

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. - 39/2021

RESOLUCIÓN Nº.- 39/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 22 de octubre de 2021.

Visto el recurso especial en materia de contratación, interpuesto en nombre y representación de la mercantil COBRA SERVICIOS AUXILIARES S.A., contra la adjudicación del contrato de "SERVICIO DE LECTURA DE CONTADORES E INSPECCIÓN DE SUMINISTROS", Expediente. 028/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de junio de 2021 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los Anuncios de licitación y Pliegos del Contrato de "SERVICIO DE LECTURA DE CONTADORES E INSPECCIÓN DE SUMINISTROS", Expediente. 028/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, por un valor estimado de 2.882.976,62 € y previéndose dos Lotes. Consta el envío al DOUE el día 4 de dicho mes.

SEGUNDO.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas, y tras la tramitación de la licitación, el 28 de julio se publica en la Plataforma de Contratación la "Clasificación de ofertas y propuesta de adjudicación", en el siguiente sentido:

CLASIFICACIÓN DE OFERTAS (ambos lotes)							
	LICITADOR	Baja	Importe (sin IVA)	Importe (con IVA)	Valoración Económica (sobre 85)	Valoración Cualitativa (sobre 15)	TOTAL (sobre 100)
1	COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A.	30,22	914.363,28 €	1.106.379,57 €	85,00	12,00	97,00
2	INCATEMA, S.L.	27,31	952.619,36 €	1.152.669,43 €	81,59	10,80	92,39
3	UTE MEDICIÓN AVANZADA DE CONTADORES, S.A. – AGUAS DE VALENCIA, S.A.	18,83	1.063.664,40 €	1.287.033,92 €	73,07	15,00	88,07
4	ULLASTRES EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS, S.A.	14,55	1.119.804,88 €	1.354.963,90 €	69,41	0,90	70,31

Observaciones: Los precios unitarios ofertados por cada licitador constan en el informe de valoración adjunto.

PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN:	
ÓRGANO DE CONTRATACIÓN:	
<input type="checkbox"/> Director/a	<input type="checkbox"/> Consejero Delegado
<input checked="" type="checkbox"/> Comisión Ejecutiva	
Adjudicatario propuesto: LOTE 1: COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A. LOTE 2: INCATEMA, S.L.	LOTE 1. Importe (sin IVA): 493.819,96 € LOTE 1. Importe (con IVA): 597.522,15 € LOTE 2. Importe (sin IVA): 438.198,64 € LOTE 2. Importe (con IVA): 530.220,35 €
Observaciones: Apartado 9.1 del Anexo 1 del PCAP: El lote 1 se adjudicará al licitador que obtenga la mayor puntuación tras la aplicación de los criterios de adjudicación y fase de acreditación, y el lote 2, a la segunda oferta mejor clasificada. Los importes de adjudicación de cada lote resultan de aplicar los precios unitarios ofertados por cada adjudicatario al número de unidades estimadas en el presupuesto de licitación contenido en el Anexo III del PPTP (apartado 22 del Anexo 1 del PCAP). Pendiente de acreditar requisitos previos de representación, capacidad y/o solvencia, y depósito de fianza, del apartado 26 del Anexo 1 del PCAP.	

Efectuados los requerimientos de documentación previa a la adjudicación y cumplimentados éstos, se aprueba la adjudicación el 9 de septiembre de 2021. Con fecha 10 de septiembre, se notifica y publica en la Plataforma de contratación, la adjudicación del contrato.

TERCERO.- Con fecha 1 de octubre de 2021, se recibe en este Tribunal, correo remitido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en el que se informa que ha tenido entrada en el Registro de ese Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación dirigido al TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, en relación al contrato denominado "Contratación del servicio de lectura de contadores e inspección de suministros" (Expdte.028/21), y que dado que el Ayuntamiento de Sevilla ha creado un órgano propio para la resolución del recurso especial, se adelanta por correo electrónico copia del citado escrito con sus anexos, cuyo original será remitido a la mayor brevedad posible, a través de registro.

CUARTO.- Recibido el recurso, por parte de este Tribunal, se traslada el mismo a la unidad tramitadora del expediente, solicitando la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada

unidad, tiene entrada en este Tribunal el 6 de octubre, oponiéndose a las alegaciones de la reclamante y manifestando el traslado de la reclamación a los interesados, a efectos de alegaciones.

QUINTO.- El 8 de septiembre se recibe en el Tribunal el escrito de alegaciones presentadas por la mercantil INCATEMA.

SEXTO.- Habida cuenta de las alusiones a las consultas efectuadas y, dado que este Tribunal no puede acceder a las consultas formuladas en relación a la licitación, ni a las respuestas dadas a éstas por EMASESA, no constando éstas en el Expediente remitido, se solicita a EMASESA nos hagan llegar las mismas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto, sin que el error en la denominación sea obstáculo para su tramitación.

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3), determinándose en el Anexo I que la legislación aplicable es el Real Decreto-ley 3/2020, así como la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación del art. 119 RDL 3/2020.

SEGUNDO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo, teniendo en cuenta que, aun no habiéndose presentado ni en el Registro del Tribunal, ni en el del Órgano de Contratación, este Tribunal ha tenido conocimiento del mismo dentro de plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de

contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir, habiéndose planteado el recurso por persona legitimada al efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta en el incumplimiento por EMASESA de la obligación impuesta en el art. 130 de la LCSP, de modo que "Al no haber cumplido EMASESA con la obligación impuesta por el Artículo 130.1 de la LCSP, COBRA SERVICIOS AUXILIARES no tuvo información de que operaba la subrogación en el Expediente de referencia hasta que para sorpresa de COBRA SERVICIOS AUXILIARES recibe burofax de MACSA el 7 de septiembre, fechado el 31 de agosto de 2021, curiosamente, una vez ya había presentado su oferta y tres días antes del Anuncio (publico) de Adjudicación, viéndose esta mercantil impedida de poder llevar a cabo, al presentar su oferta, de una evaluación exacta de los costes laborales que implicarían tal subrogación, no habiendo podido conocer, por tanto, el alcance real de la citada obligación de subrogación y sus consecuencias sobre los costes laborales que habrían de asumir en esta Licitación, en el caso de resultar adjudicataria."

Expone la recurrente que "Aunque los Pliegos Administrativos de la licitación, en su apartado 20.2, hacen una referencia genérica a la subrogación, sin embargo solo hacen referencia sucinta a las obligaciones entre EMASESA y el anterior contratista sin que en los citados pliegos constara la existencia de dicha subrogación, ni el propio pliego facilitase a los licitadores 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 artículo 130 de la LCS.

Durante el periodo de consultas, uno de los licitadores del presente Expediente formula a EMASESA consulta nº 3 respecto a la subrogación de los trabajadores del contratista y esta fue respondida por EMASESA el día 28 de junio de 2.021 indicando que *No se define obligación legal ni convencional de subrogación en este contrato.*

A mayor abundamiento, el 29 de septiembre de 2021, a las 9.24 horas, COBRA SERVICIOS AUXILIARES realiza la consulta nº 4, relativa a que precisamente el VI Convenio Estatal del Ciclo Integral del Agua establece en los artículo 57 y 58 la subrogación y solicita a EMASESA la entrega de los datos de personal, conforme a lo estipulado en el Artículo 130 de la LCSP.

En respuesta la citada consulta, EMASESA indica que *La previsión del Art. 57 del mencionado convenio no resulta de aplicación al presente contrato, puesto que no existe cese de actividad por parte de EMASESA.*

No obstante lo anterior, hay que mencionar que el VI Convenio Estatal del Ciclo Integral del Agua regula la obligación de subrogación en los siguientes artículos:

“Artículo 57. Cláusula de subrogación convencional.

Cuando la actividad de una empresa o entidad pública afectada por este convenio cese en un centro de trabajo, por finalización o modificación total o parcial de contrato de explotación, arrendamiento, gestión, etc., y sea adjudicataria o nueva prestataria de dicha explotación o servicio otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a las personas trabajadoras adscritas al servicio de las instalaciones que se explotan

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado anterior, y finalizado el periodo de consultas el 2 de julio de 2021, con fecha 5 de julio de 2.021 COBRA SERVICIOS AUXILIARES presenta su oferta.

El 7 de septiembre de 2021 y antes del Anuncio de adjudicación, COBRA SERVICIOS AUXILIARES recibe burofax, fechado el 31 de agosto de 2021, de la empresa MEDICIÓN AVANZADA DE CONTADORES S.A. (MACSA), en el que informa a COBRA SERVICIOS AUXILIARES que en el Expediente 028/21 , Lote 1 aplica la subrogación de los trabajadores, porque así lo establece el VI Convenio Estatal del Ciclo Integral del Agua, adjuntando la documentación laboral indicada en dicho Convenio.”

Defiende, asimismo que “son causas de nulidad de pleno de derecho de los actos administrativos, conforme a lo previsto en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), al que se remite el art. 39.1 del LCSP, *“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*. En este caso, entendemos que el Anuncio de Adjudicación y la adjudicación del Expediente 028/21 Lote 1 “Contratación del servicio de lectura de contadores e inspección de suministros” a COBRA SERVICIOS AUXILIARES es nulo de pleno derecho, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” y que el asunto que nos ocupa tiene sustento en la normativa española que regula el sector público (principalmente LCSP, en particular en el artículo 130; LPAC; o Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); y en el VI Convenio Estatal del Ciclo Integral del Agua, apoyando su defensa y citando al efecto varias Sentencias y Resoluciones de órganos análogos a este Tribunal , no todas las cuales serían de aplicación al caso.

Considera, así que “Que al no comunicarse por parte de EMASESA que en el Expediente 028/1 Lote 1 aplicaba la subrogación de los trabajadores del contratista anterior, ni preverse en el Pliego, COBRA SERVICIOS AUXILIARES ve vulnerado sus derechos e intereses legítimos, al verse impedida de poder hacer, antes de presentar la oferta, la valoración de costes que esta circunstancia conlleva, por lo que procede la nulidad de pleno derecho del anuncio de adjudicación y la adjudicación, del Expediente 028/1 “Contratación del servicio de lectura de contadores e inspección de suministros”, Lote 1 y, en consecuencia, de todas las actuaciones que han tenido lugar en este proceso de licitación desde el inicio del mismo”, por lo que suplica al Tribunal que “teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, se tenga por interpuesto en tiempo y forma RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra Resolución de fecha 10 de septiembre de 2021, notificada en la misma fecha, de Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla S.A. (EMASESA) Expediente 028/21 Lote 1 “ Contratación del servicio de lectura de contadores e inspección de suministros” y previo los trámites oportunos, dicte una resolución por la que, con estimación del presente Recurso, se proceda a dejar sin efecto la Resolución de fecha 10 de Septiembre de 2021, se declare la nulidad del citado Expediente, se retrotraigan las actuaciones al momento inicial, iniciando de nuevo, en

su caso, el proceso de licitación y se devuelva a COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A. la garantía prestada por importe de VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN EUROS (24.691 €)”

El órgano de Contratación, por su parte, defiende su actuación y manifiesta que “Atendiendo a lo establecido en los preceptos referidos (Art. 43.4 RDL 3/2020 y 130 LCSP) y en cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre el órgano de contratación, ante la preparación de los pliegos que regirían la nueva licitación del servicio de lectura de contadores e inspección de suministros, los servicios técnicos de EMASESA responsables y peticionarios del servicio -concretamente la Jefa del Departamento de Lecturas y Facturación, D^a T. V. R.-, mantuvieron en fecha 6 de abril de 2021 con la entidad saliente MEDICIÓN AVANZADA DE CONTADORES, S.A. (MACSA) -contratista de varios de los lotes del contrato actual con número de expediente 026/18 “*Servicio de lectura de contadores e inspección de suministros*”- una reunión con D. D. M. P., representante de dicha entidad.

La finalidad de dicha reunión, se configuraba en torno a las obligaciones de subrogación que, en su caso, aplicasen al servicio en cuestión, a los efectos de recopilar la información correspondiente en los pliegos del nuevo expediente 028/21 ahora recurrido. Así, el citado representante declaró expresamente que el convenio de aplicación al servicio contratado, en el caso de su empresa, era el VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022) -convenio de eficacia general-, y que, en relación a la nueva licitación del servicio, el citado convenio no establecía la obligación de subrogación del personal de MACSA adscrito al servicio.

Se adjunta como **documento núm. 1** declaración responsable de la Jefa del Departamento de Lecturas y Facturación en tal sentido, a los efectos de que sea considerada como veraz; declaración que se mantendrá en cuantas instancias sean oportunas para defender el procedimiento seguido.

A la vista de ello, y a fin de asegurar que se adoptaban las precauciones que, en buena diligencia, debían contemplarse a los efectos del cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el citado artículo 130 LCSP, los servicios de contratación de EMASESA:

1) Asumieron como cierta la información proporcionada por la Jefa del Departamento de Lecturas y Facturación, obtenida de MACSA, en relación con la no obligación de subrogación del personal.

Ha de tenerse en consideración que, con carácter adicional a la interpretación de MACSA en cuanto a la obligación o no de subrogación del personal, se consultó igualmente a la entidad contratista del resto de lotes del contrato anterior 026/18, INCATEMA, la cual, en el mismo sentido, indicó que el convenio colectivo de aplicación no establecía obligación de subrogación del personal al contratista entrante.

2) Asimismo, comprobaron que en el marco del expediente anterior del servicio (026/18 no se produjo subrogación alguna en relación con la entidad saliente del inmediatamente anterior (183/13) ni se publicó en los pliegos información alguna en lo que respecta a las plantillas adscritas al servicio (se adjuntan éstos como **documento 2**).

3) En coordinación con los servicios de asesoría jurídica de EMASESA, examinaron el contenido del artículo 57 del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), concluyendo que la subrogación no aplicaba en el servicio que aquí nos ocupa.

4) Por lo expuesto, secundó la propuesta de los servicios técnicos peticionarios del servicio (así como la interpretación y criterio de la entidad saliente) de establecer el presupuesto de licitación, a fin de ajustarse a los costes reales del servicio sin aplicar la subrogación del personal, sino en base a los salarios correspondientes a las categorías fijadas en el citado convenio. Concretamente se indicó en el apartado 12 del Anexo 1 del PCAP (**folio 81 del expediente**): “*Para la determinación del presupuesto de licitación y valor estimado del contrato se ha tenido en cuenta la estimación de los medios humanos necesarios para la ejecución de las actividades a realizar.*

En relación a los costes salariales de los trabajadores, coste principal de esta actividad, se ha tenido en cuenta los estipulados en el VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), también se han considerado las cotizaciones sociales imputables a la empresa.

Igualmente, se ha considerado un coste estimado de los medios materiales, la repercusión de los gastos generales (13%) y el posible beneficio industrial (6%).

5) Así, elevaron al órgano de contratación la aprobación de los pliegos y del expediente manteniendo el criterio de no aplicación de la obligación de subrogación del personal (y en consecuencia no incluyendo información alguna sobre los trabajadores de MACSA adscritos al servicio), concluyendo que el citado artículo no establecía de manera evidente obligación alguna de subrogación de los trabajadores de la entonces contratista. Ello debido a que, en síntesis, la subrogación del personal descrito en el citado artículo del convenio colectivo aplicable, se refería al caso en el que EMASESA (“empresa o entidad pública”) cesara en la prestación del servicio, de su objeto social -explotación y gestión del ciclo integral del agua-, dentro del cual se desarrollan servicios conexos como el de lectura de contadores, y no en ningún caso, por cambio del contratista aparejado a ese servicio concreto.”

En este contexto, el Órgano de Contratación defiende el carácter meramente formal de la obligación impuesta al órgano de contratación en el artículo 130 de la LCSP, trayendo a colación el Informe 061/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y el Informe de la Abogacía del Estado 8/19 al que la citada junta Consultiva se refiere, concluyendo que “Atendiendo al criterio mantenido por la doctrina, así como a lo dispuesto específicamente por la normativa aplicable, EMASESA ha seguido todos esos pasos, no habiendo publicado información alguna sobre los trabajadores adscritos al servicio debido a que **ninguna de las dos empresas contratistas se pronunció en relación a la obligación de subrogación, de forma que no proporcionaron la información**; a lo que ha de sumarse que, en el ejercicio interno de valoración de los convenios a los que se sometían las citadas empresas contratistas, no se entendiera aplicable supuesto alguno, ni legal ni convencional, de subrogación.

De lo anterior resultan dos claras responsabilidades, que a continuación se exponen:

- La primera atañe a los licitadores interesados en presentar ofertas, quienes, si consideran que existe obligación de subrogación, o incluso si estiman que los datos publicados no permiten conocer los costes reales del servicio, **son responsables de solicitar al órgano de contratación o al contratista saliente los datos de los trabajadores afectos al servicio**, o, por supuesto y como se desarrollará en la siguiente alegación, **de presentar recurso frente a los pliegos, so pena de sujetarse a su contenido en caso de presentar oferta.**
- La segunda se refiere a la responsabilidad del contratista saliente, pues como indica la Junta Consultiva en su anterior informe.

(...)

Por tanto, las eventuales consecuencias de la falta de comunicación del contratista saliente, en relación con una subrogación de trabajadores hacia la empresa que obtiene el nuevo contrato, no pueden imputarse nunca al órgano de contratación, sino a quien faltó a su obligación.

(...)

En definitiva, la actuación de EMASESA durante la preparación de los pliegos y de la documentación previa al contrato ha cumplido coherente y escrupulosamente los requisitos legales, doctrinales y jurisprudenciales definidos en relación con las obligaciones indicadas en el artículo 130 de la LCSP, no pudiendo por tanto admitirse que dichos actos estén viciados de nulidad, de modo que determinen la obligación de anular la licitación al completo y deber iniciar nuevo expediente. A esta certeza de actuación adecuada a derecho contribuyen dos elementos de prueba:

1) Ni la entidad reclamante, ni la contratista saliente que ahora pretende imponer la subrogación, **HAN APORTADO UNA SENTENCIA JUDICIAL DEL ORDEN SOCIAL DONDE SE ESTABLEZCA LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN PARA EL SERVICIO OBJETO DE LA LICITACIÓN**, ni siquiera para el convenio colectivo bajo el que se regiría.

2) Ni la entidad reclamante, ni la contratista saliente, **HAN RECURRIDO LOS PLIEGOS, FACILITADO O SOLICITADO LA INFORMACIÓN DEL COSTE DE LOS TRABAJADORES**

a los efectos de una posible subrogación; resultando con ello que la pretensión de MACSA de transferir dichos trabajadores a COBRA SERVICIOS AUXILIARES, y la reclamación de esta última, tienen como único objetivo trasladar a EMASESA las consecuencias de su falta de diligencia y de obligaciones legales, por lo que el recurso no puede ni debe prosperar, procediendo la desestimación de las pretensiones solicitadas.”

El órgano de Contratación defiende, asimismo la inadmisibilidad de la reclamación por extemporánea, habida cuenta que lo que se pretende es una impugnación indirecta del pliego, que no puede hacerse con ocasión de la adjudicación en el presente caso, al no acreditar la producción del supuesto de nulidad de pleno derecho, destacando que la reclamante tuvo la ocasión de recurrir los pliegos, o de solicitar la información relativa a los trabajadores adscritos al servicio, tanto al órgano de contratación como al contratista saliente, y no lo hizo, “Así, la reclamante, asumió los costes presupuestados y ofertó sobre los mismos, admitiendo con ello el contenido de los pliegos, incluyendo la eventual obligación de subrogación que, como se ha fundamentado en el expositivo anterior, corresponde estimar a los licitadores.

Resulta absolutamente incompatible la postura mostrada por COBRA SERVICIOS AUXILIARES en su reclamación, pues por un lado ha desdeñado cualquier interpretación del convenio mencionado favorable a la subrogación mientras ha examinado los pliegos, habiendo incluso concurrido a la licitación; y, por contra, una vez que fue designada como adjudicataria, ha dado credibilidad a la existencia de una obligación de subrogación que le ha planteado un tercero interesado en que desista de su derecho. En este contexto, lo relevante es que, a pesar de las pretensiones que ejerce la reclamante, esta **NO APORTA PRUEBA ALGUNA** de dicha obligación de subrogación, por lo que, no existiendo **prueba/fundamento/interpretación alguna de la obligación de subrogación no hay vulneración del artículo 130 LCSP ni, por supuesto, tampoco nulidad de la adjudicación ni de los actos preparatorios del contrato.**”

Sobre estas bases y con apoyo en el consagrado principio de que los Pliegos constituyen la “*lex contractus*”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones, que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho, trayendo a colación la reiterada doctrina al respecto tanto del Tribunal Supremo y órganos consultivos, como de órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, recogida expresamente en la LCSP, (último párrafo de su artículo 50.1.b) se indica: “*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.*”), concluye la inadmisibilidad del recurso, trayendo a colación la “Resolución del TACRC 255/2019, de 15 de marzo, examina un supuesto similar a este, inadmitiendo la impugnación indirecta de pliegos por falta de publicación de la información relativa a subrogación, máxime cuando el recurrente ha dejado pasar el plazo de impugnación de pliegos y, solo al verse en situación de perder el contrato, los ha recurrido”, destacando que, como la citada Resolución afirma, “*el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo ,especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía.*».

La posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como es el acto de adjudicación) atiende ante todo a circunstancias objetivas, como son las vinculadas al examen de la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho. Ello no obstante, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a los propios actos (venire contra factum proprium non valet) y, en última instancia, en la buena fe.

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

Con base en lo expuesto, el Órgano de Contratación, considerando que “la reclamante no demuestra ni la existencia de la obligación de subrogación, ni la pretendida nulidad de pleno derecho” se propone al Tribunal la desestimación de la reclamación interpuesta.

CUARTO.- Expuestas las alegaciones de las partes, ha de partir nuestro análisis de lo establecido por el art 130 de la LCSP, conforme al cual:

Artículo 130. *Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.*

1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, 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. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse

como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”

Han sido varias y diversas las ocasiones en las que este Tribunal se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a la subrogación, así, por citar las más recientes, las Resoluciones 36/2021, 23/2021, 1/2021 o 26/2020 pudiendo resumirse nuestra doctrina en tres puntos fundamentales:

1.- La obligación de subrogación no deriva de los Pliegos, sino que procederá cuando así venga impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. El suministro o inclusión en los Pliegos de información al respecto de los costes y condiciones de los contratos y personal que viene efectuando la prestación del objeto del contrato, no prejuzga la existencia y alcance de la obligación de subrogación.

Como señalábamos en la Resolución 1/2021, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130, la obligación de la Administración se circunscribe a informar de los costes, con un objetivo fundamental, cual es garantizar que todos los licitadores puedan elaborar sus ofertas con conocimiento real de los costes que se deriven del servicio licitado y concurren a la adjudicación del mismo en igualdad de condiciones. La obligación de subrogar a los trabajadores que vengán prestando el servicio licitado no se deriva de que la información relativa a la misma figure en los pliegos o en el anuncio de licitación, sino que vendrá impuesta por la legislación laboral vigente, bien porque así

se estipule en el convenio colectivo que sea de aplicación, bien porque se trate de uno de los supuestos de sucesión empresarial contemplado por el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, será la normativa convencional o legal que regule las concretas relaciones laborales la que determine si existe o no obligación de subrogar a los trabajadores que se encuentren adscritos a la prestación de un determinado servicio, de manera que ni los pliegos, ni el anuncio pueden imponer "ex novo" la referida obligación, ni el hecho de que no la contemplasen daría lugar a que la misma no deba ser cumplida por el empresario contratista. En el antedicho sentido, se ha pronunciado de forma tajante nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Roj: STS 1988/2019), destacando que la obligación de subrogar no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato, señalando el Alto Tribunal que solo cuando la subrogación venga impuesta por ley por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia y concluyendo claramente que, no les corresponde conocer sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa laboral, ni a la Administración contratante, ni a la jurisdicción contenciosa, materia que sólo es competencia de los órganos de la jurisdicción social.

El principal argumento empleado por la Jurisprudencia contencioso-administrativa para rechazar la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación es sin duda, el que parte de considerar que dicha obligación solo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa previsto en el art. 44 ET -en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los términos previstos en dicho precepto-, en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el Convenio colectivo que resulte aplicable. No cabe, para los órganos administrativos encargados de interpretar y controlar la legalidad de los Pliegos de condiciones, que estos incorporen cláusulas subrogatorias fuera de estos supuestos, pues una cláusula de estas características excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status de trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social.

2.- Los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinado por la normativa laboral, sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación.

Los pliegos, como decíamos en nuestra Resolución 26/2020, no pueden exigir el cumplimiento de un cierto convenio colectivo, por tratarse de una cuestión que, en puridad, se halla extramuros de la contratación administrativa, de modo análogo a como ocurre con la cuestión de la subrogación.

3.- La existencia de la obligación de subrogación, no condiciona el precio del nuevo contrato, pues a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que esté vinculado por contrataciones anteriores.

Como argumentábamos en la Resolución 23/2021, es necesario hacer la oportuna distinción entre los costes del contrato, que vendrán determinados por los que sean necesarios para su ejecución y los costes que, en su caso, tuviera la contrata anterior, sin que el órgano de contratación esté obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos, debiendo el presupuesto del contrato ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar.

Así, al analizar la cuestión de la subrogación de trabajadores en los casos de sucesión de contratas, la doctrina del Tribunal Supremo, señala que una cosa es que la empresa entrante venga obligada por el convenio colectivo a subrogarse en toda la plantilla destinada en el contrato que asume y otra que, si las necesidades públicas a satisfacer con el nuevo contrato han cambiado o se han reducido, venga obligada a destinar a todos ellos al nuevo contrato que le ha sido adjudicado, pudiendo en tales casos, proceder al despido por causas objetivas, a una reducción de jornada o a cualquier otra solución legal respecto a los trabajadores subrogados.

En línea con las conclusiones expuestas, se han manifestado reiteradamente diversas instancias, así la Junta Consultiva de Contratación del Estado (Informes 58/09,12/19,35/19 o 61/19), la Junta Consultiva de Contratación de Andalucía (Informe 5/2014), los órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación (Central 375/2016, 540/2017, 99/2019,1292/2019, 680/2020, Madrid 235/2016 o 57/2019, OARC 137/2021, Canarias 176/20 o 244/2021, o Andalucía, 61/23, por citar algunas) .

Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 680/2020, “la existencia o no de una obligación de subrogación de los trabajadores se desarrolla en la esfera del derecho laboral y del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de una empresa, y que, en consecuencia, el pliego no aporta nada a dicho supuesto de subrogación. Esta obligación existirá o no y será exigible o no, pero en ningún caso lo será porque lo imponga el pliego, lo que no es posible, sino porque exista esa previa obligación legal o convencional de subrogación con arreglo a la normativa laboral, convenio colectivo aplicable al sector o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general y, por tanto, con eficacia frente a terceros, y ello porque así se desprenda de la normativa laboral legal o convencional y de su interpretación”

A nivel Jurisprudencial, hemos de traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo 983/2017 y 847/2019.

La Sala de lo Social del Alto Tribunal, en su Sentencia núm. 983/2017, de 12 de diciembre de 2017 destacaba que *“hemos de recordar que precisamente se hallan excluidos de la aplicación del art. 44 ET los supuestos en los que se produce una mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, puesto que una entidad empresarial no puede reducirse a la actividad de que se ocupa y por ello el mero cambio en el titular de la actividad no determina la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa, en tanto la operación no vaya acompañada de una cesión -entre ambos empresarios- de elementos significativos del activo material o inmaterial. Porque -y este es el caso- en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET.”*

La cuestión de autos se centraba, así en dilucidar si la inclusión de las previsiones del art. 120 TRLCSP, hoy 130 de la LCSP, en el pliego de condiciones tuvo un alcance meramente informativo o comportó la imposición de la obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores de la precedente adjudicataria del servicio, concluyendo que el precepto no hace sino imponer a la Administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional, considerando que *“De esta manera, la norma ofrece cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales «impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador».*

A mayor abundamiento, defiende el tribunal que *“Si ya la literalidad de la norma lleva a la referida conclusión, con mayor motivo la misma ha de imponerse cuando la propia Administración pública codemandada manifiesta -[FJ Cuarto de la sentencia del J/S, con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -] que con la inclusión de los datos de los trabajadores en el Anexo no pretendía establecerse obligación subrogatoria, sino proporcionar información, pues no cabe olvidar que en la interpretación de los contratos tiende a deducir la intención común de las partes y que -conforme a la regla subsidiaria prevista en el art. 1282 CC -precisamente para los supuestos en que existan dudas y las mismas no puedan resolverse por las usuales reglas hermenéuticas [gramatical; lógica; sistemática], ha de atenderse -para juzgar de la intención de los contratantes- «a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» [sin excluir los anteriores: SSTS 30/03/74 Ar. 1208 ; y 12/11/84 Ar. 5548], conjugándolos con los principios de la buena fe y justicia material [STS 30/01/91 -infracción de ley- Ar. 196]» [STS 20/04/17 -rco 192/16 -]. Y si quien impuso las condiciones contractuales del concurso -la Administración- manifiesta que simplemente informaba, ante una eventual obligación subrogatoria impuesta por la ley o el convenio colectivo de aplicación, y que no tenía intención alguna de imponerla a la empresa que finalmente resultase adjudicataria, está claro que desconocer esta voluntad contractual no se ajusta a la normativa que se dice infringida.”*

Se destaca finalmente, que *“ esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP - aplicable en autos se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017 [8/Noviembre], de «Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014» [BOE 272, de 9/Noviembre/2017], en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, 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...».* Redacción que pone de manifiesto que *las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. ”*

Igualmente, en su STS Nº 847/2019, anteriormente citada, la Sala de lo Contencioso, Sección 5, Recurso 702/2016 de 18 de junio de 2019, analiza la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación de personal existente al momento en que finaliza el anterior expediente, rechazando nuevamente tal posibilidad en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual y reiterado que *“ la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral”,* manteniendo así la doctrina de otros pronunciamientos como las SSTs de 8 de junio de 2016 (Rec. 1602/2015) y 16 de marzo de 2015 (Rec. 1009/2014) donde declaraba que *“ la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva”.*

En la misma línea, el TSJ de Galicia, St 197/2020, señala que *“ el deber del órgano de contratación se limita a trasladar la información necesaria para la correcta estimación de los costes, sin que los pliegos puedan modificar los derechos de los trabajadores y deberes de la empresa adjudicataria y, por lo tanto, sin que una inexactitud en los datos facilitados, de la que no es responsable, afecte a la subrogación.”*

Como señalaba el OARC, (Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi) en su reciente Resolución 137/21, “los pliegos no son el instrumento legal que regula la subrogación y su alcance, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773), sino que únicamente se limitan a reflejarla en el caso de que dicha subrogación sea legal o convencionalmente aplicable, cuestión esta

última sobre la que la decisión del OARC / KEAO no puede incidir, pues es a la legislación laboral o a los convenios colectivos a los que debe atenderse para imponer o no la obligación de subrogación, sin que el propio pliego (único instrumento legal cuyo contenido puede verse afectado por lo que este Órgano decida) pueda ser la fuente de dicha obligación...”

En atención a los razonamientos expuestos, hemos de concluir, que como hemos venido examinando, la cuestión de la subrogación no deriva de los Pliegos, procediendo únicamente cuando así venga impuesta por ley o Convenio, tratándose de una cuestión de contenido estrictamente laboral, sin que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, cree obligación alguna para los licitadores, sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales *«impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador»*, debiendo las eventuales cuestiones sobre su exigencia y cumplimiento dilucidarse ante la jurisdicción laboral, escapando, por su propia naturaleza, a las competencias que a este Tribunal corresponden.

Ante la duda y para evitar eventuales conflictos, la Administración suele informar de estas cuestiones, y desde este Tribunal se hace nuevamente un llamamiento a los órganos de Contratación a fin de que, ante la duda, para mayor claridad y acreditación de la obligación que les corresponde conforme al art. 130 de la LCSP, especifiquen en los Pliegos o en la documentación que lo acompaña, la información oportuna, indicando que el suministro de información en relación a la subrogación, lo es a los efectos de proporcionar el mejor conocimiento de costes, para el caso de que, por imposición de la normativa laboral de aplicación, resultara exigible la subrogación de personal. En efecto, y como igualmente asevera el Tribunal Central en su Resolución 220/2017 sobre este deber de información: *“siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria.”*

Al margen de ello, y como venimos señalando, todas aquellas cuestiones que exceden del ámbito subjetivo u objetivo propio de los Pliegos, por afectar a terceros ajenos al vínculo contractual o por formar parte del status del trabajador, que imponen al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral, han de regirse por su normativa específica y de su cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social, por ser cuestiones ajenas a la contratación pública.

En consecuencia, pues:

.- No corresponde al órgano de contratación ni determinar el Convenio a aplicar, ni establecer o no la subrogación, circunscribiéndose su obligación al cumplimiento del mandato contenido en el art. 130.1, esto es: solicitar información al actual contratista y

plasmar ésta en los Pliegos. La obligación de los pliegos, es únicamente informativa de las condiciones del personal que viene prestando el servicio, siendo la normativa convencional o legal que regule las concretas relaciones laborales la que determine si existe o no obligación de subrogar a los trabajadores que se encuentren adscritos a la prestación de un determinado servicio, de manera que ni los pliegos, ni el anuncio pueden imponer “ex novo” la referida obligación, ni el hecho de que no la contemplasen daría lugar a que la misma no deba ser cumplida por el empresario contratista.

- No corresponde a los Tribunales encargados de la resolución de recursos en materia de contratación, resolver el Convenio a aplicar, ni la exigibilidad o no de la subrogación, por ser éstas cuestiones laborales que han de sustanciarse ante la jurisdicción laboral, circunscribiéndose la actuación revisora de estos tribunales a verificar el cumplimiento por los órganos de contratación de la obligación impuesta en el art. 130.1 antes transcrito.

QUINTO.- Así las cosas, la cuestión se centra en el examen del cumplimiento de la obligación que al órgano de contratación corresponde, en orden a incluir en los Pliegos la información correspondiente sobre subrogación, información que tiene por objeto, como decíamos, proporcionar el mejor conocimiento de costes, así como garantizar los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores.

A tales efectos, hemos de comenzar por el análisis de la naturaleza, finalidad y contenido de dicha obligación, la cual se contempla en nuestro ordenamiento, como es doctrina aceptada, como una obligación de carácter formal, pero de obligado cumplimiento, habida cuenta de sus repercusiones. Como señalara el Tribunal Central en su Resolución 680/2020 “el artículo 130.1º de la LCSP que exige que 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. Dado que la empresa actual prestador a del servicio está obligada a suministrar toda la información laboral de los trabajadores que van a quedar afectados por la subrogación, lógico es que han de ser los propios pliegos los que han de transmitir dicha información. (...)

La omisión en el pliego de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato, no cabe sino concluir que dicho defecto vicia el pliego objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho (artículos 1 y 132 LCSP en relación con los artículos 39.1º de la LCSP y 47.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Con relación a la obligación de informar a los licitadores, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 33/02, de 23 de octubre de 2002, reconoce el derecho de los licitadores a conocer *“suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley. Desde tal perspectiva, el*

conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan en los términos establecidos en el artículo 79.1 de la Ley, el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición”.

La inclusión en la documentación contractual de la información sobre el personal a subrogar tiene, en efecto, la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP, en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, a fin de posibilitarles el conocimiento del coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar la inexactitud de la información facilitada.

El Órgano de Contratación ha de cumplir con informar, bien sea en los pliegos, bien sea a través de una documentación complementaria, de las condiciones de los trabajadores que pudieran ser susceptibles de subrogación.

Sobre diversas cuestiones en relación con el tema que nos ocupa, se pronuncia la JJCA en su informe 61/19, del que, por su interés en el caso, hemos de destacar los siguientes pronunciamientos:

- El precepto que acabamos de reproducir (130 LCSP) tiene por título en la LCSP “*Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo*” y su precedente inmediato es el Artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RDL 3/2011. En la evolución de uno a otro se observa una creciente preocupación del legislador español por incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que, para los licitadores de un nuevo contrato, representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior que deriva de una norma legal, de un convenio colectivo o de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Es evidente que la redacción de la nueva norma es mucho más detallada y más extensa en lo que hace a la protección de los licitadores. La mayor protección se plasma en dos medidas generales:

- La aportación de la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación.
- El establecimiento de un sistema de responsabilidad del contratista saliente y de una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social, laboral o medioambiental.

.- La información que se ha de ofrecer a los licitadores. Procedimiento para obtenerla.

Para analizar esta cuestión debemos comenzar describiendo el *iter* procedimental establecido en la ley y que se deduce del artículo 130 LCSP.

- Como sabemos, el primer trámite descrito en el artículo 130 LCSP consiste en que el órgano de contratación reclame del contratista anterior 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.
- El siguiente paso consiste en que el órgano de contratación consigne estas circunstancias en sus pliegos y los proporcione en forma legal a los licitadores.
- Una vez que se haya producido la puesta a disposición del pliego, cualquier licitador puede solicitar del órgano de contratación más información a los efectos de poder perfilar su oferta adecuadamente, calculando con mayor precisión los costes reales de la subrogación. La condición que la ley establece a este efecto es que tal información resulte necesaria (no basta

con sea conveniente o que simplemente facilite la actuación del licitador) para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación. En respuesta a esta petición el órgano de contratación debe requerir al contratista saliente la citada información.

- En el último paso, la información debe ser puesta a disposición de los licitadores si es que ha sido debidamente proporcionada por el anterior contratista o, en caso contrario, deberá dejarse constancia de tal circunstancia.

Mediante este sistema que instituye la ley el licitador puede alcanzar un conocimiento suficiente para decidir libremente si va a presentar una proposición y en qué términos va a hacerlo, cumpliéndose la primera finalidad de la norma que estamos analizando e incrementando la seguridad jurídica para aquél.

.- Plasmación en los pliegos de la información necesaria a los efectos del artículo 130 LCSP.

Como hemos visto, el artículo 130 de la LCSP impone al contratista saliente la obligación de proporcionar al órgano de contratación 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. Tal información deberá suministrarse a los licitadores haciéndola constar en el pliego con un contenido mínimo...

... la obligación de concretar qué información es necesaria a estos efectos recae sobre el contratista saliente puesto que, por un lado, es el único que verdaderamente conoce la situación de sus trabajadores y de su empresa, así como las eventuales circunstancias que pudieran influir en la determinación del coste salarial para el caso de una eventual subrogación, y, por otro, es a dicho contratista al que la LCSP obliga a asumir las consecuencias en el caso de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendieren de la información facilitada por el antiguo contratista. El órgano de contratación se puede limitar a requerir al contratista para que le remita la información necesaria, comprobando que se ha remitido con los datos legalmente establecidos que constituyen el mínimo de información exigible, o con los incluidos en el pliego.

La obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación, según se indica en el informe 8/19 de la Abogacía General del Estado, es una obligación de carácter puramente formal, pues únicamente le obliga a requerir al contratista anterior una información determinada, así como, una vez proporcionada tal información, a facilitarla a los licitadores, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de aquella información. En este sentido, el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores del nuevo contrato con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y de este modo poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales.

En consecuencia, es criterio de esta Junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación de contrastación activa de la información suministrada.

En la medida en que la obligación del órgano de contratación es meramente formal, aquel no asume responsabilidad alguna frente al contratista entrante por las consecuencias de la falta de información o de su insuficiencia. Por esta razón si el órgano de contratación comprueba

que la información suministrada por el contratista, incluso tras haber realizado un requerimiento de subsanación si se considera oportuno, no contiene ningún dato o adolece de los datos mínimos exigidos por la LCSP, cumplirá con publicar los datos suministrados, haciendo constar, como dijimos, que han sido los únicos facilitados por el contratista o que no se ha facilitado dato alguno.

Hecho lo anterior, el órgano de contratación no puede hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente, de modo que, como veremos posteriormente, no cabe adoptar medidas incentivadoras de la concurrencia que supongan una indebida asunción de responsabilidades por parte de la entidad contratante.”

De lo expuesto, se deriva, pues, la existencia de deberes, obligaciones y responsabilidades tanto para la Administración, a quien corresponde cumplir la obligación de informar en los términos expuestos, como para el contratista saliente, que ha de facilitar al órgano de Contratación información veraz y adecuada.

En efecto, el legislador se ha preocupado de regular medidas de depuración de responsabilidades, exigibles a los contratistas, obligados por esta medida a fin de evitar daños y perjuicios, estableciendo no sólo la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de esta obligación (artículo 130.4), sino también que: *“En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”* (artículo 130.5). Y conforme al artículo 130.6 LCSP: *“Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último...”*

En cuanto al incumplimiento de la obligación de información que al órgano de contratación corresponde, se viene resolviendo la estimación de los recursos formulados contra los Pliegos que omiten ésta, considerando que la falta de entrega de la información prevista legalmente supone una manifiesta vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, ya que el grado de detalle de los datos a facilitar debe ser lo suficiente para garantizar el trato igualitario de todos los que concurren a la licitación, impidiendo la existencia de situaciones de privilegio derivadas del conocimiento de información no disponible para todos los posibles interesados (en este sentido, Tribunal de recurso de Galicia, Resolución 133/2018, Acuerdo 21/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, Canarias 176/2020, 144/2020, o Central 680/2020), considerándose que dicho defecto vicia el pliego de nulidad de pleno derecho (artículos 1 y 132 LCSP en relación con los artículos 39.1º de la LCSP y 47.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Por lo que respecta a la impugnación por tal motivo, del Pliego, con ocasión de la adjudicación, como bien señala el órgano de contratación, citando la Resolución

255/2019 del Tribunal Central *“La posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como es el acto de adjudicación) atiende ante todo a circunstancias objetivas, como son las vinculadas al examen de la concurrencia de vicios de nulidad de pleno Derecho. Ello no obstante, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a los propios actos (venire contra factum proprium non valet) y, en última instancia, en la buena fe.*

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

... Si proyectamos la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, nos encontramos con que la mercantil ahora recurrente desde un primer momento necesariamente advirtió que los pliegos no recogían la previsión de subrogación obligatoria conforme a lo establecido en el art. 35 del Convenio Colectivo de la industria de producción audiovisual, consintiendo el pliego mediante la propia participación confiando en resultar adjudicataria, y, sin embargo, no es sino después de resultar excluida cuando decide impugnar los pliegos por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico.”

En efecto, el principio *pliegos lex contractus* y la evolución doctrinal en relación con la inatacabilidad de los Pliegos, a raíz de la adjudicación, (véanse nuestras Resoluciones 27/19, 25/18, 3/19, Central 49/17, Andalucía 1/19, 317/20, 316/20, 372/2020, así como la ST del TSJ P.V. 330/17), viene determinando la necesidad de atender no sólo a circunstancias objetivas, cuales son el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho, sino también a la consideración de las circunstancias subjetivas concurrentes. (Tribunal Central, Resolución 49/2017, STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Sentencia Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), concluyendo que, *“frente al mero y exclusivo análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, como señala el Tribunal Central, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego.”*

No se trata, pues, de un mandato imperativo, sino de una regla general de no admisibilidad, sujeta por lo tanto a la valoración de las circunstancias concretas de cada supuesto que deberá efectuar este Tribunal. Una interpretación tendente a una inadmisión automática por este motivo, además de apartarse de la propia literalidad del texto legal, podría suponer una indebida restricción del derecho de defensa de un licitador ante lo que entiende como un vicio del procedimiento.

Y, en ese sentido, adquieren relevancia para esa valoración a efectuar, circunstancias tales como el momento procedimental en el que se interponga el recurso, los aspectos objeto de impugnación y los concretos motivos alegados, así como las circunstancias del recurrente en la licitación y la finalidad última del recurso, que no puede ser contraria al principio de buena fe. Todo ello, teniendo en cuenta que el objeto de esa

previsión legal es la de impedir estratagemas de impugnación por quien, aceptando primeramente el contenido de los pliegos mediante la presentación de su oferta, actúa en contra de sus propios actos si en un momento posterior decide recurrirlos.

En cualquier caso, y amén de la consideración de que la ausencia de tal información en los Pliegos sea constitutiva de nulidad, considerándose por algunos Tribunales que el PCAP ha de contemplar la obligación de subrogar a los trabajadores, así como la información relativa al coste de los mismos, sin perjuicio de que tal obligación debe emanar de la normativa laboral, legal o convencional, que sea de aplicación y que en caso de que la información no se facilite o se haga conteniendo datos incorrectos, se estaría poniendo en posición de ventaja a la actual contratista frente a las restantes licitadoras, lo cual supondría causa de nulidad de los pliegos, que podría ser invocada, indirectamente, al recurrirse la adjudicación, (en este sentido, entre otras, Resolución n.º 204/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias), han de tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto y la salvaguarda de los principios de buena fe y seguridad jurídica, lo que determina, que la posibilidad o no de impugnación indirecta de un Pliego no admita, como decíamos, una respuesta unánime, general y a priori, habiendo de analizarse las circunstancias del caso concreto, a la luz de los principios esenciales de igualdad, transparencia, buena fe y seguridad jurídica.

Aplicando cuanto antecede al caso que nos ocupa, y sin poner en duda en absoluto, ni la veracidad de la declaración responsable firmada el 4 de octubre de 2021 por la Jefa del Departamento de Lecturas y Facturación de EMASESA que se adjunta en la documentación remitida a este Tribunal, ni la diligencia del Órgano de Contratación, que como describe en su informe, confió en la información dada por la empresa saliente en la reunión mantenida al efecto, teniendo en cuenta, además, la interpretación dada al Convenio por sus servicios jurídicos y el hecho de que en las licitaciones anteriores nada se dijera al respecto, lo cierto es que de la documentación remitida de la que ha tenido conocimiento este Tribunal, resulta que:

- En el expediente de Contratación no obra documentación ni constancia expresa acreditativa del requerimiento de información efectuado a los contratistas salientes, ni de la información al respecto por aquéllos suministrada.

- Ni en el Pliego ni en la documentación que se le acompaña se hace mención alguna a la subrogación, ni a la información que en relación a la misma se ha facilitado por las empresas salientes.

- En tres ocasiones, mediante respuesta a preguntas formuladas por los licitadores, EMASESA ha informado que no procede la subrogación, sin hacer mención alguna al hecho de que por parte de las contratistas salientes se ha informado en ese sentido.

- Mediante escrito fechado el 31 de agosto de 2021, y firmado el 30 de septiembre, de la empresa saliente, MEDICIÓN AVANZADA DE CONTADORES S.A. (MACSA), se dirige a la empresa adjudicataria COBRA, hoy recurrente, informando a ésta que en el Expediente 028/21, Lote 1 aplica la subrogación de los trabajadores, porque así lo establece el VI Convenio Estatal del Ciclo Integral del Agua, adjuntando la documentación laboral indicada en dicho Convenio. El citado escrito se acompaña como documentación Anexa al recurso.

- Con fecha 4 de octubre de 2021, se firma por la Jefa del Departamento de Lecturas y Facturación de EMASESA, declaración responsable en la que consta que el en fecha 6 de abril de 2021 mantuvieron una reunión con la empresa contratista de varios lotes del contrato anterior(MACSA), en la que el representante de ésta representante declaró expresamente que el convenio de aplicación al servicio contratado, en el caso de su empresa, era el VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022) y que, en relación a la nueva licitación del servicio, el citado convenio no establecía la obligación de subrogación del personal de MACSA adscrito al servicio. La citada declaración se acompaña como documentación anexa al Informe y la copia del expediente remitida por la unidad tramitadora a este Tribunal.

A la vista de la documentación obrante en el expediente de contratación, hemos, pues, de concluir, que por el Órgano de Contratación no se ha cumplimentado debidamente la obligación que la normativa le impone, pues debió, aun cuando el requerimiento de información al/a los contratista/s saliente/s y la información dada por este/estos hubiere sido verbal, dejar constancia documental de la reunión mantenida, o al menos, en cumplimiento de la obligación que la Ley le impone, y como bien describe la Junta Consultiva, hubiera cumplido “con publicar los datos suministrados, haciendo constar, (...) que han sido los únicos facilitados por el contratista o que no se ha facilitado dato alguno” y “Hecho lo anterior, el órgano de contratación no puede hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente, de modo que, (...) no cabe adoptar medidas incentivadoras de la concurrencia que supongan una indebida asunción de responsabilidades por parte de la entidad contratante”

En efecto, el debido cumplimiento de la obligación que al Órgano de Contratación corresponde, implica pedir la información y plasmar ésta en los Pliegos o documentación que los acompaña, incluido el hecho, en su caso, de que no se haya dado información por las salientes o se haya comunicado por éstas que no hay obligación de subrogación. Todo ello es lo que determinaría el correcto cumplimiento de la obligación que al órgano de contratación corresponde, como presupuesto necesario para evitar, en palabras de la Junta Consultiva, “ hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente”, posibilitando, además, la exigencia, por parte de la Administración, de las responsabilidades que la propia Ley prevé para el contratista ante el incumplimiento de la obligación de proporcionarle información al órgano de contratación, imponiéndole las penalidades contempladas en el Pliego (Art. 130.4), así como su responsabilidad ante el nuevo contratista, que tendrá acción directa frente al saliente si producida la subrogación porque así procediere, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendan de la información facilitada a la Administración y puesta en conocimiento de los licitadores por parte de ésta.

Ciertamente, los Pliegos no fueron impugnados, si bien, considera este Tribunal que los principios de buena fe y seguridad jurídica aplicables al caso, teniendo en cuenta además, las consultas efectuadas y las respuestas dadas, así como el hecho de que es la propia adjudicataria la que interpone el recurso y no una tercera que los aceptó y que al no resultar adjudicataria los impugna, todo ello unido a las consideraciones efectuadas sobre la cumplimentación por parte del Órgano de Contratación de la obligación que la Ley le impone, nos llevan a concluir la procedencia de la retroacción

de actuaciones, ello sin perjuicio de las acciones y la exigencia de las eventuales responsabilidades que como consecuencia de los hechos descritos pudieran exigirse por quien corresponda, y de que se active el mecanismo de la subrogación, si procede y en el momento que corresponda, ventilándose, en su caso, las discrepancias que pudieran surgir al respecto ante la jurisdicción competente.

A la vista de lo que antecede y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de la mercantil COBRA SERVICIOS AUXILIARES S.A., contra la adjudicación del Lote 1 del contrato de "SERVICIO DE LECTURA DE CONTADORES E INSPECCIÓN DE SUMINISTROS", Expediente. 028/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, declarando la nulidad de la adjudicación del citado Lote y la retroacción del expediente al momento de la elaboración de los Pliegos.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

**LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES**