las personas

cuya formación los ha generado sean quienes realicen la prestación, manteniéndose dicha puntuación aunque la prestación sea realizada por personal (subrogado) sin la citada formación.

Esta falta de vinculación ha sido precisamente confirmada en las alegaciones presentadas por el órgano de contratación al señalar que la finalidad pretendida, es potenciar e incentivar que las empresas tengan como objetivo que su personal esté formado en estas materias tan importantes, siendo que la vinculación al objeto del contrato exige que la finalidad del correspondiente criterio sea la aportación a la prestación del requisito exigido en el correspondiente criterio de adjudicación.

Como hemos señalado, así se establece en la doctrina de los Tribunales de Contratos, emitida sobre el particular y recogida en el Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, de este Tribunal, conforme al cual:

*“En este sentido, el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.*

(...).

*En el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía 112/2018, de 25 de abril, que analizando las previsiones contenidas en la Ley 9/2017, de 8 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato – regulación similar a la contenida en el artículo 64.2. LFCP -, pone de relieve que “Queda claro, pues, a la luz de ambos textos legales -TRLCSP y Ley*

*9/2017, de 8 de octubre-, que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundará en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas (...).”*

Este Tribunal ha manifestado en varios de sus acuerdos la necesidad de que los criterios sociales cumplan igualmente los requisitos exigibles a la totalidad de los criterios de adjudicación. Así en el Acuerdo 23/2020, de 7 de mayo se expresaba lo siguiente:

*“No obstante, como indicamos en nuestro Acuerdo 70/2019, de 13 de agosto, tal regulación en modo alguno habilita que los criterios en tal sentido previstos no reúnan los requisitos que, con carácter general, se exigen de los criterios de adjudicación a utilizar en los contratos públicos. Y ello toda vez que resulta obvio que ésta no es, en ningún caso, la finalidad perseguida por el legislador al introducir lo que se ha venido denominando “cláusulas sociales” en la contratación pública. Así lo pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 119/2018, de 21 de octubre, donde razonamos que “(...) en cualquier caso, la inclusión de dicha tipología de criterios entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos debe, obviamente, respetar las condiciones y limitaciones que, con carácter general se aplican a los criterios de adjudicación – recogidas en el artículo 64.1 LFCP y que nuestra doctrina y Jurisprudencia proclaman de forma reiterada -, a saber, la exigencia de vinculación del criterio con el objeto del contrato, garantizar la transparencia el procedimiento dando publicidad a los criterios de valoración mediante su incorporación a los pliegos, su formulación objetiva, concreta y clara, de forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma, y garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva comprendiendo especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación establecidos (...).”*

*En consecuencia, no podemos obviar que la normativa de contratación pública contempla una serie de requisitos de obligada observancia en la elección, formulación y aplicación de cualesquiera criterios de adjudicación; requisitos también exigibles en lo que a los criterios sociales de adjudicación se refiere.*

*La doctrina sostiene que en los criterios de adjudicación que en cada caso se determinen para la valoración de las ofertas deben concurrir los siguientes requisitos: a) ser objetivos, en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores y estar vinculados al objeto del contrato; b) no otorgar al poder de adjudicación una libertad de elección ilimitada, debiendo estar formulados sobre una base objetiva; c) estar expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, debiendo ser específicos, objetivos y cuantificables; y d) atenerse a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios jurídicos que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.”*

Sentando lo anterior, resta por señalar las consecuencias que, esta falta de vinculación de los referidos criterios de adjudicación al objeto del contrato, determinan para el procedimiento objeto de la reclamación que se analiza.

Al respecto, el referido Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, de este Tribunal, señala lo siguiente:

(...)

*“Así las cosas, la ausencia de vinculación de los criterios de adjudicación de carácter social previstos en el pliego con el objeto del contrato determina su nulidad de pleno derecho, en la medida en que, tal y como recuerda el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 4/2016, de 11 de enero, la finalidad de los criterios de*

*adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora; siendo, por tanto, la función de tales criterios de adjudicación evaluar la calidad intrínseca de las ofertas respetando los principios comunitarios, lo cual supone, dato de especial relevancia, que deben tener relación directa con el objeto del contrato, sin que puedan incurrir en discriminación. Resultando, en consecuencia, que los supuestos como los que nos ocupan en que los criterios de adjudicación no respetan tal exigencia de vinculación suponen una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación; principios rectores en materia de contratación cuya conculcación constituye un vicio de nulidad de pleno derecho conforme a lo previsto en los artículos 116.2.a) LFCP y 47.1.a) LPACAP.*

*NOVENO.- La conclusión alcanzada determina la estimación de la reclamación interpuesta y, por ende, la nulidad del acto de adjudicación impugnado y de los citados criterios de adjudicación, y la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación, tal y como razona la citada Resolución 52/2017, de 28 de abril, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que concluye que “Habida cuenta de los apartados de los pliegos que se anulan y de su importancia, debe cancelarse la licitación para que, si el órgano de contratación lo estima oportuno, se inicie un nuevo procedimiento de adjudicación con una documentación contractual que se ajuste a lo establecido en esta Resolución. En particular, la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la cancelación de todo el procedimiento de licitación pues según la jurisprudencia europea (STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en*

*el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.*

En el mismo sentido, la Resolución nº 134/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 18 de junio de 2020, señala lo siguiente:

*“En el citado informe, no queda acreditada la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, conforme a lo previsto en el apartado 6 del artículo 145 de la LCSP.*

*Resulta evidente que el porcentaje de contratos indefinidos del licitador no deja de ser una proyección de la estructura de las relaciones laborales de la empresa licitadora, sin que de ello derive en una mejor prestación del servicio, ya que ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación. En ningún caso, se está refiriendo al factor humano que intervendrá en el contrato, no afectando por tanto a su ejecución. Esta circunstancia es más evidente en el supuesto que nos ocupa, ya que está prevista la subrogación de los trabajadores que prestan los servicios con el actual adjudicatario, que lo harán en las condiciones laborales en las que se encuentren en el momento de la subrogación, sin que se vean afectados en absoluto por el criterio de adjudicación, por lo que una pretendida mayor implicación en el desempeño del servicio en base a la aplicación del criterio de adjudicación, carece de fundamento. Por consiguiente, el criterio de adjudicación ni afecta al nivel de rendimiento de la prestación objeto del contrato ni afecta de manera significativa a la ejecución del mismo, por lo que el motivo debe ser estimado.*

*Respecto a la retroacción de actuaciones solicitada por el recurrente, hay que señalar, que conforme manifestábamos en nuestra Resolución 522/2019, de 19 de diciembre, en base a la jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria), en el caso de anulación de un criterio de adjudicación, el*

*órgano no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión. Por otro lado, el artículo 122.1 de la LCSP establece que en caso de modificación de los Pliegos procede la retroacción de actuaciones.*

*Por todo lo anterior, la anulación de la cláusula lleva aparejada la nulidad de los Pliegos, procediendo la retroacción de las actuaciones al momento previo su aprobación.”*

Por todo ello procede la anulación de la cláusula 10.3.2.b), reguladora de los criterios sociales relativos a formación en materia de “Primeros auxilios” y a “Alergias e intolerancias alimentarias”, y por ende la del Pliego que la contiene, incluidas las aclaraciones realizadas, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la aprobación de éste.

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

#### ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por EUREST COLECTIVIDADES, S.L. contra los pliegos de contratación y las aclaraciones de los mismos del contrato “*Servicio de comedores escolares comarcales saludables y sostenibles para el curso 2021/2022*”, licitado por la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra, anulando la cláusula 10.3.2.b), reguladora de los criterios sociales relativos a formación en materia de primeros auxilios y de intolerancias alimentarias, y el Pliego que la contiene, incluidas



las aclaraciones realizadas sobre el mismo, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la aprobación de éste.

2º. Notificar este Acuerdo a EUREST COLECTIVIDADES, S.L., a la Dirección General de Recursos Educativos del Gobierno de Navarra, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

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

Pamplona, 30 de abril de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.