



Expediente: 91/2023

ACUERDO 93/2023, de 14 de diciembre, 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, frente al pliego regulador del “*Contrato de gestión de la Oficina de Turismo del Gobierno de Navarra en Olite en el 2024*”, licitado por el Departamento de Industria y de Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de noviembre de 2023, el Departamento de Industria y de Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra (hoy Departamento de Cultura, Deporte y Turismo) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del “*Contrato de gestión de la Oficina de Turismo del Gobierno de Navarra en Olite en el 2024*”.

Con fecha 15 de noviembre se produjo la publicación de dicho anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de noviembre, doña M. G. C. interpuso, en nombre y representación de Comisiones Obreras de Navarra, una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego de dicho contrato, alegando que en la citada licitación se observan las siguientes deficiencias que deben ser subsanadas de manera urgente:

1ª. Que el importe de licitación no recoge el número de trabajadores que deben ser subrogados

Señala, a este respecto, que el pliego indica lo siguiente: *“El importe de licitación del contrato se ha fijado en 87.225,93 euros (105.543,37 euros IVA incluido). Este importe tiene su base en la dimensión necesaria de la plantilla a partir de las estadísticas de los años 2018-2022, calculada en un mínimo de dos personas durante 12 meses y una persona durante 6 meses. Los costes salariales se han calculado a partir del convenio colectivo de referencia “Sector Oficinas y Despachos de Navarra” estimándose que las y los trabajadores se encuadran en el grupo profesional IV. En este coste está incluida la compensación monetaria por domingos y festivos que el personal deberá recibir según el citado convenio”.*

Afirma que la plantilla actual, tal y como refleja el listado de subrogación del personal, se compone de una persona al 100% de jornada y dos personas al 89,5%, lo que suponen 2,8 trabajadores y no 2,5 como refleja el cálculo requerido para el importe de la licitación.

Manifiesta que en el pliego de la licitación anterior se recogían 2,8 trabajadores más una persona de refuerzo en verano, que tampoco consta en el pliego actual, señalando el anterior pliego para 2022 lo siguiente: *“El importe de licitación del contrato se ha fijado en 85.225 euros (103.122 euros IVA incluido). Este importe tiene su base en la dimensión necesaria de la plantilla a partir de las estadísticas de los años 2018-2021, calculada en un mínimo de dos personas durante 12 meses, otra persona durante 9 meses y un refuerzo de otra persona durante el mes de agosto. Los costes salariales se han calculado a partir del convenio colectivo “Sector Oficinas y Despachos de Navarra”, estimándose que las y los trabajadores se encuadran en el grupo profesional 4”.*

Asimismo, alega que en el listado de trabajadores objeto de subrogación no consta toda la información, ya que previamente a su publicación se envió por la representación legal de los trabajadores una tabla en la que se especifica que una trabajadora que se encuentra con reducción de jornada por guarda legal estará a jornada completa en 2024.

2ª. Aumento de las funciones del personal

Señala que las labores a realizar aumentan sin ningún tipo de mayor contratación o remuneración al respecto, ya que se han incluido trabajos de apoyo a las Unidades de Gestión Turística (UGET), que son funciones nuevas que, de acuerdo con el importe planteado, no se contempla remuneración alguna. Manifiesta que estas nuevas funciones pueden encontrarse en la página 7 del pliego de prescripciones técnicas del contrato, punto 4.3 “COLABORACIÓN CON LA UGET”, o en la página 3, punto 2.5 “MEDIOS HUMANOS”.

Por todo ello, solicita que se proceda a la paralización de la licitación y a la subsanación de lo expuesto para el pliego regulador, el cual exige unas horas y nuevas funciones extra para licitar los servicios del personal de la propia oficina de turismo que, de aplicarse, ni siquiera respetaría la plantilla de trabajadores con derecho a subrogación, vulnerando el artículo 67 de la LFCP.

TERCERO.- Con fecha 20 de noviembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 23 de noviembre, 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 contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, 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 24 de noviembre el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito de alegaciones, donde manifiesta lo siguiente:

1ª. Respecto a que el importe de licitación no recoge el número de trabajadores que deben ser subrogados, señala que el objeto del contrato es el servicio de gestión de

la Oficina de Turismo del Gobierno de Navarra en Olite para el año 2024, por lo que no se contrata directamente personal, sino un servicio.

Manifiesta que para determinar el contenido de las prestaciones que conforman el objeto del contrato y el cálculo de su importe, los órganos de contratación no están obligados a adecuarlo a los costes laborales de la empresa que viniera ejecutando el contrato previamente, pues en tal caso quedaría a su arbitrio la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. Señala que, de este modo, el cuadro del personal a subrogar informa del personal incluido y su antigüedad, pero no determina directamente el cálculo del coste del contrato, sino que este dependerá de los requisitos de la prestación.

Alega que es evidente la discrecionalidad que asiste al órgano de contratación en la determinación de las horas necesarias para la prestación del servicio, tomándose el número de personas que se estima necesario como referencia para calcular el importe de licitación, pudiendo la empresa contratar más personal si así lo decide.

Señala que, de conformidad con el artículo 67 de la LFCP, la Administración está obligada a indicar si existe obligación de subrogación de personal, así como a incluir la información relativa a dicho personal en el pliego. Manifiesta que, atendiendo a la cláusula 26 del pliego de condiciones particulares y a su anexo IV, aquella ha cumplido con esta obligación de información, a cuyos efectos se requirió a la empresa que venía efectuando la prestación que facilitara la información relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación, incorporando tal información en el pliego.

Respecto a que en el pliego de la licitación anterior se exigían dos trabajadores durante 12 meses, otra persona durante 9 meses y un refuerzo de otra persona durante el mes de agosto, indica que no sirve tomar como base el pliego anterior de 2022 ya que las condiciones de la contratación han cambiado, al haberse introducido la labor de soporte a las UGET. Señala que, como se ha indicado, la Administración goza de discrecionalidad para determinar el concreto contenido de las prestaciones que conforman el objeto del contrato.

Igualmente, respecto a que en el anexo IV no aparece toda la información relativa al personal a subrogar, señala que la tabla que figura como anexo del pliego es la enviada por la actual empresa gestora el 24 de agosto de 2023.

Manifiesta que el 26 de septiembre se recibió la tabla a la que alude la reclamante, que fue enviada por una empleada de la oficina de turismo de Olite, pero no por la empresa gestora, por lo que se consideró válida la enviada por esta, que es a quien correspondía realizar este trámite. Señala que la citada empleada en ningún momento se acreditó como representante legal de la empresa o de los trabajadores, por lo que se consideró una información que carecía de representatividad a la hora de incluirla en el pliego.

2ª. Respecto a que se ha producido un aumento de las funciones del personal al incluirse funciones de apoyo a la UGET sin conllevar una mayor contratación de personal o mayor remuneración, señala que esta apreciación es incorrecta, ya que no se han aumentado las funciones del personal, sino que se han disminuido el número de horas para atender al público visitante y se han incluido funciones relacionadas con el objeto del contrato.

Manifiesta que lo que se pretende es que la empresa contratada pase de la mera atención en la oficina de turismo, a extender esos servicios de información turística trabajando con el sector turístico de la zona y con la Dirección General de Turismo, siempre respetando el objeto del contrato y el nivel de capacitación que se exige en los pliegos. Señala que para esto, además, va a contar con el equipo técnico de la unidad gestora del contrato y de la asistencia técnica contratada para dar apoyo a la gestión de las UGET y de los Planes de Sostenibilidad en Destino de los fondos Next Generation.

Alega que este cambio de enfoque no supone un aumento en las funciones porque el nivel de responsabilidad y de exigencia no varía, ya que no van a tener que asumir responsabilidades que no les corresponden, porque su labor se va a centrar en colaborar y dar soporte al personal técnico funcionario de la Dirección General de Turismo y a la asistencia técnica contratada al efecto.

Señala que esta licitación mejora sustancialmente la anterior, ya que se pasa de un modelo de trabajo anticuado, consistente básicamente en dar información turística, a un modelo donde el personal va a poder interactuar con el sector turístico, va a aportar más valor a su trabajo y a la sociedad navarra, y va a colaborar en pasar de una oficina de turismo cuasi analógica a una oficina de servicios a los turistas digitalizada y en colaboración con la población local y el sector.

Manifiesta que, además, en esta nueva licitación se han incluido mejoras sustanciales que no se contemplaban en la anterior, citándose algunas de ellas.

Concluye que el cálculo del coste del contrato se ajusta al contenido de las prestaciones objeto de licitación y que la Administración ha cumplido con lo exigido en el artículo 67 de la LFCP, por lo que solicita la desestimación de la reclamación.

CUARTO.- Con fecha 24 de noviembre se remitió un requerimiento al órgano de contratación, a fin de que procediera a completar el expediente remitido.

El órgano de contratación aportó el 28 de noviembre diversa documentación, así como un escrito donde señala que *“no consta ningún documento que acredite la existencia del nombramiento, acta o escrito similar donde conste la existencia de representación sindical”*.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la LFCP, a los contratos celebrados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se les

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

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

Como indica la Resolución 134/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“A la vista de lo expuesto puede deducirse que la legitimación de los sindicatos para interponer esta clase de recursos solo podrá admitirse en el caso de que los motivos de impugnación tengan una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores, sin que, en ningún caso, pueda admitirse la misma en el caso de que los motivos del recurso vayan más allá de este ámbito o se refieran a cuestiones de legalidad ordinaria. De este modo, como señala nuestra resolución 1753/2021, cuyas conclusiones debemos hacer nuestras, “los parámetros interpretativos sobre la legitimación de los sindicatos que ha venido utilizando este Tribunal –entre otras, en sus Resoluciones 83/2014, de 5 de febrero; 707/2014, de 23 de septiembre; 881/2014, de 28 de noviembre; 943/2014, de 18 de diciembre; y 86/2015, de 30 de enero– se concretan en el hecho de que la condición de ser un sindicato no otorga, en modo*

alguno, una suerte de acción popular para impugnar cualquier licitación y dentro de cada una, toda actuación distinta de la aprobación de los pliegos. Es exigible, en definitiva, como a cualquier interesado, que se justifique la existencia ad causam del concreto interés que aportaría la estimación del recurso, y que, por la lógica de la naturaleza del sindicato, se debe limitar, en todo caso, a aspectos de protección de derechos colectivos o laborales en sentido estricto.”

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

Pues bien, en este caso, el sindicato reclamante fundamenta su impugnación en que el importe de la licitación no recoge el número de trabajadores que, conforme al anexo IV del pliego, deben ser subrogados, así como en la existencia de un error en el citado listado de subrogación, pues el mismo no indica que una trabajadora que tenía reducción de jornada por guarda legal pasará al 100% de jornada en 2024. Alega, igualmente, que las funciones atribuidas a las personas trabajadoras se incrementan en el presente contrato, sin que ello implique una mayor retribución ni la contratación de más personal. Alegaciones estas concernientes a la información de las condiciones laborales de los trabajadores y a sus funciones que, conforme a lo señalado, tienen una directa relación con los derechos laborales de aquellos que participan en la prestación del servicio, lo que vendría a atribuir a la organización sindical la necesaria legitimación.

Por las razones expuestas, procede admitir la legitimación del sindicato reclamante.

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

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto hay que señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 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 1º 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 apartado 3º del mismo precepto 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 adoptar un acuerdo expreso en relación con la misma.

SEXTO.- Entrando ya al análisis de las cuestiones de fondo se alega como motivos de impugnación frente a los pliegos reguladores del contrato, que el importe de la licitación no recoge el número total de trabajadores que deben ser subrogados y la insuficiente información publicada en el pliego en relación a las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación. Se alega, igualmente, que se han aumentado las funciones del personal, habiéndose incluido trabajos de apoyo a las Unidades de Gestión Turística (UGET), sin que se haya producido un aumento de contratación o remuneración de los trabajadores.

El órgano de contratación, por su parte, solicita la desestimación de la reclamación alegando que el cuadro de personal a subrogar informa del personal incluido, pero no determina el coste del contrato, que viene determinado por las prestaciones establecidas en el pliego. Señala igualmente que no puede tomarse el

pliego anterior como base para calcular el servicio actual porque las condiciones han cambiado al introducirse la labor de soporte a las UGET. Respecto a la información facilitada, alega que la empleada no se acreditó como representante legal de los trabajadores careciendo de representatividad. Finalmente niega que se aumenten las funciones del personal, indicando que se disminuyen horas de atención al público.

Expuestos sucintamente los argumentos de ambas partes, comenzaremos con el análisis del primero de los motivos alegados referido al incorrecto cálculo del importe de la licitación al no contemplarse a todo el personal a subrogar.

Al respecto debemos recordar lo dispuesto en la cláusula 5ª del pliego regulador que en relación con el importe de licitación establece que *“Este importe tiene su base en la dimensión necesaria de la plantilla a partir de las estadísticas de los años 2018-2022, calculada en un mínimo de dos personas durante 12 meses y una persona durante 6 meses”*.

Asimismo, debemos traer a colación lo dicho por este Tribunal, entre otros, en nuestro Acuerdo 37/2021, de 13 de abril, donde señalamos que *“(…) se puede distinguir entre el coste de la mano de obra que resulte de las necesidades del servicio y la obligación de subrogación, de tal forma que esta no puede condicionar aquel. (…)*.

Resulta aclaratoria, la Resolución 357/2020, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que señala lo siguiente:

(…). La circunstancia de tener la obligación de subrogar a un determinado número de trabajadores, derivada del convenio colectivo de aplicación, no significa que ese mismo número deba ser empleado en la ejecución del contrato puesto que son las prestaciones exigidas por el PPT las que van a determinar la mano de obra necesaria y por consiguiente el precio a ofertar. (….) No obstante, la subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el art. 1 .1 del LCSP. El

principio de eficiencia obliga a la mejor consecuencia de los objetivos con el menor coste posible".

En ese sentido, la Resolución 189/2020 de 13 de agosto, recoge el criterio mantenido con carácter general estableciendo que "Como ha mantenido este Tribunal en anteriores ocasiones, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, al fijar el importe de licitación de un contrato, pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera".

Igualmente, la Resolución 104/2018 de 11 de abril, determina que "Cuestión distinta de la subrogación es el cálculo de los trabajadores necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato. Ese cálculo no deriva de la subrogación o no de los trabajadores actuales, sino de los requisitos de la prestación establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Evidentemente, ese cálculo se debe trasladar a la oferta económica correspondiente".

El Órgano de contratación, en su informe, argumenta que para las horas exigidas en el Pliego no son necesarios todos los trabajadores que deben subrogarse por lo que la oferta no tiene que recoger la totalidad de los costes laborales reflejados en el Pliego.

En un sentido análogo, en el Acuerdo 113/2021, de 23 de noviembre, señalamos que "El punto de partida de la resolución de la cuestión planteada no es otro que la discrecionalidad que asiste al órgano de contratación en lo que a la determinación de las horas necesarias para la prestación del servicio a contratar se refiere. Discrecionalidad que debe ser respetada siempre que no se conculquen los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación; sin que

las alegaciones realizadas por la reclamante cuestionen siquiera la observancia de tales postulados.

Partiendo de tal premisa, resulta obligado recordar que el número de horas de prestación del servicio no tiene por qué corresponderse necesariamente con las resultantes del listado de subrogación del personal pues, como indicamos en nuestro Acuerdo 5/2021, de 15 de enero, en un supuesto en que la suma de las horas de los trabajadores respecto de los que existía obligación de subrogar era inferior a la suma de las horas anuales del contrato, el cálculo de las personas trabajadoras para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación del personal actual sino de los requisitos establecidos en este sentido en el pliego.

Conclusión que se desprende, igualmente, de la Resolución 722/2019, de 27 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando expone que “Al respecto, como ha señalado este Tribunal en otras ocasiones, el órgano de contratación habrá de velar porque no se incumplan las condiciones laborales que los trabajadores tienen reconocidas en la normativa sectorial aplicable, si bien ello no puede traducirse en una vinculación a las concretas condiciones laborales pactadas en contrato con los trabajadores. La reciente Resolución de este Tribunal 156/2019, de 22 de febrero de 2019, ha señalado lo siguiente respecto a la vinculación del contratista con las condiciones laborales fijadas por el adjudicatario anterior: “es doctrina de este Tribunal que la entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que licite, y en concreto que no está obligada a mantener el mismo personal. Por otro lado, en caso de que un contrato prevea menos personal que el anterior y el convenio aplicable prevea la subrogación, la consecuencia no ha de ser necesariamente el despido de los trabajadores, pues el adjudicatario que se subroga en sus contratos puede asignarles otras funciones; despedirlos es una decisión de dicho adjudicatario. Y en caso de que lo haga, este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna”.

Admitir la postura del reclamante determinaría que las condiciones de los concretos contratos laborales que vinculan al contratista con los trabajadores que acometen las tareas objeto de la prestación que se licita vincularían a la entidad contratante al configurar o definir la prestación objeto del contrato, existiendo por el contrario en esta materia una amplia discrecionalidad reconocida en favor del órgano de contratación, toda vez que a éste corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato.”

Expuesta esta doctrina no podemos más que desestimar la pretensión de la reclamante, que olvida que debe primar el interés público que el órgano de contratación quiere satisfacer con la contratación del servicio, para lo cual tiene reconocido un amplio margen de discrecionalidad, el cual no se identifica necesariamente con el del personal a subrogar.

Se advierte además que la reclamante ni siquiera llega a cuestionar el cálculo realizado por el órgano de contratación para fijar el importe de la licitación, fundamentando su pretensión únicamente con la identificación de las horas que resultan del personal objeto de subrogación, alegando que es inferior, cuestión que como hemos puesto de manifiesto no resulta contraria a derecho.

A mayor abundamiento, como se indica en la Resolución 52/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, *“La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”*, de donde resulta que el cálculo del personal necesario para llevar a cabo el objeto del contrato se encuentra dentro de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación al tratarse de un criterio técnico.

Al respecto se constata por este Tribunal que el órgano de contratación, en el informe de necesidad del contrato contenido en el expediente, además de la información

que se incluye en el pliego, incorpora una tabla con el cálculo del importe de licitación en función de los costes salariales, de Seguridad Social, gastos de desplazamiento, gastos generales y beneficio industrial, por lo que el importe de licitación se encuentra justificado debidamente cumpliendo con lo dispuesto en los artículos 67 y 226 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

SÉPTIMO.- Otro de los motivos de impugnación alegados es el referido a la insuficiente información publicada en el pliego en relación con las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación, en concreto como hemos detallado en los Antecedentes de Hecho, que la tabla de subrogación no incluye el aumento de jornada que va a experimentar una trabajadora en 2024, que pasará de la reducción de jornada actual al 100% de la jornada, a pesar de que fue comunicado por la representación legal de los trabajadores.

Dichos argumentos son rebatidos por el órgano de contratación quien alega que dicha información fue facilitada por una empleada pero que no fue tomada en cuenta al no acreditarse como representante legal de los trabajadores y carecer por tanto de representatividad.

Pues bien, en relación con la información que se ha de facilitar en el pliego regulador sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 67 de la LFCP que, en lo que ahora interesa, determina que *“1. Las condiciones de subrogación serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación. Si no existiese convenio sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato.*

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

representación sindical sobre las condiciones de aplicación, el pliego deberá incluir estas.

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

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

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

La Administración verificará la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato y comunicará al nuevo

empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista. (...)”

De igual modo interesa recordar lo expuesto por este Tribunal en el Acuerdo 5/2021, de 15 de enero, donde señalamos que *“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.)”*

Acuerdo que concluye señalando que la omisión de dicha información – también, añadimos, su aportación errónea– constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente, de los principios de transparencia e igualdad de trato, y, por ello, un vicio de nulidad de pleno derecho, al resultar tal información esencial en orden a la formulación de las ofertas.

Al respecto debemos recordar la obligación que se impone a la Administración de verificar la información suministrada sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. En este sentido, tal y como pusimos de manifiesto en nuestro Acuerdo 25/2021, de 15 de marzo: *“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.*

Partiendo de esta nueva perspectiva corresponde a la Administración verificar dicha información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, información que incluye en todo caso 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.(...).

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.”

Una vez expuesta la normativa reguladora y la doctrina existente debemos examinar, por lo tanto, si concurre la infracción alegada respecto al listado del personal a subrogar incorporado como Anexo IV al pliego regulador.

Alega el órgano de contratación que la información indicada por la reclamante fue enviada por una empleada de la oficina de turismo, no por la empresa contratista, por lo que no se consideró válida al no haberse acreditado dicha empleada como representante legal de los trabajadores o de la empresa. Por su parte, consta en el expediente que dicho correo electrónico fue enviado efectivamente desde la dirección de correo electrónico de la propia oficina de turismo de Olite donde consta la identificación de su nombre, el cual coincide con el de una persona que figura en la tabla de subrogación de trabajadores como técnico responsable de la oficina. Además, se constata que en dicha tabla figura que su jornada es del 80% por guarda legal, si bien, lo que indica en el correo electrónico enviado al órgano de contratación es que su situación pasará a jornada completa en 2024.

De igual modo, resulta indiscutido por las partes que el órgano de contratación, a pesar de disponer de dicha información, decidió no tenerla en cuenta, por considerar que la persona remitente carecía de “representatividad”, sin que conste trámite alguno por su parte para contrastar su veracidad con la empresa adjudicataria prestadora del servicio, razones por las que a la vista de la doctrina anteriormente expuesta debemos estimar este motivo de impugnación al considerar que con dicha actuación el órgano de contratación vulneró la obligación de verificación impuesta por el artículo 67.2 de la LFCP, que como indicamos en los acuerdos reproducidos, resulta preceptiva al ser la jornada de trabajo uno de los elementos que debe constar en la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores que se adjunta al pliego, por ser dicha información necesaria para calcular el coste de subrogación. Sin que resulte relevante, a estos efectos, el hecho de que la información complementaria fuera remitida posteriormente y al margen de la empresa contratista, puesto que se remitió dos meses antes de publicar el anuncio de licitación por lo que el órgano de contratación tuvo tiempo para verificar su contenido y en su caso incorporarlo al anexo del pliego.

Tampoco puede admitirse como justificación de la actuación de la Administración el argumento esgrimido de ausencia de representatividad de la persona que puso de manifiesto el error de la información aportada por la empresa, puesto que a pesar de no constar como representante legal de los trabajadores, resulta acreditado que

se trata de una de las trabajadoras objeto de subrogación siendo ella la que comunica la existencia de dicho error en la información referida a su jornada laboral resultando por tanto oportuno proceder a su verificación por parte del órgano de contratación, sin que resulte justificado que se obvie tal circunstancia, dando por satisfecho el trámite legal con el simple traslado de la información suministrada por la empresa prestataria, olvidando, como venimos reiterando, 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 recaer sobre el contratista, siendo por tanto de especial importancia la veracidad de los listados del personal a subrogar.

Por lo que constatada la ausencia de verificación por parte de la Administración entre la información contenida en el pliego facilitada por la empresa contratista y la comunicación de un error en la jornada de trabajo de una trabajadora, resulta procedente estimar esta pretensión para proceder a su comprobación, al tratarse de información referida en el Anexo IV del pliego y afectar a uno de los elementos definidores de las condiciones de los contratos de los trabajadores que la ley foral exige incluir.

En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser estimado, anulándose el Anexo IV del pliego regulador relativo al personal a subrogar al que, a estos efectos, remite la cláusula 26.B del pliego regulador de la contratación, por infracción de lo dispuesto en el artículo 67.2 LFCP, al vulnerarse la obligación de verificar la información referida a las condiciones de los contratos de los trabajadores; lo que determina la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

OCTAVO. - Se alega como último motivo de impugnación la atribución en el pliego de nuevas funciones al personal, no previstas en pliegos anteriores, y sin acudir a una mayor contratación o remuneración.

Respecto a las funciones del personal, debe acudirse de nuevo a la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación para configurar el objeto del contrato, y en consecuencia las funciones del personal adscrito al mismo. Como señala la anteriormente citada Resolución 52/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, “*En esta línea,*

hemos puesto de relieve, en la Resolución n° 652/2014, que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, y a la que corresponde apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él”.

Frente a lo esgrimido por la reclamante, el órgano de contratación manifiesta que no se trata de un aumento de funciones sino una reconfiguración de estas, eliminando horas de atención al público que disminuyen e incluyendo en su lugar tareas de soporte técnico a las UGET.

Pues bien, para la verificación de esta argumentación procede comprobar lo dispuesto en los precitados pliegos. Así consta en el pliego de la licitación anterior, respecto a las horas, lo siguiente: *“El contrato incluye además de las 2.146 horas de atención, 60 horas de trabajo complementario a realizar fuera de la oficina (convocatorias a reuniones, acciones formativas, apoyo a la UGET, detección de oferta turística no reglada u otras solicitadas o autorizadas por la unidad gestora) y un tanto de kilometraje derivado por estas horas.”*. Por su parte el pliego ahora cuestionado indica que *“El contrato incluye 2.159 horas de trabajo divididas en 1.703 horas de atención presencial a las personas turistas en la oficina y 456 horas de trabajo en la colaboración de la gestión, desarrollo y dinamización de la UGET de Zona Media, (soporte técnico de la UGET). Las condiciones horarias y de calendario vendrá regulada por el Pliego de Prescripciones Técnicas”*, resultando acreditado que efectivamente las 456 horas anuales de trabajo se quitan de las funciones de atención al público para destinarlas a colaboración con las UGET. Facultad que entendemos justificada dentro de la discrecionalidad que asiste al órgano de contratación para configurar el servicio, siendo el que mejor conoce las necesidades a satisfacer con dicha contratación. A mayor abundamiento, en las alegaciones presentadas por el órgano de

contratación, se amplía esta justificación al indicar que con este cambio pretende pasarse de *“un modelo de trabajo, anticuado, consistente básicamente en dar información turística, a un modelo donde el personal va a poder interactuar con el sector turístico, va a aportar más valor a su trabajo y a la sociedad navarra y va a colaborar en pasar de una oficina de turismo cuasi analógica a una oficina de servicios a los turistas digitalizada y en colaboración con la población local y el sector”*. Razones todas ellas por las que no se advierte infracción en la determinación de las funciones del personal previstas en las cláusulas 2.5 y 4.3 del pliego de prescripciones técnicas del contrato.

Tampoco procede estimar el requerimiento referido a mayores retribuciones del personal ante nuevas funcionalidades por las razones que pasamos a señalar. Conviene recordar en este sentido que el pliego regulador establece lo siguiente: *“(…) Los costes salariales se han calculado a partir del convenio colectivo de referencia “Sector Oficinas y Despachos de Navarra” estimándose que las y los trabajadores se encuadran en el grupo profesional IV. En este coste está incluida la compensación monetaria por domingos y festivos que el personal deberá recibir según el citado convenio. A este cálculo se le añaden las labores de colaboración con la UGET de Zona Media, (soporte técnico de la UGET).*

El contrato incluye 2.159 horas de trabajo divididas en 1.703 horas de atención presencial a las personas turistas en la oficina y 456 horas de trabajo en la colaboración de la gestión, desarrollo y dinamización de la UGET de Zona Media, (soporte técnico de la UGET). Las condiciones horarias y de calendario vendrá regulada por el Pliego de Prescripciones Técnicas.”

Frente a lo recogido en el pliego, solo consta la alegación de la reclamante referida a las nuevas funciones de apoyo a las UGET, pero no refiere norma vulnerada o fundamento legal que justifique un aumento de las retribuciones del personal por dichas funciones, teniendo en cuenta además que, como hemos advertido, el aumento de horas dedicadas a colaboración con las UGET se restan de las anteriormente dedicadas a la atención al público.

Sobre esta cuestión, conviene señalar que compete a este Tribunal pronunciarse sobre los aspectos contenidos en el pliego verificando el cumplimiento de lo previsto en el artículo 67 de la LFCP y que en el aspecto concreto de las retribuciones establece que “*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*”. Cuestiones todas ellas incluidas en el pliego analizado, así se indica tanto el convenio colectivo de aplicación como el grupo profesional en que se encuadrarían los trabajadores y el salario bruto anual, por lo que cualquier otra demanda relativa a incrementos retributivos, que insistimos se limita a requerir sin justificación alguna, resulta ser una cuestión ajena a la contratación administrativa y, por ende, a la competencia de este Tribunal, correspondiendo en su caso a los órganos de la Jurisdicción Social la resolución de la controversia.

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, frente al pliego regulador del “*Contrato de gestión de la Oficina de Turismo del Gobierno de Navarra en Olite en el 2024*”, licitado por el Departamento de Industria y de Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra, anulando, por los motivos razonados en la parte expositiva del presente Acuerdo, el Anexo IV del pliego regulador correspondiente a la información para subrogación de las y los trabajadores, con imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento.

2º. Notificar este Acuerdo a doña M. G. C., en calidad de representante de Comisiones Obreras de Navarra, al Departamento de Industria y de Transición Ecológica y Digital Empresarial del Gobierno de Navarra (hoy Departamento de Cultura, Deporte y Turismo) 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, 14 de diciembre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.