

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA

Carrer Palau, 12, entresol
46003 València
Tel. 96 1613072

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Assumpte: informe 6/2022

INFORME 6/2022, DE 17 DE FEBRER DE 2023. ERRADA DEL CONTRACTISTA ANTERIOR EN LA INFORMACIÓ SOBRE LA SUBROGACIÓ DELS TREBALLADORS. OBLIGACIONS DE L'ÒRGAN DE CONTRATRACCIÓ EN LA INFORMACIÓ SOBRE LA SUBROGACIÓ. IMPOSSIBILITAT DE MODIFICACIÓ DEL CONTRACTE

ANTECEDENTS

En data 23 de novembre de 2022, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament dels Poblets, mitjançant la qual formula consulta del tenor literal següent:

«De conformitat amb allò disposat en l'article 9.3 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre oficial de contractes de la Generalitat, el Registre de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i la Central de Compres de la Generalitat, l'Alcaldia de l'Ajuntament dels Poblets sol·licita informe facultatiu a la Junta Superior de Contractació de la Generalitat Valenciana en relació amb els antecedents següents:

La Junta de Govern Local, en sessió ordinària celebrada el dia 1 d'abril de 2021, adjudica el contracte de serveis de "recollida de residus sòlids urbans, el seu transport a l'abocador i neteja urbana" a favor d'OHL Servicios Ingesan, SA, amb CIF A-27178789; contracte subjecte a regulació harmonitzada d'acord amb els articles 19 i següents de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

El contracte administratiu se signa en data 16 d'abril de 2021, i l'acta d'inici de prestació del servei, en data 21 d'abril de 2021.

D'acord amb l'article 24.7 del Plec de clàusules administratives, "Drets i obligacions dels parts", es disposa:

"7. Subrogació del personal

D'acord amb la Resolució de 17 de juliol de 2013, de la Direcció General d'Ocupació, per la qual es registra i publica el Conveni col·lectiu del sector de sanejament públic, neteja viària, riscos, recollida, tractament i eliminació de residus, neteja i conservació de clavegueram (BOE núm. 181, de 30 de juliol de 2013), i l'article 130 de la Llei de contractes del sector públic, el contractista té l'obligació de subrogar-se com a ocupador dels treballadors adscrits al servei per part de l'empresa que anteriorment prestava el servei, sempre i quan estiguen en els supòsits continguts en l'article 17 i següents de dit conveni col·lectiu.

La informació sobre el personal objecte de subrogació consta en l'annex V d'aquest plec.

Sense perjudici de l'aplicació, en el seu cas d'allò establert en l'article 44 del text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, el contractista tindrà

l'obligació de respondre dels salaris impagats als treballadors afectats per la subrogació, i també de les cotitzacions a la Seguretat Social meritades, encara en el supòsit que es resolga el contracte i aquells siguin subrogats pel nou contractista, sense que en cap cas aquesta obligació corresponga a aquest últim.

En aquest cas, l'Ajuntament, una vegada acreditada la manca de pagament dels salaris, procedirà a la retenció de les quantitats degudes al contractista per tal de garantir el pagament dels esmentats salaris, i a la no devolució de la garantia definitiva mentre no s'acredite l'abonament d'aquests.

Quan a la finalització d'aquest contracte haja de produir-li la subrogació regulada en aquest apartat, el contractista deurà proporcionar a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest, la informació relativa a la relació i condicions laborals dels treballadors que hagen de ser objecte de subrogació."

S'adjunta a aquesta sol·licitud: el plec de clàusules administratives, el plec de prescripcions tècniques i la informació sobre subrogació de personal que va ser comunicada per l'anterior adjudicatària del servei (CESPA, Companyia Espanyola de Serveis Auxiliars, SA, amb CIF A-82741067) i per tant annexada al plec de clàusules administratives.

En el mes de maig de 2022, l'actual empresa adjudicatària, OHL Servicios Ingesan, SA, es posa en contacte amb la Regidoria d'Obres i Serveis Municipal i amb el tècnic responsable del contracte, on exposa uns fets que, en la seua opinió, han de donar lloc a una modificació del contracte per tal de restablir l'equilibri economicofinancer del servei.

En resum, la seua reclamació es basa en el fet que la taula de retribucions del personal a subrogar que l'anterior adjudicatària del servei va fer arribar a l'Ajuntament i que aquest incorpora al plec de clàusules administratives, no coincideix amb allò que realment estan cobrant els treballadors subrogats.

Afirma l'actual adjudicatària que allò cobrat de més, respecte a la taula de subrogacions, és una situació consolidada, atès que els treballadors ho tenen com a drets adquirits i no es pot modificar, motiu pel qual OHL ha de mantenir aquesta aplicació de la taula salarial que suposa un increment de més d'un 10 per cent d'increment salarial respecte a allò publicat als plecs.

Tot això, afirma OHL, suposa un desequilibri economicofinancer del contracte arran d'un vici ocult del qual no s'havia informat correctament als plecs de condicions.

S'adjunta a aquesta sol·licitud la reclamació presentada per l'empresa adjudicatària.

L'empresa adjudicatària fonamenta la seua sol·licitud:

L'esmentada situació suposa l'aparició sobrevinguda d'una modificació de les condicions licitades del contracte que està prevista en l'apartat 2 de l'article 290 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, en què s'estableix que quan les modificacions afecten el règim financer del contracte, s'haurà de compensar a la part corresponent de manera que es mantinga l'equilibri dels supòsits econòmics que van ser considerats bàsics en l'adjudicació del contracte.

L'article 130 de l'LCSP estableix que a requeriment de l'òrgan de contractació, l'anterior adjudicatària estarà obligada a proporcionar a aquest la informació sobre les condicions dels contractes als quals afecte la subrogació que resulte necessària per permetre una avaluació exacta dels costos laborals que seran comunicats al nou adjudicatari i resulta que en aquest cas, la informació rebuda no es correspon amb la real



i la diferència resulta en perjudici de la nova contractista i en contra de l'equilibri economicofinancer del contracte.

D'altra banda, no es pot qualificar la situació que s'exposa com a conseqüència d'un risc operacional que l'adjudicatari hagués d'assumir, ja que un risc operacional s'ha d'entendre com el risc d'exposició a les incerteses del mercat, que pot consistir en un risc de demanda o en un risc de subministrament, o bé en un risc de demanda i subministrament. S'ha d'entendre per "risc de demanda" el que es deu a la demanda real de les obres o serveis objecte del contracte. S'ha d'entendre per risc d'oferta el relatiu al subministrament de les obres o serveis objecte del contracte, en particular el risc que la prestació dels serveis no s'ajuste a la demanda, però de cap manera, com passa en aquest cas, per un defecte del plec en traslladar a l'oferta pública de licitació unes condicions salarials diferents de les que l'anterior adjudicatari ha practicat que per l'obligació de subrogar són les que el nou adjudicatari es veu en l'obligació de pagar sense previ coneixement, en no haver pogut avaluar i calcular la seua oferta de licitació sobre la base de les condicions reals que ara es veu obligat a enfrontar.

No obstant això, l'article 290 i el concepte de "manteniment equilibri econòmic del contracte" són aplicables al contracte de gestió de serveis; quan el contracte del qual és adjudicatària, és un contracte de serveis.

A això, l'adjudicatària argumenta:

"És cert que l'article 290 és per al contracte de concessió de serveis, però també ho és que la doctrina estén els mateixos efectes al de serveis per al restabliment de l'equilibri econòmic del contracte. El fet de no ser concessionaris, sinó sol prestadors de serveis ens exclou de l'obligació d'assumir un risc com aquest, però no suposa que no existisca l'obligació de l'Administració de restablir l'equilibri econòmic del contracte.

De manera conseqüent, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha reconegut (vegeu, p. ex., STS de 19 de setembre de 2000 i jurisprudència que s'hi esmenta) el manteniment de l'equilibri econòmic de les concessions administratives com un principi bàsic de tota figura concessional –i no sols pròpia dels contractes de serveis–, emparat en les previsions contingudes en els articles 116.3; 127.2.2, lletres *a* i *b*; 129, núm. 3 i 5, i 152 del RCSL.

Durant l'execució d'un contracte es poden donar successos o circumstàncies que modifiquen les condicions establides en el moment de la seua perfecció. El principi general de la contractació pública en virtut del qual els contractes han d'executar-se a risc i perill del contractista ha de ser matisat quan es produísca un desequilibri econòmic produït per l'exercici del *ius variandi*, risc imprevisible o suposats de *factum principis*.

En aquest cas, ha de considerar-se el succeït com a *ris imprevisible*, perquè no ha sigut per una decisió de l'Administració, encara que si sota el seu degut control, i per això pot aplicar-se la doctrina del *rebus sic stantibus*, atés que es tracta d'un supòsit d'extraordinària excepcionalitat perquè concorre l'existència d'una circumstància sobrevinguda i imprevisible que altera les condicions que hi havia en el moment de subscriure el contracte respecte a les existents en el moment del seu compliment, sent inimputable a la nova contractista i provocant la ruptura de l'equilibri de les prestacions de les parts (exemple la STS de 30 de juny de 2014, de la Sala Civil del Tribunal Suprem (Recurs de cassació núm. 2250/2012).

És clar que l'Administració ha d'accedir a restablir l'equilibri del contracte, sobretot quan se suposa que és ella mateixa qui ha publicat unes condicions que són diferents a les que li van ser comunicades pel contractista sortint. Això ja genera la seua responsabilitat."

A la vista de tot això, plantegem les qüestions següents:

1r. Encara que l'Ajuntament va annexar al plec de clàusules administratives la taula salarial del personal a subrogar proporcionada per l'anterior adjudicatària (CESPA), l'actual adjudicatària (OHL) va abonar les nòmines a l'esmenta personal, no sobre la base de la informació continguda en el plec de clàusules si no copiant les nòmines que estava pagant l'anterior adjudicatària, la qual havia pujat les esmentades retribucions sense comunicar res a aquest Ajuntament i sense que l'esmentat increment es continguera en la informació sol·licitada per a la nova licitació.

L'Ajuntament té l'obligació d'assumir aquest increment en els costos de personal del contracte?, o és l'empresa adjudicatària la que havia d'haver pagat els costos salarials inclosos en la taula annexada al plec de clàusules administratives, proporcionada per l'anterior adjudicatària del servei?

2n. En el cas que l'Ajuntament tinga obligació d'assumir l'errada de l'anterior empresa adjudicatària (CESPA) en proporcionar la taula salarial i l'errada de l'actual adjudicatària (OHL) de pagar les nòmines al personal subrogat d'acord amb allò que realment estaven cobrant i no d'acord amb la informació continguda en els plecs que regulen la licitació pública.

Hem de tramitar una modificació contractual d'acord amb l'article 205.1.b de l'LCSP per circumstàncies sobrevingudes?

Els Poblets

L'alcalde: Carolina Vives Bolufer»

En data 2 de desembre de 2022, la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licita determinat aclariments en relació amb la taula salarial publicada en la licitació i conveni aplicables.

L'Ajuntament consultant acompanya escrit de l'anterior contractista CESPA, Companyia Espanyola de Serveis Públics Auxiliars, SA, que literalment diu:

«En relació al seu escrit on se sol·licita informar dels punts següents:

– En virtut de quin acord sectorial o acord d'empresa s'estan pagant unes quantitats superiors a les establides en el conveni col·lectiu i en la taula que ens van fer arribar per a l'elaboració dels plecs.

– La data des de la qual es va pagar aquest increment en les nòmines del personal que va ser objecte de subrogació i també l'import d'aquest increment.

– La raó per la qual no es van comunicar a aquest Ajuntament les dades correctes en compliment del que es disposa en l'article 130 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, i l'article 50 i següents de la Resolució de 17 de juliol de 2013, de la Direcció General d'Ocupació.

En contestació a les anteriors preguntes s'indica el següent:

– Aquesta mercantil va subrogar al personal especificat en l'annex I amb les taules del mateix annex; aquesta llista i taules van ser facilitades per la mercantil Urbaser.



– Al personal se li subroga tant entre Urbaser i Cespa-Prezero com entre Cespa-Prezero i OHL aplicant el Conveni col·lectiu del sector de sanejament públic, neteja viària, riscos, recollida, tractament i eliminació de residus, neteja i conservació de clavegueram, segons cartes de subrogació del personal.

– PreZero no realitza cap increment de conveni al personal i facilita com a dades els salaris bruts anuals, per tant no és procedent la presentació de dades incorrectes, entenent-se les presentades en el seu moment com a correctes.

No obstant això, i després de l'escrit rebut per part de l'ajuntament, s'ha revisat les nòmines i comprovat que existeix un error en el seu pagament per part de Cespa-PreZero als seus treballadors consistent en l'aplicació dels plusos efectius per dia de treball com a plusos relatius a tots els dies del mes.

En conseqüència amb això, els treballadors han percebut unes pagues superiors a les establides pel conveni, de forma totalment indeguda i la reclamació de la qual als treballadors aquesta empresa es reserva.»

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'article 130 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, disposa:

«1. 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 siga necessària per a permetre una avaluació exacta dels costos laborals que implicarà tal mesura, i han de fer constar igualment que aquesta informació es facilita en compliment del que es preveu en aquest article.

A aquest efecte, l'empresa que estiga efectuant la prestació objecte del contracte que s'ha d'adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats estarà obligada a proporcionar la informació referida a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquest. Com a part d'aquesta informació, en tot cas s'hauran d'aportar les llistes del personal objecte de subrogació, i s'ha d'indicar: el conveni col·lectiu aplicable i els detalls de categoria, tipus de contracte, jornada, data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador, i també 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.»

Sobre el deure d'informació de l'òrgan de contractació i la seua extensió a la veracitat de les dades, són nombroses les resolucions del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals negant la competència de l'òrgan de contractació o dels seus serveis de comprovar aquests extrems, citarem entre les més recents la Resolució 1242/2022, de 13 d'octubre, que confirma que:

«L'article 130.1 de l'LCSP determina el contingut mínim i, per tant, obligatori d'aquesta informació, així ha de contindre els llistats del personal objecte de subrogació, amb referència al conveni col·lectiu d'aplicació, els detalls de categoria, tipus de contracte, jornada, data d'antiguitat, venciment del contracte, salari brut anual de cada treballador, i també tots els pactes en vigor aplicables als treballadors als quals afecte la subrogació. La norma imposa aquest contingut obligatori tant a l'òrgan de contractació que ha de confeccionar els plecs com a l'empresa contractista que presta el servei, perquè aquella té l'obligació de facilitar la informació a l'òrgan de contractació, deure que l'apartat 4 de l'article 130 de l'LCSP reforça amb l'exigència de consignar en el plec la imposició de penalitats al contractista per al cas del seu incompliment.

Hi ha, per tant, un lligam perfecte entre la informació que subministra el contractista que presta el servei a l'òrgan de contractació i la que aquest ha de reflectir en els plecs, i això perquè l'LCSP parteix de la separació radical entre les obligacions laborals dels contractistes envers els seus treballadors i el contracte administratiu, per la qual cosa l'òrgan de contractació, que és alié a la relació laboral, no té obligació de conèixer els seus detalls i, per tant, tampoc de comprovar que les dades que se li donen pel contractista són certes.

Així el deure d'informació es configura com una obligació purament formal, en què l'òrgan de contractació actua com un mer *nuntius* o intermediari en el subministrament de les dades que la conformen, entre el contractista que presta el servei i els licitadors que concorren al futur contracte.

Això es manifesta en la responsabilitat per la falta de certesa en la informació subministrada, que no recau en l'òrgan de contractació sinó, conforme assenyalen els apartats 5 i 6 de l'article 130 de l'LCSP, sobre l'antic contractista, enfront del qual el nou contractista tindrà acció directa si els costos laborals foren superiors als que es desprenien d'aquella informació...»

I la Resolució 1173/2022, de 6 d'octubre, redunda en l'obligació en dir:

«No li és exigible a l'òrgan de contractació verificar o contrastar la informació rebuda, ni respondre de la seua certesa o suficiència. Tampoc està obligat el poder adjudicador a recaptar més informació del contractista –ni a facilitar-li-la als licitadors– que la que imposa l'article 130.1 de l'LCSP, sense perjudici que el precepte no impedeix –per això ho fa amb caràcter facultatiu no imperatiu–, que l'òrgan de contractació pugui recaptar i facilitar més informació sobre les condicions dels contractes de treball si de les circumstàncies concurrents es desprén com a necessària per a permetre una exacta avaluació dels costos laborals en l'execució del contracte que s'està licitant.»

En un sentit idèntic es manifesten les Resolucions 1295/2022, de 20 d'octubre, i 1304/2022, de 20 d'octubre.

Així les coses i vist l'escrit de l'anterior contractista, manca de tot fonament la pretensió de l'actual contractista OHL. En primer lloc, perquè no existeix cap acord intern entre la CESPÀ i els seus treballadors subrogats i en segon lloc perquè es tracta d'un error en la confecció de les nòmines, no imputables a l'Ajuntament, que de conformitat amb l'anteriorment dit en aquest informe, no és responsable ni d'aquest error ni en qualsevol cas de cap compensació.

Tal consideració mereix per part d'aquesta Junta que hagen de rebutjar-se les al·legacions de l'OHL sobre l'abonament per part de l'Ajuntament dels increments; que en qualsevol cas, en aplicació de l'article 130.6 podrà reclamar aquests a l'empresa sortint.

També ha de rebutjar-se la pretensió de l'actual contractista poden dur-se a terme per l'institut de la modificació de l'article 205 de l'LCSP. L'esmentat precepte preveu les «Modificacions no previstes en el plec de clàusules administratives particulars» els supòsits de les quals abasten les prestacions addicionals, circumstàncies imprevisibles i modificacions no substancials. Totes elles en relació únicament amb l'execució del contracte i, per tant, de les seues prestacions.

CONCLUSIONS



Primera. El deure d'informació es configura com una obligació purament formal, en què l'òrgan de contractació actua com un mer intermediari en el subministrament de les dades que la conformen, entre el contractista que presta el servei i els licitadors que concorren al futur contracte.

Segona. Per tant, la responsabilitat per la falta de certesa en la informació subministrada no recau en l'òrgan de contractació sinó, conforme assenyalen els apartats 5 i 6 de l'article 130 de l'LCSP, sobre l'antic contractista, enfront del qual el nou contractista tindrà acció directa si els costos laborals foren superiors als que es desprenien d'aquella informació.

Tercera. Vistes les anteriors conclusions no procedeix per part de l'Ajuntament consultant fer-se càrrec de les diferències salarials ni operar cap modificació en el contracte, modificació que d'altra banda no seria conforme a dret. Per tant, escau denegar les pretensions de l'actual contractista.

Aquest 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, 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
El president

Sotssecretari d'Hisenda i Model Econòmic

Aprovat per la Junta Superior
de Contractació Administrativa
En data __ de ____ de 202__