

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2 – planta 5a
46010 VALÈNCIA
Tel. 96 1613072

Ref. SUB/SCC/mvt
Assumpte: Informe 1/2021

INFORME 1/2021, DE 9 D'ABRIL DE 2021. APLICACIÓ DEL conveni col·lectiu SECTORIAL PER AL CÀLCUL DEL PRESSUPOST BASE DE LICITACIÓ. ACTUACIÓ DE L'ÒRGAN DE CONTRACTACIÓ DAVANT LA PREVISIÓ DE SUBROGACIÓ.

ANTECEDENTS

En data 3 de febrer de 2021, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de la Universitat d'Alacant, mitjançant el qual formula consulta del tenor literal següent:

SOL·LICITUD INFORME A la JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

La Sra. Amparo Navarro Faure, en qualitat de rectora de la Universitat d'Alacant, segons Decret 210/2020, de 18 de desembre, del Consell, publicat en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* de 21 de desembre de 2020 amb número 8979, sobre la base de l'article 2 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, sol·licite informe a la Junta Superior de Contractació Administrativa sobre les consultes següents:

La Universitat d'Alacant està iniciant un expedient per a la contractació, mitjançant procediment obert, de servei de neteja dels edificis i instal·lacions de la Universitat d'Alacant.

El personal de neteja es regeix en les seues condicions laborals i salarials per un conveni col·lectiu de centre de treball, que estableix una sèrie de condicions retributives i socials superiors a les previstes en el conveni col·lectiu sectorial d'aplicació.

En el moment de començar la redacció dels plecs de clàusules administratives particulars, ens trobem amb l'exigència continguda en l'article 100.2 de la referida Llei 9/2017, de 8 de març, "En el moment d'elaborar-lo, els òrgans de contractació cuidaran que el pressupost base de licitació siga adequat als preus del mercat. A l'efecte, el pressupost base de licitació es desglossarà indicant en el plec de clàusules administratives particulars o document regulador de la licitació els costos directes i indirectes i altres eventuales despeses calculades per a la seua determinació. En els contractes en què el cost dels salaris de les persones ocupades per a la seua execució forme part del preu total del contracte, **el pressupost base de licitació indicarà de forma desglossada i amb desagregació de gènere i categoria professional els costos salarials estimats a partir del conveni laboral de referència.**"

Per la seua part l'article 102.3 de la Llei 9/2017 disposa que:

"Els òrgans de contractació cuidaran que el preu siga adequat per a l'efectiu compliment del contracte mitjançant la correcta estimació del seu import, atés el preu general de mercat, en el moment de fixar el pressupost base de licitació i l'aplicació, si escau, de les normes sobre ofertes amb valors anormals o

desproporcionats. **En aquells serveis en els quals el cost econòmic principal siguen els costos laborals, hauran de considerar-se els termes econòmics dels convenis col·lectius sectorials, nacionals, autonòmics i provincials aplicables en el lloc de prestació dels serveis.”**

D'altra banda, l'article 122.2 de la Llei 9/2017, assenyala que:

“En els plecs de clàusules administratives particulars s'inclouran els criteris de solvència i adjudicació del contracte; les consideracions socials, laborals i ambientals que com a criteris de solvència, d'adjudicació o com a condicions especials d'execució s'establisquen; els pactes i condicions definidors dels drets i obligacions de les parts del contracte; la previsió de cessió del contracte excepte en els casos en què aquesta no siga possible, d'acord amb el que s'estableix en el segon paràgraf de l'article 214.1; **l'obligació de l'adjudicatari de complir les condicions salarials dels treballadors conforme al conveni col·lectiu sectorial d'aplicació**; i els altres esments requerits per aquesta llei i les seues normes de desenvolupament. En el cas de contractes mixtos, es detallarà el règim jurídic aplicable als seus efectes, compliment i extinció, ateses les normes aplicables a les diferents prestacions fusionades en aquells.”

Tenint en compte que els costos salarials derivats dels convenis col·lectius tenen força vinculant i el seu respecte ha de quedar totalment garantit, tant en la preparació del contracte, durant l'elaboració dels plecs, com una vegada adjudicat el contracte, en fase d'execució, i que l'incompliment de l'article 100.2 de la LCSP suposa l'omissió d'unes dades transcendents per a l'adjudicació i execució del contracte, que serveix per a justificar un càlcul correcte del valor estimat i garantir que la fixació del preu és ajustada a dret.

A l'hora de calcular el pressupost base de licitació conforme al que es disposa en l'article 100 i següents de la Llei 9/2017, ¿hem d'aplicar en concepte de costos salarials el conveni col·lectiu sectorial d'aplicació, com així recull en el seu articulat la Llei 9/2017 o el conveni col·lectiu de centre de treball, quan les condicions retributives i laborals són més favorables per als treballadors?

D'altra banda, l'article 130 assenyala que:

“Quan una norma legal un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general, impose a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, els serveis dependents de l'òrgan de contractació hauran de facilitar als licitadors, en el mateix plec, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors als quals afecte la subrogació que resulte necessària per a permetre una exacta avaluació dels costos laborals que implicarà tal mesura, havent de fer constar igualment que tal informació es facilita en compliment del que es preveu en el present article.”

Per tant, en el cas d'aplicar el conveni de centre de treball per al càlcul del pressupost base de licitació, hem d'indicar en el plec de clàusules administratives aquest conveni de centre a l'efecte de subrogació per a l'adjudicatari.

Per consegüent, se sol·licita a aquesta Junta Superior de Contractació Administrativa de la Comunitat Valenciana, a la qual tinc l'honor de dirigir-me, l'emissió d'un informe sobre les qüestions plantejades.

Signat pel Sr. Salvador Ivorra Chorro.

Vicerector d'Infraestructures, Sostenibilitat i Seguretat Laboral.



CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

1.- Fixació del pressupost base de licitació.

Com a primer punt de partida hem d'indicar que no és el contractista qui fixa el pressupost base de licitació, sinó l'entitat contractant, per la qual cosa no pot ser aquell qui determine el cost dels serveis a licitar.

Com ha assenyalat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en nombroses resolucions, entre elles la 1082/2020, de 17 de desembre.

“...l'òrgan de contractació haurà de determinar, si escau, en el plec del contracte les necessitats de personal reals i actuals que requereix el servei a contractar, sense veure's vinculat a l'efecte ni pel que es disposa en anteriors plecs relatius a la contractació del mateix servei, ni per l'existència d'una obligació de subrogació que pugui afectar tota o una part de la plantilla contractada per l'adjudicatari cessant per a la prestació de tal servei, ni per les millores que poguera haver fet el contractista sortint. Així les coses, a l'hora de calcular el pressupost base de licitació, el valor estimat i del preu del contracte, l'òrgan de contractació únicament haurà de tindre en compte els costos laborals del personal que haja establert com a necessari ex article 28 de la LCSP per a l'execució del contracte.

L'Administració contractant haurà de determinar en el plec del corresponent contracte administratiu les seues necessitats reals actuals, entre les quals figuren, si fa el cas, la mà d'obra que siga necessària per a atendre el servei objecte de contractació i això sense perjudici de fer constar en el plec d'aquest contracte la informació a què es refereix l'article 130 de la LCSP. “

De la lectura dels arts. 100, 101 i 102 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara endavant LCSP), el Tribunal destaca que l'obligació d'explicitar el conveni col·lectiu Sectorial en la fase de preparació i licitació es contrau a la confecció del pressupost del contracte, el valor estimat i a la valoració d'ofertes anormalment baixes.

En efecte- assenyalava la Resolució 614/2020, de 26 d'agost-, durant la fase de preparació del contracte únicament s'ha de recórrer als convenis col·lectius sectorials d'aplicació per al càlcul del valor estimat i pressupost (articles 100, 101 i 102 de la LCSP).

En la resta dels casos, l'observança del conveni col·lectiu sectorial d'aplicació, particularment en matèria salarial, constitueix un aspecte propi de l'execució. Així resulta dels articles 35 i 122 de la LCSP –que imposen que es consignen l'obligació de respectar aquests salaris durant l'execució del contracte al plec i document de formalització-, i dels articles 201 i 202 de la mateixa llei.

2.- En l'àmbit de la subrogació

Cert és que aquests convenis de centre de treball no poden considerar-se equiparables als convenis d'empresa, i que no poden establir disposicions contràries als convenis col·lectius sectorials ex STS 772/2016, de 22 de setembre de 2016, i STS 557/2019, de 10 de juliol de 2019.

Però el que sí que és clar és que no correspon a l'òrgan de contractació establir aquesta obligació i avaluar-ne el cost, d'existir l'obligació de subrogació en el conveni, l'òrgan de contractació haurà d'actuar conforme a l'art. 130.1, apartat segon, que disposa: “A l'efecte, l'empresa que vinguera efectuant la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats, estarà obligada a proporcionar la referida informació a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest. Com a part d'aquesta informació, en tot cas, s'hauran d'aportar els llistats del personal objecte de subrogació, indicant-se: el

conveni col·lectiu d'aplicació i els detalls de categoria, tipus de contracte, jornada, data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador, així com tots els pactes en vigor aplicables als treballadors als quals afecte la subrogació. L'Administració comunicarà al nou empresari la informació que li haguera sigut facilitada per l'anterior contractista”.

La Resolució 1017/2020 de 30 d'octubre de 2020, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, incideix en això: *La qüestió que planteja l'òrgan consultant oblida alguna cosa que és essencial, i és que l'obligació que l'article 130 de la LCSP imposa a l'òrgan de contractació, presenta una naturalesa formal, que com indica la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en el seu informe 61/2019:*

“Únicament l'obliga a requerir al contractista anterior una informació determinada, així com, una vegada proporcionada tal informació, a facilitar-la als licitadors, sense que el precepte impose –ni se'n deduïscap obligació per a l'òrgan de contractació de comprovar la veracitat material o intrínseca d'aquella informació”.

De la mateixa manera, a l'òrgan de contractació, de conformitat amb l'article 130 de la LCSP, li incumbeix requerir la informació i una vegada remesa per l'òrgan de contractació, únicament haurà de verificar si les dades remeses, en termes formals, són les exigits per la llei, és a dir, que la informació subministrada té els esments mínims recollits en l'article 130.5 de la LCSP. Així es pronuncia el citat informe 61/2019, quan assenyala que:

És important destacar en aquest punt que l'obligació de concretar quina informació és necessària a aquest efecte recau sobre el contractista sortint perquè, d'una banda, és l'únic que veritablement coneix la situació dels seus treballadors i de la seua empresa, així com les eventuals circumstàncies que pogueren influir en la determinació del cost salarial per al cas d'una eventual subrogació; i, d'una altra, és a aquest contractista al qual la LCSP obliga a assumir les conseqüències en el cas que, una vegada produïda la subrogació, els costos laborals foren superiors als que es desprendrien de la informació facilitada per l'antic contractista. L'òrgan de contractació es pot limitar a requerir el contractista perquè li remeta la informació necessària, comprovant que s'ha remés amb les dades legalment establides que constitueixen el mínim d'informació exigible, o amb les incloses en el plec.

Tot això sense perjudici que, com indica l'òrgan de contractació en el seu informe, pels licitadors puga requerir-se informació addicional, bé a través de la plataforma, bé a través de qualsevol dels mitjans establits en la LCSP, sense que, com és lògic, tal requeriment, que haurà de traslladar-se al contractista sortint, altere la naturalesa de l'obligació que l'article 130 de la LCSP imposa a l'òrgan de contractació.

Per això, es considera totalment necessari que, com indica l'art. 130.4 de la LCSP que el plec de clàusules administratives particulars, contemple la imposició de penalitats dins dels límits establits en l'art. 192 per al cas que el contractista incomplisca el deure d'informació.

CONCLUSIÓ

PRIMERA.- De la lectura dels arts. 100, i 102 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, es conclou que els costos salarials en confeccionar el pressupost de licitació han de ser els del conveni sectorial.



SEGONA.- L'òrgan de contractació haurà d'actuar conforme a l'art. 130.1, apartat segon, que disposa: “A l'efecte, l'empresa que vinguera efectuant la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats, estarà obligada a proporcionar la referida informació a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest. Com a part d'aquesta informació, en tot cas s'hauran d'aportar els llistats del personal objecte de subrogació, indicant-se: el conveni col·lectiu d'aplicació i els detalls de categoria, tipus de contracte, jornada, data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador, així com tots els pactes en vigor aplicables als treballadors als quals afecte la subrogació. L'Administració comunicarà al nou empresari la informació que li haguera sigut facilitada per l'anterior contractista”.

El present informe s'emet a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió, ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

Vist i plau,
LA PRESIDENTA,
SOTSSECRETÀRIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC.

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 9 d'abril de 2021