



Recurso nº 1386/2018 C.A. Región de Murcia 128/2018

Resolución nº 99/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 8 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. L. R. G., en nombre y representación de la empresa PLANIGER, S.A. contra la resolución de la Directora- Gerente del Instituto Murciano de Acción Social de 23 de noviembre de 2018, por la que se acordó retrotraer las actuaciones del expediente de contratación del *“servicio para la reserva y ocupación de 20 plazas de centro de día para personas mayores dependientes en el municipio de Cartagena”* (Ref. 2018.62 SE-CO) hasta el momento previo a la redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 6 de junio de 2018 se publicó en el DOUE y en el perfil del contratante del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) anuncio de licitación del contrato de servicio para “Reserva y ocupación de 20 plazas de centro de día para personas mayores dependientes en el municipio de Cartagena”, sujeto a procedimiento abierto y tramitación ordinaria, cuyo valor estimado es de 1.251.360 euros.

A dicha licitación concurren dos empresas, una de ellas, la ahora recurrente.

Segundo. Efectuado el acto de apertura de las proposiciones económicas, la Mesa de Contratación solicitó a la empresa PLANIGER, S.A. que justificase la viabilidad económica de su oferta, trámite que fue evacuado por la recurrente en el sentido que obra en el expediente.



En su reunión de 16 de octubre de 2018, la Mesa de Contratación acordó aceptar la justificación económica ofrecida por PLANIGER, S.A.

Tercero. Con fecha de 23 de noviembre de 2018 la Directora- Gerente del IMAS dictó resolución por la que acordaba retrotraer las actuaciones del expediente de contratación al momento previo a la elaboración del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y redactar un nuevo PCAP que recogiese la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo a la que se refiere el artículo 130.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Dicha resolución se notificó a la empresa PLANIGER, S.A. el día 4 de diciembre de 2018.

Cuarto. El 27 de diciembre de 2018 D^a L. R. G., en nombre y representación de la empresa PLANIGER, S.A., interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de la Directora- Gerente del IMAS de 23 de noviembre de 2018.

El recurso se fundamenta, en síntesis, en la improcedencia tanto de la subrogación laboral como del desistimiento del procedimiento de contratación.

Quinto. Con fecha de 28 de diciembre de 2018 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación, con el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Sexto. El día 9 de enero de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a la segunda empresa que concurrió a esta licitación, confiriéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (artículo 50.3 de la LCSP), trámite que no ha sido evacuado por la interesada.

Séptimo. Con fecha de 18 de enero de 2019 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación (artículos 49 y 56 de la LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio suscrito al



efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el BOE mediante Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 5 de noviembre de 2012.

Segundo. Procede reconocer a la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, pues ha concurrido a una licitación, de la que esperaba ser adjudicataria, en la que se ha acordado la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción del PCAP, para incluir en él una información relativa al personal sujeto a subrogación (artículo 130.1 de la LCSP) que no figuraba en la versión inicial del PCAP.

Tercero. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. La presente impugnación se refiere a un contrato de servicios susceptible, en atención a su valor estimado, de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Quinto. Se impugna el acuerdo de la Directora-Gerente del IMAS de 23 de noviembre de 2018 por el que se ordenó la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la redacción del PCAP, y la elaboración de un nuevo PCAP que contenga información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, según lo previsto en el artículo 130.1 de la LCSP.

El artículo 44.2.b) de la LCSP dispone que podrán ser objeto de recurso *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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”*.

El acuerdo recurrido tiene, como se ha indicado, un doble contenido, pues en primer lugar ordena la retroacción de las actuaciones del procedimiento de contratación al momento anterior a la redacción del PCAP, y en segundo lugar dispone la redacción de un nuevo PCAP que incluya unas previsiones en materia de subrogación laboral que antes no existían, reajustando el plazo de vigencia del contrato y el crédito, y ordenando que se



libere la totalidad del crédito de los documentos contables emitidos con cargo a la partida presupuestaria vinculada al contrato (documento nº 31 del expediente). A efectos de su calificación como acto de trámite cualificado, dicho acuerdo no decide directa ni indirectamente sobre la adjudicación, y cabría pensar, *prima facie*, que no causa indefensión ni perjuicios irreparables, puesto que el nuevo PCAP sería susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP. Ello no obstante, en la medida en que el acuerdo impugnado ordena la retroacción del procedimiento para que se redacte un nuevo PCAP con previsiones que pueden tener efectos muy relevantes para el licitador que resulte adjudicatario, lo cierto es que impide la continuación del procedimiento de contratación tal y como éste se configuró inicialmente, pudiendo considerarse que dicha decisión ocasiona perjuicios irreparables a los derechos o intereses legítimos de los licitadores, pues ven modificadas sustancialmente las condiciones de un contrato que se encontraba pendiente de adjudicación, y que se ha de licitar nuevamente con sujeción a un pliego distinto. Por lo demás, la eventual impugnación del nuevo PCAP que, en ejecución de la resolución de 23 de noviembre de 2018, se aprobase, no impediría, sin el correspondiente recurso contra la propia resolución, la efectividad de la retroacción de actuaciones en ella acordada que, como se razonará posteriormente, equivale, *de facto*, a un desistimiento del procedimiento susceptible, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, de recurso especial en materia de contratación (por todas, Resoluciones 704/2017, de 27 de julio, 606/2017, de 7 de julio, 27/2017, de 13 de enero, 64/2016, de 29 de enero, 1087/2015, de 27 de noviembre, 1029/2015, de 6 de noviembre, 95/2015, de 30 de enero).

Por todo ello, y con base en el principio *pro actione*, cabe considerar que la resolución impugnada es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Sexto. Entrando ya en el fondo del asunto, la empresa PLAGINER, S.A. fundamenta su recurso en dos motivos:

1. Falta de concurrencia de los requisitos para que tenga lugar la subrogación de personal. Considera la empresa recurrente que para que opere la subrogación empresarial debe necesariamente producirse la transmisión de una “*unidad económica*” con identidad propia.



Invoca el artículo 1 de la Directiva 2001/23/UE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o de centros de actividad, el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional, para sostener que la referida transmisión se supedita a la concurrencia de dos requisitos: un elemento subjetivo, que se corresponde con un cambio de titularidad de la empresa, a través de cualquier tipo de negocio traslativo, y un elemento objetivo, consistente en la entrega efectiva de los elementos necesarios (materiales o, en su caso, inmateriales) que permitan la continuidad en la actividad empresarial que se venga desarrollando. Entiende que el criterio decisivo a estos efectos es determinar si la unidad de que se trata mantiene su identidad tras su asunción por el nuevo empresario, y que en el caso de “*actividades desnaturalizadas*” (sin activos o inmateriales significativos), la propia plantilla puede equipararse a la “*entidad económica*” si mantiene su identidad. Por tanto, si el nuevo contratista asume un grupo importante de trabajadores en términos cuantitativos o cualitativos del anterior empresario (por imponerlo así el convenio colectivo aplicable, las condiciones de adjudicación administrativa o por decisión unilateral del cesionario), hay elementos suficientes para entender que existe una unidad económica, incardinada en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 ET. La concurrencia del elemento objetivo o transmisión de elementos del activo empresarial no constituye condición *sine qua non* para la aplicación de los efectos subrogatorios en el ámbito de las contrataciones, pudiendo constituir dicha unidad la propia plantilla, siempre que mantenga su identidad y siempre que, además, concorra el elemento subjetivo. Añade, con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018, que el hecho de que el convenio colectivo que resulte de aplicación establezca de forma expresa la subrogación del personal cuando tiene lugar una sucesión de contrataciones no excluye, en ningún caso, la aplicación de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del ET. Y concluye que no se puede considerar que existe sucesión de contrataciones y, por tanto, subrogación del personal, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e



instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por el nuevo empresario que, siguiendo el procedimiento establecido, haya sido elegido.

Bajo las anteriores premisas, la recurrente afirma que no procede la subrogación empresarial en el supuesto que se considera, porque no concurren los requisitos exigidos al efecto:

-No concurre, a su juicio, el elemento subjetivo porque no puede considerarse que exista un cambio de titularidad, sino un cambio del modelo de gestión del órgano de contratación, que ha considerado que el Centro de titularidad pública Cartagena III, en el que se viene prestando el servicio, tiene limitaciones para continuar prestándolo, tal y como se refleja en el informe justificativo de la necesidad del contrato, siendo el adjudicatario el que tendrá que prestar el servicio en centros propios, recibiendo la correspondiente contraprestación de la Administración.

-Tampoco concurre, a su entender, el elemento objetivo, pues no tiene lugar una transmisión de una entidad económica en los términos exigidos por la normativa y la jurisprudencia. Y ello porque el contrato no implica transmisión de activos, siendo el adjudicatario el que se obliga a reservar unas plazas determinadas en sus propios centros de atención a personas mayores, y porque tampoco la mano de obra que estaba prestando sus servicios en el Centro Cartagena III cumple los requisitos para ser considerada una unidad o entidad económica con entidad propia, pues la actividad de atención a personas dependientes que se desarrollará por el adjudicatario no descansa de forma fundamental en la mano de obra, sino en el local del adjudicatario y en el material de sus instalaciones.

Considera, en fin, la empresa recurrente que no existen trabajadores a subrogar en el presente caso, por lo que la retroacción de las actuaciones al momento previo a la elaboración del PCAP resulta inútil, y recoge una obligación que el adjudicatario no estará obligado a cumplir.

2.- Improcedencia de desistir del procedimiento por la concurrencia de un error subsanable. La empresa recurrente considera que la resolución impugnada supone *de facto* un desistimiento encubierto de la licitación porque implica dejar sin efecto la totalidad de los trámites realizados hasta ese momento en el procedimiento de contratación, siendo así



que el desistimiento se funda en la concurrencia de un error no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación (artículo 152.4 de la LCSP) que, a su juicio, no concurre en este caso. El requisito de la insubsanabilidad debe ser objeto de una interpretación restrictiva, máxime cuando, como en este caso, la omisión de la información sobre subrogación empresarial se ha detectado por el órgano de contratación cuando ya se han valorado las ofertas de los licitadores y la licitación se encuentra en la fase previa a la adjudicación.

En suma, considera la recurrente que la falta de previsión en los pliegos de la posibilidad de subrogación del personal no constituye un error material o de hecho (porque en este caso no procede tal subrogación), pero que, de admitirse dicho error, el mismo no justificaría el desistimiento del procedimiento de contratación.

Séptimo. El órgano de contratación, en su informe al recurso, fundamenta la procedencia de incluir en el PCAP información de los trabajadores que pudieran verse afectados por la subrogación de personal, en el VI Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, y en el artículo 130.1 de la LCSP.

Octavo. El primer motivo de recurso exige examinar la procedencia o no de informar en el PCAP del personal sujeto a subrogación laboral conforme al artículo 130.1 de la LCSP, circunstancia en la que se fundamenta la retroacción de actuaciones acordada y objeto de impugnación.

El artículo 130.1 de la LCSP, bajo la rúbrica *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”*, dispone lo siguiente:

“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.”

El precepto parcialmente transcrito supedita la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación laboral a la existencia de una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga dicha obligación de subrogación.

Se invoca a este respecto por ambas partes el Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, cuyo artículo 71, bajo la rúbrica “Adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio”, dispone lo siguiente:

“Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1. Al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención



expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los 30 días siguientes a la subrogación.

(...).”

La existencia o no de subrogación laboral, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es una cuestión cuya determinación corresponde, en última instancia, a los órganos competentes de la jurisdicción social, debiendo limitarse el órgano de contratación a verificar si existe una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación que recojan una obligación de subrogación laboral que, en principio, parezca razonablemente aplicable al contrato objeto de licitación. En caso afirmativo, existe obligación de informar en el PCAP de esa eventual subrogación laboral cuya exigibilidad trae causa en la normativa laboral.

Por tanto, no corresponde al órgano de contratación, ni tampoco a este Tribunal, dirimir controversias respecto de la existencia o no de subrogación empresarial en casos concretos, regulando el artículo 130.1 de la LCSP una mera obligación de información de las subrogaciones laborales que, en principio, pudieran venir impuestas por la normativa legal o convencional aplicable. Y ello sin perjuicio de la resolución que, en caso de discrepancia, emitan los órganos de la jurisdicción social.

Bajo las anteriores premisas, la empresa recurrente niega la procedencia de la obligación de información del artículo 130.1 de la LCSP por considerar que no concurren los requisitos exigidos para ello. Así, entiende, en primer lugar, que no concurre el requisito subjetivo porque no existe un cambio de titularidad, sino un cambio del modelo de gestión del órgano de contratación, que hasta la fecha prestaba el servicio en instalaciones propias (el Centro Cartagena III, de titularidad pública), y que ahora licita un contrato en el que el adjudicatario asumirá en instalaciones propias la prestación del servicio, reservando al efecto un número de plazas en un centro de día para personas mayores; y considera, en segundo lugar, que tampoco concurre el requisito objetivo, pues el contrato licitado no implica una transmisión de activos, la mano de obra que estaba prestando servicios en el anterior contrato no cumple los requisitos para ser considerada como unidad o entidad económica con identidad



propia, y cualquier trabajador que preste los servicios objeto de contrato se servirá de las instalaciones y medios materiales del adjudicatario.

Sin perjuicio de que, como se ha indicado, no corresponde al Tribunal emitir juicios categóricos en el ámbito competencial de la jurisdicción social, se constata que, en la Memoria sobre la necesidad del contrato (documento nº 7 del expediente de contratación remitido) se alude expresamente a la insuficiencia del Centro de Día Cartagena III para seguir atendiendo el servicio: *“El servicio de Centro de Día que se presta en el CSPM de Cartagena III, se ve condicionado por las limitaciones que presentan los espacios disponibles y su ubicación en el Centro, no siendo posible su reubicación en la planta baja ni la ampliación de los espacios destinados a este servicio.*

Ante esta situación, y teniendo en cuenta, de un lado, la imposibilidad que ofrecen las instalaciones del Centro Social de Personas Mayores de subsanar las dificultades señaladas y de otra, la necesidad de mantener el número de plazas públicas en la ciudad de Cartagena y dar continuidad al servicio que actualmente se viene prestando a las 20 personas mayores dependientes, se plantea la necesidad de este contrato”.

Queda acreditado, por tanto, que el contrato vigente se viene prestando en el Centro Social de Personas Mayores Cartagena III, de titularidad municipal.

En cuanto al lugar de prestación del servicio del contrato sujeto a licitación, el apartado 16 del Cuadro anexo al PCAP indica únicamente que el lugar de ejecución del contrato será *“el municipio de Cartagena”*, y la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) dispone que *“en cuanto a espacios y equipamientos, el centro se ajustará, como mínimo, a los dispuesto en el Decreto 69/2005, de 3 de junio, por el que se establecen las condiciones mínimas que han de reunir los centros residenciales para personas mayores”*. Y añade que *“la empresa adjudicataria deberá aportar los materiales y equipamientos necesarios para la prestación de los servicios del centro (menaje, material terapéutico, vehículos, etc.) y todo aquel material desechable que no le corresponda aportar al usuario.”*

Atendiendo exclusivamente a lo que se desprende del presente expediente de contratación (que, lógicamente, no incluye la documentación del contrato todavía vigente), parece admisible lo afirmado por la recurrente, pues no estamos ante una habitual sucesión de



contratas (en la que el mantenimiento de las características y del contenido obligacional del contrato permita admitir que, pese al cambio de contratista, existe continuidad en la explotación de una misma unidad económica o productiva), sino ante un cambio de modelo de gestión en el que el nuevo adjudicatario prestará el servicio externamente, en instalaciones y con materiales propios.

Sin perjuicio de lo anterior, entiende el Tribunal que el convenio colectivo que ambas partes citan y consideran aplicable (el Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que en su artículo 4 se declara en vigor desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018), no resulta de aplicación en el presente caso por razón de su ámbito funcional y personal.

Así, el Convenio en cuestión (publicado en el BOE de 21 de septiembre de 2018) lleva por título *“VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio)”*. Y en su artículo 1 declara que *“El ámbito funcional de aplicación del presente convenio colectivo está constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de la atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia. Todo ello cualquiera que sea su denominación y con la única excepción de aquellas empresas cuya gestión y titularidad correspondan a la administración pública.”*

Y el artículo 3 de dicho Convenio Marco delimita su ámbito subjetivo de aplicación en los siguientes términos:

“Queda comprendido en el ámbito del presente convenio el personal que presta sus servicios en las empresas afectadas por el mismo.

Queda expresamente excluido el personal que preste sus servicios en centros y/o empresas cuya titularidad y gestión corresponda a la administración pública.”



Dado que, como se ha indicado, el Centro Cartagena III en el que actualmente se presta el servicio es de titularidad municipal, y que la gestión del servicio también corresponde a la Administración, hay que concluir que el convenio colectivo de continua referencia no resulta aplicable a la licitación que se considera, por lo que tampoco lo es la obligación de subrogación empresarial que en el mismo se establece. En suma, atendiendo, en virtud del principio de congruencia, a la normativa laboral invocada por las partes (el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal), no procede la subrogación empresarial.

Ello determina la improcedencia de acordar la retroacción de las actuaciones del procedimiento de contratación al momento anterior al de la redacción del PCAP, para elaborar un nuevo PCAP que recoja las aludidas obligaciones de información sobre las condiciones de subrogación laboral, y la procedencia de acordar la estimación del presente recurso especial, anulándose la resolución de la Directora- Gerente del IMAS de 23 de noviembre de 2018 y las actuaciones posteriores adoptadas en ejecución de la misma, y recobrando validez y eficacia el PCAP inicialmente aprobado y el procedimiento de licitación tramitado con arreglo al mismo, que deberá continuar en el trámite en el que quedó interrumpido.

Noveno. Las consideraciones que anteceden harían innecesario entrar a examinar el segundo motivo de recurso que, sin embargo, plantea indirectamente algunas cuestiones procedimentales que aconsejan, desde el punto de vista doctrinal, un pronunciamiento por parte del Tribunal.

El segundo motivo de recurso se refiere a la improcedencia de la retroacción acordada, en la medida en que, al no existir subrogación empresarial, no existe ningún error en el PCAP inicialmente aprobado y porque, de existir dicho error, éste no sería, a juicio de la recurrente, insubsanable, tal y como exige el artículo 152.4 de la LCSP. La recurrente afirma, aunque no abunda más en ello, que *“la retroacción de actuaciones acordada en la Resolución de 23 de noviembre de 2018 supone, de facto, un desistimiento encubierto de la licitación por parte del órgano de contratación”*.



La resolución objeto de recurso se fundamenta (documento nº 31 del expediente de contratación) en la concurrencia de un error material o de hecho en el PCAP: *“Por todo lo expuesto y de conformidad con el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por el que se faculta a las administraciones públicas a la rectificación de oficio de errores de hecho existentes en sus actos..., resuelvo...”*.

En el mismo sentido, la posterior resolución de aprobación del expediente y gasto que obra en el expediente como documento nº 35 califica la resolución impugnada como resolución *“de corrección de error material”*.

El artículo 122 de la LCSP dispone que *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, y sólo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

Por su parte, el artículo 152 de la LCSP regula el desistimiento en los siguientes términos:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el ‘Diario Oficial de la Unión Europea’.

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

(...)

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

(...).”

La empresa recurrente considera que la actuación de la Administración entraña un desistimiento encubierto, y que el desistimiento, para poder ser acordado, exige que el defecto existente en las normas de preparación del contrato sea insubsanable, insubsanabilidad que, sin embargo, niega la recurrente.

Si bien este Tribunal ha manifestado en anteriores ocasiones que el carácter insubsanable de las infracciones en las que se funde el desistimiento ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, dado el carácter excepcional de la nulidad de pleno derecho y por aplicación de los principios antiformalista, de proporcionalidad y de economía procedimental (por todas, Resoluciones 704/2017, de 27 de julio y 385/2013, de 19 de septiembre), la apreciación de una omisión relevante en el PCAP que tenga incidencia directa en el contenido de las ofertas de los licitadores, cuando se detecta tras la apertura de las proposiciones, determina la retroacción de las actuaciones, para que los licitadores puedan formular sus proposiciones ajustándolas al contenido de una información relevante que el PCAP había inicialmente omitido.

Si el órgano de contratación consideró que la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos laborales debía haber figurado en el PCAP, y lo detectó antes de la adjudicación del contrato, y una vez hecho público el contenido de las ofertas, lo procedente habría sido acordar el desistimiento por la existencia de infracción no subsanable (artículo 152.4 de la LCSP). La Administración contratante no acordó formalmente el desistimiento, pero dispuso la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior al de redacción del PCAP, con aprobación y publicación de un nuevo Pliego y concesión de nuevo plazo para presentación de ofertas lo que, de facto, y como señala la empresa recurrente, tiene efectos similares a los del desistimiento.



Ahora bien, lo que no resulta congruente ni ajustado a Derecho es que la Administración contratante justifique la retracción acordada en la existencia de un error material o, de hecho. Y ello porque, en primer lugar, el artículo 122 de la LCSP no anuda la retroacción de actuaciones a los simples errores materiales, aritméticos, o de hecho (que, de concurrir, pueden ser rectificadas directamente por el órgano de contratación), sino a los errores de derecho. Resulta, por ello, contradictorio o incongruente que la Administración afirme que concurre un error material o de hecho y que fundamente en él la retroacción acordada. Y, en segundo lugar, porque el defecto que el órgano de contratación creyó advertir en el PCAP (la omisión de la información sobre subrogación empresarial del artículo 130.1 de la LCSP), caso de concurrir (*quod non*, como se ha razonado en el Fundamento de Derecho precedente), no puede calificarse como un simple error material o, de hecho.

Siguiendo, por todas, la Resolución 923/2018, de 11 de octubre, cabe señalar que *“Este Tribunal ha examinado en numerosas ocasiones el alcance y límites de la rectificación de errores materiales en los pliegos por la vía del artículo 109.2 de la LPAC (artículo 105.2 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Y ello en relación con el artículo 75.2 del RGLCAP, que dispone que ‘Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones’.*

En las Resoluciones 249/2012, de 7 de noviembre, 858/2016, de 21 de octubre, o 360/2017, de 21 de abril, entre otras muchas, se afirmó a este respecto lo siguiente que ‘tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentencias 218/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 218), y 69/2000, de 13 de marzo (RTC 2000,69)-, como la de este Tribunal Supremo -sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 2004 (recurso 4174/2000), 4 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1682) (recurso 2160/2003), 16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1239) (recurso 6092/2005)-, han declarado que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones.



Tales errores materiales aluden, por consiguiente, a meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación, al margen, pues, de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica valorativa’.”

La cuestión que se plantea (procedencia o no de la subrogación laboral conforme al artículo 130.1 de la LCSP) y la discrepancia que la misma ha suscitado entre las partes pone de manifiesto que estamos ante una cuestión de fondo que han de resolverse con razonamientos jurídicos, lo que excluye la existencia de un mero error material o de hecho que pueda ser rectificado directamente por el órgano de contratación con base en lo dispuesto en el artículo 109 de la LPAC.

Al estar fundada la resolución administrativa impugnada en la existencia de un error material o de hecho que, con arreglo a Derecho, no es tal, concurriría otra causa de anulación, en este caso formal, de la resolución de 23 de noviembre de 2018 (que procede anular por razones materiales o sustantivas, conforme a lo indicado en el Fundamento de Derecho anterior).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. L. R. G., en nombre y representación de la empresa PLANIGER, S.A. contra la resolución de la Directora- Gerente del Instituto Murciano de Acción Social de 23 de noviembre de 2018, anulándola, con los efectos determinados en el último párrafo del fundamento de derecho octavo de esta resolución.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el art 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.