TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

C/Iturrama 10, Oficina 7
31007 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 51/2024

ACUERDO 45/2024, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. G. C., en nombre y representación de COMISIONES OBRERAS DE NAVARRA (C.C.O.O), frente al pliego regulador del contrato de "*165 lotes servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas 2024-2025*", licitado por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Departamento de Educación del Gobierno de Navarra publicó el 21 de junio de 2024 en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de "*165 lotes servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas 2024-2025*".

SEGUNDO.- Con fecha 27 de junio, doña M. G. C. interpuso, en nombre y representación de COMISIONES OBRERAS DE NAVARRA, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a los pliegos reguladores de dicho contrato, formulando las siguientes alegaciones:

1ª. Incumplimiento de notificación a la representación sindical

Señala que la representación sindical de la empresa La Estellesa, S.L. no ha sido informada por el órgano de contratación sobre la intención de licitar nuevamente el contrato, impidiendo así la emisión del correspondiente informe y que, por lo tanto, se incumple lo establecido en el artículo 67.1 de la LFCP. Adjunta la acreditación de la existencia de representación sindical.

2ª. Incumplimiento de las condiciones de subrogación

Señala que las personas trabajadoras que aparecen como subrogadas en el Anexo XIV "Subrogación trabajadores 913-9310" de las empresas Autobuses Jiménez, S.L., Jiménez Colectividades, S.L. y Automóviles del Río Alhama, S.A., no cumplen con el artículo 67.1 de la LFCP, conforme al cual "*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*".

Añade que a la mayoría de estas personas se les está aplicando el Convenio de Transporte de Viajeros por Carretera de La Rioja, habiendo sido denunciada esta irregularidad por dicho sindicato en repetidas ocasiones ante la Inspección de Trabajo (aporta copia de dichas denuncias). Apunta que los contratos de los trabajadores adscritos al transporte escolar de Tudela y alrededores tienen una cláusula en su contrato asignándolos al centro de trabajo de Logroño.

Señala, por otra parte, que dichas empresas también incumplen la LFCP al no proporcionar la información requerida al órgano de contratación respecto a los trabajadores afectados. Manifiesta que parte de esta información incluye los listados del personal objeto de subrogación, indicando el convenio colectivo de aplicación, algo que no se ha cumplido. Además, destaca que ninguna de estas empresas, salvo Autobuses Río Alhama en parte, cuenta con representación sindical.

3ª. Falta de verificación por parte de la Administración

Alega que la Administración no ha verificado la información facilitada por estas empresas, ya que no ha detectado las irregularidades mencionadas, y que estas deficiencias constituyen motivos suficientes para la impugnación del procedimiento de licitación, exigiendo una revisión y subsanación inmediata para garantizar el cumplimiento de las normativas vigentes y la trasparencia en el proceso.

Añade que hay que tener en cuenta que el artículo 43.5 de la LFCP dispone que "*En aquellas adjudicaciones en los que se deba calcular los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos del convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente de aplicación en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar.*"

Asimismo, entiende la recurrente que estas empresas están incurriendo en un enriquecimiento injusto ya que a las personas trabajadoras se les abonan cantidades inferiores a las calculadas por la Administración.

4ª. Alega que han detectado que muy pocas empresas cumplen con la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos, cuyo artículo 87.7 señala que "*Quienes prestan el servicio de transporte público regular de viajeros y viajeras deberán prestar a su personal formación sobre la atención a las personas con discapacidad.*"

Es decir, se han modificado las cláusulas sociales sin contar con la parte social.

Por todo lo expuesto, solicita que se dicte resolución en la que se proceda a la paralización de la licitación hasta la subsanación del incumplimiento de notificación a la representación sindical, incumplimiento de las condiciones de subrogación y falta de verificación por parte de la Administración del citado pliego regulador.

TERCERO.- Con fecha 28 de junio el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente, así como un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, manifestando lo siguiente:

1ª. Incumplimiento de notificación a la representación sindical

Señala que el art. 67.1. 2º párrafo de la LFCP establece que "*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"

Y que, por tanto, el momento de comunicar "la intención de licitar" tiene lugar cuando la Administración decide que su voluntad es licitar el contrato y comienza a realizar todos los trámites necesarios fijados por la LFCP, como por ejemplo la comunicación a las empresas y representación sindical. Esta intención de licitar por parte del Departamento da comienzo en el mes marzo y fue en ese momento cuando ha comunicado a las adjudicatarias actuales que iba a licitar el servicio de transporte escolar.

Apunta que, a la Estellesa, S.L. se le envió la comunicación el día 1 de marzo de 2024 y el día 8 de marzo la empresa respondió al Departamento con una declaración indicando que "actualmente no existe representante de los trabajadores".

Indica que, debido a una reclamación previa y una estimación parcial por parte de este Tribunal, se ha aprobado un pliego en cumplimiento del Acuerdo del Tribunal. Se considera que la licitación reclamada ahora, no ha generado una nueva voluntad de licitar por parte de la Administración, sino que, con los datos ya facilitados por las adjudicatarias en el mes de marzo, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia legal prevista en el art. 67.

Alega que la Administración ha sido diligente en todo momento, que ha ejecutado el Acuerdo del Tribunal sin demora, dada la urgencia del servicio de transporte escolar. Igualmente, la comunicación ya se ha realizado conforme exige la normativa actual y durante este breve lapso de tiempo la Administración no ha tenido constancia de que se hubiera producido algún cambio que pudiera afectar al contenido del pliego.

Añade en su escrito, que el objetivo que persigue el art. 67 LFCP es que la representación sindical informe si existe un convenio colectivo sectorial de aplicación

con unas condiciones laborales superiores. En el presente caso, no se tiene conocimiento de que exista un convenio colectivo con superiores condiciones ni la propia reclamante lo argumenta.

Y por ello solicita la desestimación de esta alegación.

2ª. Incumplimiento de las condiciones de la subrogación

Señala que el artículo 67.1 de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra establece que "*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*".

Sucintamente dice, que en el Estudio de Costes se ha considerado un cambio en los costes de personal debido a la firma del nuevo convenio colectivo y que igualmente se ha aplicado una variación anual del 3% para el conjunto de componentes de dicho concepto.

Es decir, para la elaboración del pliego regulador se ha tenido en cuenta el Convenio Colectivo del Sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra para los años 2024 a 2026.

Añade a lo dicho, que el que una de las empresas licitadores aplique un Convenio Colectivo diferente, a juicio de la reclamante de forma irregular, no es algo que deba dirimirse en este momento procedimental (puesto que sería una cuestión a tener en cuenta durante la ejecución del contrato) ni por este Departamento. En lo que a la impugnación del pliego se refiere, se debe señalar que se ha calculado el precio del contrato teniendo en cuenta el Convenio Colectivo aplicable de Navarra del Sector Transportes de Viajeros por Carretera para los años 2024 a 2026.

Concluye la alegación diciendo que, ni el Departamento de Educación ni siquiera el Gobierno de Navarra tienen competencia en materia laboral y cualquier actuación al respecto incurriría en causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47 de la Ley 39/2015, al ser competencia exclusiva estatal conforme disponen los artículos 149.1.7ª de la Constitución Española y 58.1 de la LORAFNA. Tal y como informa la reclamante ya hay denuncias sobre esta cuestión ante la Inspección de Trabajo y no nos consta que hayan sido resueltas.

Por ello, se propone la desestimación de esta alegación.

3ª. Falta de verificación por parte de la administración

La reclamante señala tres cuestiones a las que el órgano de contratación contesta:

a) La Administración no ha verificado la información facilitada por estas empresas.

Dice la reclamante que "*La Administración no ha verificado la información facilitada por estas empresas, ya que no ha detectado las irregularidades mencionadas*".

Responde el órgano diciendo que, cabe reiterar que "*no corresponde al Departamento de Educación detectar estas irregularidades para comenzar a licitar el contrato de servicio cuestionado. Así la actuación del Departamento ha sido la correcta, calculando el precio del contrato teniendo en cuenta el Convenio Colectivo aplicable, siendo una cuestión laboral interna de cada empresa y de exclusiva competencia de la Inspección de Trabajo*".

Añade, que el Departamento ha verificado los datos de subrogación recibidos, poniéndose en contacto con las empresas/UTES actualmente adjudicatarias, incluidas

algunas de las mencionadas en la reclamación, en las que ha detectado deficiencias en los datos, solicitando la correspondiente aclaración o subsanación.

b) A las personas trabajadoras se les abonan cantidades inferiores a las calculadas por la administración.

Al igual que indicaba en la segunda de las alegaciones, el órgano dice que estas son cuestiones que podrían ser objeto de valoración únicamente durante la ejecución del contrato y concluye diciendo que el Pliego Regulador se ajusta a Derecho.

c) Incumplimiento de la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre.

Entiende el órgano de contratación que esta alegación de la reclamante nada tiene que ver con el pliego regulador de la contratación. No cabe duda que es una exigencia legal y las empresas son las obligadas a su cumplimiento. El pliego no tiene por qué prever esta exigencia legal.

Concluye transcribiendo el art. 122.2 de la LFCP e indicando que las cuestiones reclamadas en esta alegación tercera no tienen encaje en dicho artículo de la LFCP y por ello, se propone la inadmisión de las mismas.

CUARTO.- No consta la existencia de otras personas interesadas a las que deba dársele traslado de la reclamación conforme a lo dispuesto en el artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- 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.

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

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

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

Como indica la Resolución 134/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, "*A la vista de lo expuesto puede deducirse que la legitimación de los sindicatos para interponer esta clase de recursos solo podrá admitirse en el caso de que los motivos de impugnación tengan una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores, sin que, en ningún caso, pueda admitirse la misma en el caso de que los motivos del recurso vayan más allá de este ámbito o se refieran a cuestiones de legalidad ordinaria. De este modo, como señala nuestra resolución 1753/2021, cuyas conclusiones debemos hacer nuestras, "los parámetros interpretativos sobre la legitimación de los sindicatos que ha venido utilizando este Tribunal –entre otras, en sus Resoluciones 83/2014, de 5 de febrero; 707/2014, de 23 de septiembre; 881/2014,*

de 28 de noviembre; 943/2014, de 18 de diciembre; y 86/2015, de 30 de enero– se concretan en el hecho de que la condición de ser un sindicato no otorga, en modo alguno, una suerte de acción popular para impugnar cualquier licitación y dentro de cada una, toda actuación distinta de la aprobación de los pliegos. Es exigible, en definitiva, como a cualquier interesado, que se justifique la existencia ad causam del concreto interés que aportaría la estimación del recurso, y que, por la lógica de la naturaleza del sindicato, se debe limitar, en todo caso, a aspectos de protección de derechos colectivos o laborales en sentido estricto."

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

Procede analizar, atendiendo a lo expuesto, la legitimación del sindicato recurrente respecto de cada una de las alegaciones que formula.

Alega, en primer lugar, que no se cumple el artículo 67.1 de la LFCP, en relación con la representación sindical de la Estellesa, S.L., alegación respecto de la cual cabe señalar que dicho artículo prevé un trámite de comunicación a la representación sindical del centro de trabajo de la intención de licitar el contrato, al objeto de que esta informe sobre si existen condiciones laborales de aplicación superiores a las previstas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, debiendo

incluir el pliego dichas condiciones. Así, como este Tribunal señaló en su Acuerdo 36/2023, de 19 de mayo, se trata de una cuestión que claramente afecta a los derechos de los trabajadores adscritos al servicio, concretamente, a sus condiciones laborales y, consecuentemente, al cumplimiento de las obligaciones empresariales en los términos que prevé la LFCP, por lo que cabría reconocer la legitimación del sindicato recurrente.

Alega, en segundo lugar, que también se ha incumplido el citado artículo 67.1 de la LFCP por el incumplimiento de las condiciones de subrogación, en concreto, respecto al convenio colectivo de aplicación, debiendo reconocerse igualmente legitimación a este respecto por los mismos motivos ya expuestos respecto a la alegación anterior.

En tercer lugar, alega la reclamante la falta de verificación por parte de la Administración de la información facilitada por las empresas, siendo indubitada la legitimación del sindicato recurrente a este respecto, por cuanto dicha información viene referida a las condiciones laborales de los trabajadores objeto de subrogación.

Por último, alega el incumplimiento de la obligación de formación sobre la atención a las personas con discapacidad en el servicio de transporte público regular de viajeros, prevista en la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos, siendo esta una obligación impuesta a los empresarios o prestadores del servicio, debiendo reconocerse por ello la legitimación del sindicato recurrente conforme a lo expuesto.

QUINTO.- Como se ha expuesto detalladamente en los Antecedentes de Hecho, la presente reclamación se interpone frente al anuncio de licitación y los pliegos reguladores del contrato, alegando que algunas de sus previsiones son contrarias a la LFCP, en concreto, el incumplimiento de notificación a la representación sindical de una empresa en concreto (la Estellesa) y de las condiciones de subrogación de tres empresas (Autobuses Jiménez, S.L., Jiménez Colectividades, S.L., y Automóviles del Río Alhama, S.A.) que incumplen la LFCP al no proporcionar al órgano de contracción parte de la información, en concreto la indicación del convenio colectivo de aplicación. Igualmente se alega la falta de verificación de esta información por parte de la

Administración. Así como diversas referencias al convenio aplicable y al incumplimiento de la Ley Foral 31/2022 de atención a personas con discapacidad.

Por su parte el órgano de contratación, formula alegaciones oponiéndose a la reclamación interpuesta y solicitando la desestimación de dos de las alegaciones (el incumplimiento de la notificación a la representación sindical y el incumplimiento de las condiciones de subrogación) y la inadmisión de la tercera (la falta de verificación de la administración).

Expuestas sucintamente ambas posiciones, cabe analizar con carácter previo, la solicitud del reclamante por la que se solicita la paralización de la licitación.

En relación con la solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación, debe recordarse que la LFCP, en la redacción dada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé la suspensión automática del acto recurrido por la mera interposición de la reclamación. Así, el artículo 124.4 dispone que "*La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada*".

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado primero que "*Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral*".

Por último, el mismo precepto en su apartado tercero prevé que "*El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos".

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento expreso respecto a la petición realizada por la reclamante.

SEXTO. - Centrándonos ya en el fondo del asunto, son diversas las alegaciones en las que fundamenta la reclamante sus pretensiones de paralización de la licitación y subsanación de los incumplimientos del procedimiento antes de su continuación.

Comenzando con la primera de ellas, la referida al incumplimiento de notificación a la representación sindical, tal y como advertíamos, alega la recurrente que no se ha informado por el órgano de contratación a la representación sindical de la Estellesa S.L. sobre la intención de licitar nuevamente el contrato, impidiendo así la emisión del correspondiente informe.

Resulta indiscutido por las partes el hecho de que se intentó la notificación en el mes de marzo, con motivo de la licitación del contrato aprobado anteriormente y del que mediante el Acuerdo 32/2024 se anuló parte del pliego, y de que en esa fecha no existía representación sindical como así consta en el expediente remitido a este Tribunal. Tampoco se discute la validez de la representación sindical elegida posteriormente, concretamente el 24 de abril como igualmente se constata en el documento emitido por la encargada de la Oficina Pública Registral de Elecciones Sindicales del Departamento de Derechos Sociales.

Lo que se viene a cuestionar por las partes es si con motivo de la nueva Resolución del Director General de Formación Profesional, Digitalización y Servicios Educativos, por el que se aprueba el expediente de contratación de los servicios de trasporte escolar para el contrato de "*165 lotes servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas 2024-2025*" se debe comunicar nuevamente a la representación sindical la intención de licitar o al menos a los nuevos representantes sindicales si los hubieran.

Se alega en este sentido por el órgano de contratación que "*el objetivo que persigue el artículo 67 de la LFCP es que la representación sindical informe si existe un convenio colectivo sectorial de aplicación con unas condiciones laborales superiores. En el presente caso, no se tiene conocimiento de que exista un convenio colectivo con superiores condiciones ni la propia reclamante lo argumenta*".

No obstante, no podemos compartir tal manifestación pues, si bien es cierto que dicho órgano ha podido conocer las condiciones laborales de la empresa, ya que dicha empresa las ha facilitado, no es este conocimiento el objetivo del artículo 67. Pues si esa fuera la conclusión, nos encontraríamos con que en ningún caso es necesario facilitar la información de la intención de licitar nuevamente el contrato a la representación sindical, puesto que según lo alegado por el órgano parece deducirse que es suficiente con que la empresa informe de las condiciones laborales de los trabajadores a subrogar. Siendo una interpretación contraria al objetivo de dicho artículo, pues la ley prevé expresamente dicha comunicación a la representación sindical.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en el Acuerdo 36/2023, de 19 de mayo, al manifestar que *"Cabe destacar, a este respecto, que el artículo 67 de dicha ley foral impone obligaciones al órgano de contratación que deben sustanciarse, tanto con la representación sindical, como con la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato, sin que en el presente caso se acredite que aquella representación tuvo acceso o conocimiento de dichos requerimientos, no pudiendo presumirse dicha circunstancia de su mera remisión a la empresa."*

Circunscribiendo la cuestión a si realmente se puede dar por cumplido este trámite con la comunicación producida a la Estellesa el día 1 de marzo. Pues bien, la ley sobre esta cuestión se manifiesta del siguiente modo en el segundo párrafo del apartado 1 del art. 67: "*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."*

Siendo por tanto una obligación legal prevista expresamente y de donde se deduce claramente que debe comunicarse a la representación sindical la "intención de licitar nuevamente".

Informe que como ya hemos manifestado en anteriores acuerdos, no resulta preceptivo, y cuya ausencia carece de efectos suspensivos, pues tal y como prevé la ley, si en el plazo máximo previsto, tal informe no es emitido, la unidad gestora queda habilitada para proseguir en la elaboración del pliego regulador del contrato. Si bien, como hemos referido, en el caso analizado, el órgano de contratación no procedió a informar de la nueva licitación a la representación sindical por entender que la nueva licitación consecuencia de la estimación parcial de una reclamación por parte de este Tribunal no ha generado una nueva voluntad de licitar por parte de la Administración, sino que, con los datos ya facilitados por las adjudicatarias en el mes de marzo, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia legal prevista en el artículo 67.

Sin embargo, dicha alegación no puede tener favorable acogida pues al igual que el resto de los documentos e informes que conforman el nuevo expediente han sido objeto de una nueva emisión consecuencia de los nuevos pliegos que han sido modificados, de igual modo ocurre con todos los requisitos preceptivos que componen el expediente, que en el caso en cuestión deben ser objeto de su reiteración pues en contra de lo sostenido, la Administración decide licitar un nuevo pliego con las modificaciones oportunas tras la estimación parcial de la anterior reclamación y de las cuales debe informar a cuantos resulten obligados, máxime teniendo en cuenta que, en el tránsito entre la primera y la segunda licitación, la empresa adjudicataria ha obtenido representación sindical, pudiendo por tanto informar de las condiciones laborales de aplicación en el centro de trabajo de las personas trabajadoras a subrogar que resultan superiores, disponiendo para ello de un plazo máximo de quince días.

De lo anteriormente expuesto, cabe concluir que el órgano de contratación no ha acreditado la realización de la comunicación a la representación sindical de la Estellesa prevista en el artículo 67.1 de la LFCP, razón por la que procede estimar dicha alegación.

SÉPTIMO. – Se alega como segundo motivo, el incumplimiento de las condiciones de subrogación en relación con el convenio aplicable. Así se alega por el reclamante, que diversas empresas -Autobuses Jiménez, S.L., Jiménez Colectividades, S.L. y Automóviles del Río Alhama, S.A.-, no cumplen con lo dispuesto en el art. 67.1 de la LFCP. En concreto hace referencia al Convenio Colectivo aplicado por dichas empresas que es el de La Rioja, con mención, incluso, de alguna cláusula del contrato de trabajo. Además, aporta en su reclamación una relación de denuncias que ha formulado en Inspección de Trabajo.

Por su parte el Departamento de Educación en su escrito de alegaciones, indica que en el estudio de costes se ha tenido en cuenta para el cálculo de los costes unitarios el nuevo convenio del "sector servicio de trasporte de viajeros por carretera", es decir,

para la elaboración del pliego regulador se ha usado el Convenio Colectivo del Sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra para los años 2024 a 2026.

Añade en este sentido que la aplicación de un Convenio Colectivo diferente no es algo que deba dirimirse en este momento procedimental, ni tan siquiera por este Departamento, presentadas las denuncias, será Inspección de Trabajo la que indique si la empresa está realizando alguna irregularidad.

Expuestos ambos posicionamientos procede recordar lo dispuesto al respecto en el art. 67.1 de la LFCP "*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*".

De igual modo, interesa traer a colación lo manifestado en nuestro reciente Acuerdo 38/2024, de 25 de junio: "*Cabe recordar la doctrina sostenida por este Tribunal conforme a la cual corresponde a los órganos de la Jurisdicción Social la competencia para decidir, en caso de discrepancia, el convenio colectivo aplicable, siendo ésta una cuestión ajena a la contratación administrativa y, por tanto, a la competencia de este Tribunal, correspondiéndonos conocer del asunto, únicamente, en caso de que el mismo pudiera tener repercusión en el cálculo del valor estimado del contrato, por cuanto el artículo 42.2.a) de la LFCP señala que en este deberá tenerse en cuenta "el importe de la licitación, que comprenderá como mínimo los costes derivados de la aplicación de los convenios colectivos sectoriales de aplicación y normativa laboral vigente", señalando el apartado 4 del mismo artículo que "En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación por categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia", y el artículo 43.5 que "En aquellas adjudicaciones en los que se deba calcular los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos del convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente de aplicación en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar".*

Igualmente, en este sentido, se pronunciaba nuestro Acuerdo 116/2018, de 9 de noviembre, donde en relación con la fijación del convenio señalamos lo siguiente: "*La determinación del convenio colectivo aplicable cuando en una empresa concurren distintas actividades que guardan conexión entre ellas o están en situación de dependencia las unas de las otras, se realiza atendiendo al criterio de la actividad de principal -por todas, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2015 y 31 de enero de 2008-; entendiendo, a estos efectos, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en Sentencia de 29 de enero de 2002, como actividad principal la de mayor facturación.*

Sin perjuicio de lo anterior, debemos advertir, en primer término, en relación con la alegada disconformidad con la referencia al convenio de aplicación que se contiene en el pliego manifestada por el reclamante, que -tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 33/2018, de 12 enero- además de que una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, corresponde a los órganos de la Jurisdicción Social la competencia para decidir, en caso de discrepancia, el convenio colectivo aplicable, siendo ésta una cuestión ajena a la contratación administrativa y, por ende, a la competencia de este Tribunal".

En el mismo sentido, la Resolución 1386/2020, de 23 de diciembre, del Tribunal Central señala *"Que la Administración deba atender a un determinado convenio sectorial deriva de la necesidad impuesta por el art. 100 LCSP de calcular los costes de personal con arreglo al convenio de aplicación, y es por ello que como referencia se alude a dicho convenio; pero ello no supone que se vaya a desplazar una norma de derecho laboral, como lo son los Convenios colectivos de empresa, (...)", así como que "no puede dejar de advertirse que el planteamiento de la recurrente parte de un error de concepto, pues la determinación por el órgano de contratación del convenio aplicable lo es a los solos efectos de calcular el coste del contrato (art.100.2 LCSP), y de cumplir con el deber previsto en el art. 130 LCSP de comunicar la información sobre los costes laborales asociados a una eventual subrogación, pero no corresponde a los órganos de contratación (ni a este Tribunal, en cuanto revisa las resoluciones de*

éstos) determinar el régimen laboral de los trabajadores, ni pronunciarse sobre si procede o no la subrogación, siendo de la competencia de la jurisdicción social. (por todas, destaca nuestra Resolución 327/2020, de 5 de marzo). Resulta, por tanto, inadmisible que se pretenda un pronunciamiento de este Tribunal, siquiera sea obiter dicta, sobre una cuestión ajena nuestro ámbito competencial".

Pues bien, a la vista de lo expuesto y en relación con el cálculo del coste del contrato vemos que, en el anuncio de licitación, en concreto en el estudio de costes -página 53- aparece lo siguiente:

"(6) Costes de Personal

En relación a las retribuciones salariales del personal afecto al Servicio – conductor y auxiliar acompañante- se toma como referencia básica para su cuantificación lo establecido en el nuevo Convenio Colectivo del Sector de transportes de viajeros por carretera de Navarra publicado en el BON 206, de 3 de Octubre de 2023:"

Así pues, las previsiones expresamente contenidas en relación con el convenio colectivo aplicable al personal a subrogar respetan las previsiones en tal sentido contenidas en la LFCP, resultando ajustadas a derecho y por tal motivo procede la desestimación de esta alegación.

OCTAVO. – Se alega como otro de los motivos que "*dichas empresas también incumplen la Ley Foral de Contratos Públicos al no proporcionar la información requerida al órgano de contratación respecto a los trabajadores afectados. Parte de esta información incluye los listados del personal objeto de subrogación, indicando el convenio colectivo de aplicación, algo que no se ha cumplido. (..)",* añadiendo además la falta de verificación de esta información por parte de la Administración.

Pues bien, en relación con esta primera alegación compete a este Tribunal analizar si efectivamente las empresas han facilitado o no dicha información, y por tanto ha sido trasladada a los pliegos.

Para ello debemos verificar la información que consta en el archivo denominado "Anexo XIV - Subrogación trabajadores913-9310.pdf" en el que se contiene la siguiente información:



Sección de Servicios Complementarios
Zerbitzu Osagarrien Atala
Santo Domingo, 8
31001 PAMPLONA/IRUÑA
Tel. 848 426540/848 426529
complementarioseducativos@navarra.es

Gobierno de Navarra Nafarroako Gobernua
Departamento de Educación Hezkuntza Departamentua

Línea 1038 Trabajador 3

Categoría profesional conductor

Antigüedad en la empresa 28 años

Antigüedad operario en la línea 6 años

Contrato sustitución no

Contrato tipo 100

Vencimiento del contrato

ERTE no

Salario bruto anual 35.820,93 euros

Periodo de inactividad

Horas semanales en la línea 14

Horas anuales en la línea 350

Porcentaje de jornada anual 19,77 %

Absentismo

Pactos en vigor

Pluses y/o bonificaciones

Firma digital

Fácilmente se constata que, en el trabajador elegido de ejemplo, se observa que sí aparece la información de sus retribuciones actuales, pero sin embargo no aparece el convenio colectivo aplicable.

En este punto conviene recordar lo dicho en el art. 67.2:

"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."

De donde resulta que es obligatorio que se facilite la información del convenio actual aplicable en dichas empresas como indica este art. 67.2, e igualmente resulta

obligatorio para la Administración verificar la información facilitada por las empresas salientes antes de incluirla en los pliegos, la cual deduce que no se ha producido pues no se han detectado las irregularidades mencionadas.

Se rebate dicha argumentación por el órgano de contratación manifestando que no le corresponde detectar estas irregularidades para comenzar a licitar el contrato, añadiendo que su actuación ha sido la correcta puesto que ha calculado el coste del contrato teniendo en cuenta el convenio colectivo aplicable a dicho contrato, siendo el convenio aplicable internamente en las empresas una cuestión fuera de su competencia.

Pues bien, como hemos aludido anteriormente en la jurisprudencia transcrita, la Administración no está obligada a comprobar si se está aplicando el convenio correcto, puesto que excede de su competencia, si bien, ello no es óbice para que de acuerdo con lo establecido en el art. 67.2, último párrafo, la Administración verifique dicha información: "*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".*

La aplicación de lo expuesto a los pliegos analizados pone de manifiesto que no se contiene ninguna información relativa al convenio aplicable actualmente por las tres empresas mencionadas, siendo como se trata de una información que resulta obligatoria según lo establecido en el mencionado artículo *"(...) en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación (...)".*

Así, la Sentencia 265/2022 de 7 octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en relación con el precepto que parcialmente hemos transcrito, razona que *"En este caso, como se recoge en el Acuerdo recurrido, de la lectura del precepto transcrito se observa cómo el mismo impone una doble obligación a la Administración contratante, de un lado, requerir a la empresa que viniera efectuando la prestación objeto del contrato la información relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y, de otro, facilitar a los licitadores, en el*

pliego, la información relativa a tales condiciones a los efectos del cálculo de los costes del personal a subrogar. El precepto transcrito establece que 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. (...)

Para garantizar ese conocimiento, el art. 67 recoge la obligación de información de la empresa saliente, así como los datos que deben contener los pliegos respecto al personal a subrogar, condiciones laborales o porcentaje de jornada. Así, la empresa actual debe proporcionar esta información al Órgano de Contratación, y éste verificará la información facilitada por la empresa y facilitará 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".

Efectivamente, de la aplicación del marco normativo y jurisprudencial expuesto al caso concreto cabe apreciar que la Administración no ha verificado correctamente la información facilitada por las actuales tres adjudicatarias, puesto que se aprecia la falta de mención al convenio aplicable como obliga el art. 67.

De lo anteriormente expuesto, es preciso concluir que el órgano de contratación no ha verificado correctamente la comunicación de los datos de la subrogación recibidos de las tres empresas actualmente adjudicatarias, no cumpliéndose por tanto los requisitos de que la información facilitada a los futuros licitadores sea veraz y completa, razón por la que procede estimar dicha alegación.

NOVENO. – Otro de los motivos esgrimidos por la reclamante se refiere a que las tres empresas mencionadas en los Antecedentes de Hecho incurren en un enriquecimiento injusto, puesto que para el cálculo del precio del contrato se tienen en cuenta unos costes siguiendo lo dicho por el art. 43.5 *y* sin embargo las empresas abonan cantidades inferiores a las calculadas por la Administración.

Argumento que rebate el órgano de contratación al considerar que no es el momento de la valoración de dichas cuestiones, debiendo ser objeto de estudio durante la ejecución del contrato y en caso de comprobarse incurrirían en el incumplimiento de las condiciones de ejecución.

Pues bien, la argumentación de la reclamante parece cuestionar el cálculo de los costes laborales por su escueta referencia a lo dispuesto en el artículo 43.5 anteriormente citado según el cual *"En aquellas adjudicaciones en los que se deba calcular los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos del convenio colectivo sectorial del ámbito más inferior existente de aplicación en el sector en el que se encuadre la actividad a contratar"*.

Al respecto conviene recordar lo ya dicho por este Tribunal en reiterados acuerdos de la carga que recae en el reclamante de acreditar el error o defecto en el cálculo que desvirtúe el realizado por el órgano de contratación. Circunstancia que, por sí sola, determina la desestimación del motivo de impugnación que nos ocupa dado que el reclamante se limita a alegarlo, pero en modo alguno lo acredita.

En este sentido, tal y como manifestamos en nuestro Acuerdo 8/2023, de 25 de enero: *"no podemos olvidar que la determinación del presupuesto de una licitación, del que como se ha dicho forman parte los costes salariales, es competencia del órgano de contratación; que como expusimos en nuestro Acuerdo 82/2021, de 20 de agosto, forma parte del ámbito de discrecionalidad de éste, con las limitaciones que de ello derivan en lo que a su fiscalización por parte de este Tribunal se refiere. Siendo, por tanto, tal determinación un criterio técnico que sólo resulta revisable por este Tribunal, en contra de la discrecionalidad técnica de la Administración, en la medida en que se aprecie error, arbitrariedad o falta de motivación; ámbito de fiscalización donde entraría la verificación de la cobertura de los costes salariales por constituir uno de los elementos reglados de la decisión a adoptar a la vista de la obligación legal impuesta por el articulo 66.3.b) LFCP.*

Así pues, el cálculo que de tales costes efectúe el órgano de contratación está dotado de una presunción iuris tantum de acierto y veracidad que únicamente puede ser destruida mediante prueba suficiente en contrario, siendo por tanto carga de la reclamante acreditar error o incongruencia clara y suficiente. Siendo esto así, lo cierto es que tal presunción en modo alguno ha sido desvirtuada en este caso, pues la reclamante no justifica el error en el cálculo realizado, limitándose a aportar al respecto una tabla de costes y una memoria explicativa de los mismos, sin indicar el origen y fuentes a tales efectos utilizadas; documentación a todas luces insuficiente para hacer decaer la presunción indicada y que evidencia que lo que en definitiva pretende es hacer prevalecer su cálculo respecto del utilizado para calcular el precio del contrato, lo que no es admisible."

Razones todas ellas por las que procede la desestimación de esta alegación.

DÉCIMO. – Finalmente se alega como último motivo el incumplimiento por muchas de las empresas de la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos, siendo este su tenor literal:

"*Artículo 87. Condiciones de accesibilidad en el transporte público por carretera.*

7. Quienes prestan el servicio de transporte público regular de viajeros y viajeras deberán prestar a su personal formación sobre la atención a las personas con discapacidad, tanto en cuanto al trato como en cuanto a la utilización de los medios de apoyo."

Por su parte el órgano de contratación lo rebate sosteniendo que esta alegación nada tiene que ver con el pliego regulador de la contratación, que no cabe duda de que es una exigencia legal y las empresas son las obligadas a su cumplimiento, concluyendo que el pliego no tiene que prever esta exigencia legal ya prevista en una norma.

Efectivamente, tal y como manifiesta el órgano de contratación, no es necesario incluir en los pliegos las obligaciones legales que puedan afectar al contrato no derivadas directamente de la LFCP.

Por otro lado, hay que indicar que nada solicita al respecto la recurrente frente al esgrimido incumplimiento que se limita a reflejar sin argumentar sus posibles efectos en la licitación. En consecuencia, consideramos que no hay ningún incumplimiento en los pliegos al respecto de lo mencionado en esta alegación y por tanto procede su desestimación.

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 parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. G. C., en nombre y representación de COMISIONES OBRERAS DE NAVARRA (C.C.O.O), frente al pliego regulador del contrato de *"165 lotes servicios de transporte escolar en vehículos de más de 9 plazas 2024-2025",* licitado por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra, anulando la licitación de los lotes adjudicados actualmente a la Estellesa S.L. y los correspondientes a las empresas Autobuses Jiménez, S.L., Jiménez Colectividades, S.L. y Automóviles del Río Alhama, S.A., lo cual determina la imposibilidad de continuar válidamente con el procedimiento de adjudicación del contrato de esos concretos lotes.

2º. Notificar este acuerdo a doña M. G. C., en calidad de representante de COMISIONES OBRERAS DE NAVARRA, al Departamento de Educación del Gobierno de Navarra y al resto de interesados que figuren en el expediente, a los efectos oportunos, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 7 agosto de 2024. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.