

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
C/ Miquelet, 5-1a planta
46001 VALÈNCIA
Tel. 961922109

Ref. SUB/SC/mvt/asm
Assumpte Informe 6/2014

INFORME 6/2014, DE 28 DE JULIOL DE 2014. ABAST DE L'OBLIGACIÓ DE SUBROGACIÓ DE PERSONAL EN UN CONTRACTE DE GESTIÓ DE SERVICIS PÚBLICS

ANTECEDENTS

En data 4 de juliol de 2014 ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa escrit de consulta de l'alcalde de l'Ajuntament de Biar del tenor literal següent:

“En data 31 de desembre de 2013 va finalitzar el contracte subscrit entre l'Ajuntament de Biar i la mercantil Fomento de Benicasim, SA (FOBESA), consistent en l'arregla domiciliària de fem i neteja viària, contracte vigent des de desembre de 1993.

En data 31 de març de 2014, l'Ajuntament en Ple va acordar iniciar expedient per a l'adjudicació del contracte d'arregla de residus sòlids urbans, i el seu transport, gestió del punt net i neteja viària. En la mateixa sessió plenària s'acorda aprovar els plecs de condicions particulars i prescripcions tècniques. Estos plecs són rectificats en data 25 d'abril de 2014.

Es reconeixen els convenis col·lectius generals del sector de la neteja pública i arregla, tractament i eliminació de residus, la subrogació del personal adscrit als servicis en ocasió d'un canvi d'ocupador, i basant-se en això s'introdueix, en el plec de prescripcions tècniques, la clàusula 5.1 “Personal”. En esta clàusula es relacionen els llocs actuals adscrits al servici, i es detallen l'antiguitat, el tipus contractual i el cost anual per a 2014.

Conforme marca la normativa, la informació a introduir en els plecs, referits als llocs a subrogar, és facilitada per la predecessora en la prestació del servici, en este cas la mercantil FOBESA.

S'han presentat al procés un total de quatre ofertes a instàncies d'Innovia Coptalia SAU, Fomento de Benicasim, SA, Cespa, SA, i Seula, SA.

Després de l'obertura de les ofertes econòmiques, s'observa en l'estudi econòmic presentat per la mercantil FOBESA, que els costos unitaris del personal a subrogar són inferiors als costos especificats en el plec de prescripcions tècniques, i per tant diferixen de les dades facilitades per esta a la corporació, i que van servir per a la redacció del plec.

Se sol·licita, a la mercantil citada, aclariment respecte d'això, i esta respon que *“FOBESA ha fonamentat adequadament la seua oferta, i que s'ha tingut en compte a l'hora de reacció d'esta i pel que fa als costos de personal, el que preveu el Conveni marc de FOBESA, tot això sense perjudi de la seua obligació, segons el conveni aplicable, de la subrogació del personal adscrit al servici.”*

En l'escrit de contestació se citen diversos informes dels òrgans consultius en matèria de contractació, no obstant això, després del seu estudi, s'observa que cap no analitza el cas que ens ocupa.

Per tot això, en virtut del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, se sol·licita informe de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, de les qüestions següents:

1r. Pot considerar-se que una oferta incomplix els plecs quan els costos unitaris del personal que té obligació de subrogar no s'ajusta als costos que apareixen en el plec de prescripcions tècniques?

2a. En cas afirmatiu, és procedent declarar exclosa del procés la mercantil l'oferta de la qual no s'ajusta als plecs?

S'adjunta la documentació següent:

- Plec de prescripcions tècniques i estudi econòmic que servix de base a la licitació.
- Oferta econòmica de la mercantil FOBESA.
- Consulta formulada a la mercantil.
- Resposta de la mercantil a la pregunta anterior.”

L'escrit de consulta s'acompanya del plec de prescripcions tècniques particulars que regix la contractació, així com d'un informe econòmic de l'Oficina Tècnica d'Urbanisme i Medi Ambient de l'Ajuntament, la proposta tècnica de l'empresa FOBESA i els escrits intercanviats entre esta empresa i la mesa de contractació en relació amb la sol·licitud d'esta d'aclariment de determinats extrems de l'oferta d'aquella. Posteriorment, ha sigut remés també el plec de clàusules administratives particulars aprovat per l'Ajuntament, el 31 de març de 2014, i rectificat el 25 d'abril de 2014, que regula l'adjudicació, execució i extinció del contracte.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Les dos qüestions plantejades per l'Ajuntament es resumixen en una sola, ja que la segona és una conseqüència directa dels principis d'igualtat i transparència que han de regir la contractació del sector públic i, per tant, si una proposició no s'ajusta a allò que s'ha establert d'acord amb dret en els plecs, no podrà ser admesa i haurà de ser exclosa del procediment per a l'adjudicació del contracte.



D'acord amb el que estableix el plec de clàusules administratives particulars (d'ara en avant PCAP) que regix la contractació a què es referix la consulta, l'objecte del contracte el constituïx la gestió del servici públic d'arregla i transport de residus urbans, i de neteja viària. La modalitat és la de concessió, el termini inicial de duració és de 10 anys i el valor estimat, inclosa la possible pròrroga de 2 anys, puja a 2.843.395,08 euros.

Respecte a la qüestió plantejada per l'Ajuntament, la clàusula XVII del PCAP estableix, entre les obligacions de l'adjudicatari del contracte, la de "subrogar el personal adscrit al servici, en els termes i les condicions assenyalades en els convenis col·lectius vigents en el sector objecte de contractació". Així mateix, en el seu últim paràgraf assenjala que en la clàusula 5.1 del plec de prescripcions tècniques del contracte (d'ara en avant PPT) s'inclou la relació del personal que ha estat adscrit al servici de neteja viària i arregla de residus sòlids de l'Ajuntament.

Per la seua banda, la prescripció número 5.1.1 del PPT reitera l'obligació del contractista de subrogar-se en els contractes laborals del personal fix i temporal, i afegix que haurà de fer-ho "fins a la finalització dels seus contractes, ..., respectant els termes regulats pel (pels) Conveni(s) General(s) del sector de neteja pública i arregla, tractament i eliminació de residus" i que "l'incompliment culpable d'esta obligació comportarà la rescissió del contracte amb pèrdua de fiança".

A continuació, és l'apartat 5.1.2 del PPT el que, com indicava el PCAP, relaciona els llocs actuals adscrits al servici, que són un total de quatre; un d'estos, un conductor adscrit al Servici d'Arregla de Residus, i els altres tres, dos peons i un conductor adscrits al Servici de Neteja. De tots ells, s'informa, a més, de la seua antiguitat, tipus de contracte i cost anual estimat per a 2014, sense que s'establisca que el dit cost constituïra una quantitat a què hagueren d'ajustar-se exactament les ofertes dels licitadors.

I encara, en l'apartat 5.1.3, s'afigen noves obligacions que tenen relació amb la subrogació i que no estaven incloses, referides o anunciades en el PCAP, com que "l'adjudicatari estarà obligat a no modificar la composició de la plantilla assignada a la contracta amb caràcter permanent, durant els sis mesos anteriors a la finalització del contracte", o que "qualsevol modificació que poguera produir-se, derivada de les necessitats a atendre, així com del contingut dels contractes dels treballadors, haurà de ser autoritzada formalment per la corporació".

Tot això obliga a advertir una qüestió prèvia sobre la qual esta junta ja s'ha pronunciat altres vegades. De conformitat amb allò que disposa l'article 115 del TRLCSP, són els plecs de clàusules administratives particulars i no els plecs de prescripcions tècniques els que podran incloure les condicions que definixen els drets i les obligacions de les parts del contracte, mentres que el contingut dels segons ha de limitar-se a les prescripcions tècniques estrictament necessàries per a definir les prestacions i els seus requisits de qualitat en els termes establits en els articles 116 i 117 del TRLCSP. En el cas que ens ocupa açò no ha sigut així i mentres que, com hem vist, el PCAP es limita a establir, d'acord amb dret, l'obligació de subrogació de l'adjudicatari com a ocupador dels treballadors amb contracte laboral en vigor, el PPT ha anat més enllà i podria paréixer que ha establert obligacions que constituïxen condicions especials d'execució de dubtosa exigibilitat o aplicabilitat, per entrar en aspectes de les relacions laborals que competixen exclusivament a l'empresa adjudicatària o a esta i als seus treballadors i que excedixen les facultats o prerrogatives que en la contractació administrativa atorga a l'Ajuntament la legislació de contractes del sector públic.

L'article 118 del TRLCSP estableix que els òrgans de contractació podran establir condicions especials d'execució del contracte, sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari, s'indiquen en l'anunci de licitació i en el plec (el PCAP) o en el contracte, i es referisquen a les consideracions de tipus social o mediambiental que en el dit article es descriuen, entre les quals no està inclosa cap referida a la subrogació en contractes laborals preexistents i al manteniment de les condicions i retribucions hi pactades.

Pel que fa a contractes que imposen a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en relacions laborals preexistents, l'article 120 del TRLCSP estableix únicament que l'òrgan de contractació haurà de facilitar als licitadors, en el mateix plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes a què afecte la subrogació que calga per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà esta mesura, així com que l'empresa que efectuara la prestació estaria, al seu torn, obligada a facilitar a l'òrgan de contractació l'esmentada informació. No obstant això, el TRLCSP no estableix ni preveu la possibilitat d'establir l'obligació que, una vegada efectuada la subrogació, hagen de romandre inalterables les condicions dels dits contractes per cap temps vinculat o no a l'execució del contracte.

En conseqüència, des del punt de vista de la legislació de contractes del sector públic, vist el que estableix el PCAP que regix la contractació objecte de la consulta i la informació consignada en l'apartat 5.1.2 del seu PPT, no pot considerar-se de cap manera que una proposició incomplix els dits plecs pel fet que la seua estimació dels costos futurs de personal en la seua proposta tècnica siguin diferents dels costos anuals també estimats que figuren en el dit apartat del PPT o en qualsevol altre document. L'obligació de l'adjudicatari és la de subrogar-se com a ocupador en els contractes laborals vigents especificats en el plec, però esta subrogació no modifica els drets i obligacions que tenien les parts i si, abans de la subrogació, un contracte laboral podia ser modificat de conformitat amb la legislació aplicable, també pot ser-ho després¹.

¹ L'article 41 de l'Estatut dels Treballadors, d'acord amb la redacció donada per l'article 12 de la Llei 3/2012, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, estableix el següent:

Article 41. Modificacions substancials de condicions de treball

1. La direcció de l'empresa podrà acordar modificacions substancials de les condicions de treball quan hi haja provades raons econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció. Es consideraran com a tals les que estiguen relacionades amb la competitivitat, productivitat o organització tècnica o del treball en l'empresa.

Tindran la consideració de modificacions substancials de les condicions de treball, entre altres, les que afecten les matèries següents:

- a) Jornada de treball.
- b) Horari i distribució del temps de treball.
- c) Règim de treball a torns.
- d) Sistema de remuneració i quantia salarial.
- e) Sistema de treball i rendiment.
- f) Funcions, quan excedisquen dels límits que per a la mobilitat funcional preveu l'article 39 d'esta llei.



Les qüestions relatives a la legislació laboral i a la interpretació dels convenis col·lectius no són matèria objecte dels informes de la Junta, però, no obstant això, per referir-s'hi el PCAP que regix la contractació objecte de la consulta, hem d'analitzar, encara que succintament, la qüestió plantejada en el marc del Conveni a què es referix el PPT, açò és, el vigent Conveni general del sector de sanejament públic, neteja viària, regs, arplega, tractament i eliminació de residus, neteja i conservació de clavegueram, publicat per Resolució de 17 de juliol de 2013, de la Direcció General d'Ocupació (BOE núm 181, de 30 de juliol de 2013) (d'ara en avant, el Conveni).

En primer lloc, hem de destacar que l'esmentat conveni, aplicable en tot el territori espanyol, està sotmés al principi de complementarietat respecte dels convenis d'àmbit inferior, tal com indica el seu article 4 i de conformitat amb l'article 83.2 de l'Estatut dels Treballadors, i queden excloses de les matèries regulades en este conveni, entre altres, les quanties de les retribucions, ja que en este només s'establixen el sistema i l'estructura de les retribucions i altres aspectes referits als percentatges de bonificació dels treballs nocturns i tòxics, penosos o perillosos, així com a les hores extraordinàries.

I en segon lloc, cal afegir que la subrogació de personal és objecte de regulació general en el Conveni com una mesura per a aconseguir l'estabilitat en l'ocupació i, amb esta finalitat, els articles 50 i següents del Conveni establixen els supòsits en què haurà d'operar la subrogació del personal, la documentació que haurà de facilitar l'entitat ixent a l'entrant que li succeïssa en l'activitat i les regles que hauran de seguir-se per al càlcul, distribució i abonament de la liquidació de retribucions, vacances i descansos, respecte del personal afectat per la subrogació i entre l'entitat ixent i l'entrant. Però res no s'establix que condicione la possibilitat de modificar el contingut dels contractes pels motius previstos en la legislació laboral.

Per tant, com preveu la clàusula XVII del PCAP, ha de tindre's en compte la possibilitat que, junt amb el Conveni general del sector, poden haver convenis vigents d'àmbit inferior i, en particular, convenis d'empresa, com bé al·lega la mercantil a què l'Ajuntament es dirigix que sol·licita l'aclariment de la seua oferta, documents tots estos que acompanyen en el seu escrit de consulta. Respecte d'això, l'article 84.2 de l'Estatut dels Treballadors establix que la regulació de les condicions establides en un conveni d'empresa, que podrà negociar-se en qualsevol moment de la vigència de convenis col·lectius d'àmbit superior, tindrà prioritat aplicativa respecte del Conveni sectorial estatal, autonòmic o d'àmbit inferior, entre altres matèries, pel que fa a la quantia del salari base i dels complements salarials.

CONCLUSIONS

PRIMERA. La imposició a l'adjudicatari d'un contracte de l'obligació de subrogar-se com a ocupador en relacions laborals preexistents ha d'establir-se en el plec de clàusules administratives particulars i l'òrgan de contractació ha de facilitar a l'adjudicatari la informació

2. Les modificacions substancials de les condicions de treball podran afectar les condicions reconegudes als treballadors en el contracte de treball, en acords o pactes col·lectius o disfrutades per estos en virtut d'una decisió unilateral de l'empresari d'efectes col·lectius.

sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la subrogació, les quals poden estar modificades posteriorment de conformitat amb el que disposa la legislació laboral.

SEGONA. Com a conseqüència de l'anterior, no pot considerar-se que una proposició presentada a una licitació de la gestió d'un servici públic, com la que és objecte del present informe, incomplix els plecs que regixen la contractació pel simple fet que la seua estimació dels costos futurs del personal, unitaris o totals, diferisquen de les estimacions consignades en el plec de prescripcions tècniques.

Este informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió i ajustar-se o apartar-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

Aprovat per la Junta Superior de Contractació Administrativa en data 28 de juliol de 2014.

EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a) Orde
d'11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA