

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer Palau,12 Entresol
46003-VALÈNCIA
Telf. 96 1613072

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Asunto: Informe 6/2022

INFORME 6/2022, DE 17 DE FEBRERO DE 2023 . ERROR POR PARTE DEL CONTRATISTA ANTERIOR EN LA INFORMACIÓN SOBRE LA SUBROGACIÓN DE LOS TRABAJADORES. OBLIGACIONES DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA INFORMACIÓN SOBRE LA SUBROGACIÓN. IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

ANTECEDENTES

En fecha 23/11/2022, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ajuntament dels Poblets, mediante la que formula consulta del siguiente tenor literal:

“ De conformitat amb allò disposat en l'article 9.3 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual se 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 següents antecedents:

La Junta de Govern Local , en sessió ordinària celebrada el dia 1 d'abril de 2021, adjudica el contracte de serveis “RECOLLIDA DE RESIDUS SÒLIDS URBANS, EL SEU TRANSPORT A L'ABOCADOR I NETEJA URBANA” a favor de OHL SERVICIOS INGESAN S.A., 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 24.7ª del Plec de Clàusules Administratives («Drets i obligacions de les parts», se 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 se 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 nº 181 de 30 de juliol de 2013), i l'article 130 de la LCSP, el contractista té l'obligació de subrogar-se com empleador 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 al present Plec. Sense perjudi de l'aplicació, en el seu cas d'allò establert en l'art. 44 del Text Refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat per RD Legislatiu 2/2015 de 23 d'octubre, el contractista tindrà l'obligació de

respondre dels salaris impagats als treballadors afectats per la subrogació, així com de les cotitzacions a la Seguretat Social devengades, encara en el supòsit de que es resolga el contracte i aquells siguen 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 en tant en quant no s'acredite l'abonament d'aquests.

Quan a la finalització del present contracte haja de produir-se 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'adjunten a la present 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 COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS AUXILIARES S.A. , 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 S.A. se posa en contacte amb la Regidoria d'Obres i Serveis municipal i amb el tècnic responsable del contracte , exposant uns fets que , en la seua opinió, han de donar lloc a una modificació del contracte per tal de restablir l'equilibri econòmic-financer del servei.

En resum, la seua reclamació se basa en el fet de 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% d'increment salarial respecte a allò publicat als plecs.

Tot això, afirma OHL, suposa un desequilibri econòmic-financer del contracte arrel d'un vici ocult del que no s'havia informat correctament las plecs de condicions.

S'adjunta a la present 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 contemplada a l'apartat 2 de l'article 290 de la Llei 9/2017 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 la 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 en cap cas, 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 seva 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:

Es cierto que el artículo 290 es para el contrato de concesión de servicios pero también lo es que la doctrina extiende los mismos efectos al de servicios para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. El hecho de no ser concesionarios, sino solo prestadores de servicios nos excluye de la obligación de asumir un riesgo como éste, pero no supone que no exista la obligación de la administración de restablecer el equilibrio económico del contrato.

De forma consecuente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido (ver, p. ej., STS de 19 de septiembre de 2000 y jurisprudencia allí citada) el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas como un principio básico de toda figura concesional -y no sólo propia de los contratos de servicios-, amparado en las previsiones contenidas en los artículos 116.3, 127.2.2 a) y b), 129.3 y 5 y 152 RCL.

Durante la ejecución de un contrato se pueden dar sucesos o circunstancias que modifiquen las condiciones establecidas en el momento de su perfección. El principio general de la contratación pública en virtud del cual los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista debe ser matizado cuando se produzca un desequilibrio económico producido por el ejercicio del ius variandi, riesgo imprevisible o supuestos de factum principis.

En este caso debe considerarse lo sucedido como RIESGO IMPREVISIBLE, pues no ha sido por una decisión de la administración, aunque si bajo su debido control, y por ello puede aplicarse la doctrina del rebus sic stantibus, dado que se trata de un supuesto de extraordinaria excepcionalidad pues concurre la existencia de una circunstancia sobrevenida e imprevista que altera las condiciones que había en el momento de suscribir el contrato con respecto a las existentes en el momento de su cumplimiento, siendo inimputable a la nueva contratista y provocando la ruptura del equilibrio de las prestaciones de las partes (ejemplo la STS de 30 de junio de 2014, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 2250/2012).

Es claro que la administración debe acceder a restablecer el equilibrio del contrato, sobre todo cuando se supone que es ella misma quien ha publicado unas condiciones que son distintas a las que le fueron comunicadas por el contratista saliente. Eso ya genera su responsabilidad.

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

1º.- 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 dit personal, no en base a la informació continguda en el Plec si no copiant les nòmines que venia pagant l'anterior adjudicatària, la qual havia pujat dites retribucions sense comunicar res a aquest Ajuntament i sense que dit increment se continguera en la informació sol·licitada per a la nova licitació.

¿Té l'Ajuntament l'obligació d'assumir aquest increment en els costes de personal del contracte ?; ¿o és l'empresa adjudicatària la que tenia que haver pagat els costes salarials inclosos en la taula annexada al Plec de Clàusules Administratives , proporcionada per l'anterior adjudicatària del servei?.

2º.- En el cas de que l'Ajuntament tinga obligació d'assumir l'errada de l'anterior empresa adjudicatària (CESPA) al 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 venien 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 la LCSP per circumstàncies sobrevingudes?

En Els Poblets
L'ALCALDESSA
CAROLINA VIVES BOLUFER “

En fecha 2 de diciembre de 2022 se solicitan por la Secretaría de la Junta superior de Contratación Administrativa determinadas aclaraciones en relación con la tabla salarial publicada en la licitación y Convenio aplicable.

Por el Ayuntamiento consultante se acompaña escrito de la anterior contratista CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES, S.A. que literalmente dice:

En relación a su escrito donde se solicita informar de los siguientes puntos.

- "En virtud de qué acuerdo sectorial o acuerdo de empresa se están pagando unas cantidades superiores a las establecidas en el convenio colectivo y en la tabla que nos hicieron llegar para la elaboración de los pliegos".

- "La fecha desde la que se pagó dicho incremento en las nóminas del personal que fue objeto de subrogación así como el importe de dicho incremento."

- La razón por la que no se comunicaron a este Ayuntamiento los datos correctos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre , de Contratos del Sector Público y el artículo 50 y siguientes de la Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo.



En contestación a las anteriores preguntas se indica lo siguiente.

- Esta mercantil subrogó al personal especificado en el anexo I con las tablas del mismo anexo, siendo este listado y tablas facilitado por la mercantil Urbaser.

- Al personal se le subroga tanto entre Urbaser y Cespa-Prezero como entre Cespa- Prezero y OHL aplicando el Convenio Colectivo del Sector de saneamiento público,limpieza viaria, riesgos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de Alcantarillado, según cartas de subrogación del personal,

- PreZero no realiza ningún incremento de convenio al personal, y facilita como datos los salarios brutos anuales, por tanto no ha lugar la presentación de datos incorrectos, entendiéndose los presentados en su día como correctos.

No obstante a esto, y tras el escrito recibido por parte del ayuntamiento se ha revisado las nóminas y comprobado que existe un error en el pago de las mismas por parte de Cespa- PreZero, a sus trabajadores consistente en la aplicación de los pluses efectivos por día de trabajo como pluses relativos a todos los días del mes.

En consecuencia con ello, los trabajadores han percibido unas pagas superiores a las establecidas por el convenio, de forma totalmente indebida y cuya reclamación a los trabajadores esta empresa se reserva”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El art. 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre , de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) dispone:

“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. “

Sobre el deber de información del órgano de contratación y su extensión a la veracidad de los datos, son numerosas las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales negando la

competencia del órgano de contratación o de sus servicios de comprobar dichos extremos , citaremos entre las más recientes la Resolución 1242/2022, de 13 de octubre de 2022 que confirma que:

“El artículo 130.1 LCSP determina el contenido mínimo y, por ende, obligatorio de dicha información, así ha de contener los listados del personal objeto de subrogación, con referencia al convenio colectivo de aplicación, 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 norma impone dicho contenido obligatorio tanto al órgano de contratación que ha de confeccionar los pliegos como a la empresa contratista que viene prestando el servicio, pues aquella tiene la obligación de facilitar la información al órgano de contratación, deber que el apartado 4 del artículo 130 LCSP refuerza con la exigencia de consignar en el pliego la imposición de penalidades al contratista para el caso de su incumplimiento.

Hay, por tanto, una ligazón perfecta entre la información que suministra el contratista que presta el servicio al órgano de contratación y la que éste ha de reflejar en los pliegos, y ello porque la LCSP parte de la separación radical entre las obligaciones laborales de los contratistas para con sus trabajadores y el contrato administrativo, por lo que el órgano de contratación, que es ajeno a la relación laboral, no tiene obligación de conocer sus pormenores y, por tanto, tampoco de comprobar que los datos que se le dan por el contratista son ciertos.

Así el deber de información se configura como una obligación puramente formal, en que el órgano de contratación actúa como un mero nuntius o intermediario en el suministro de los datos que la conforman, entre el contratista que presta el servicio y los licitadores que concurren al futuro contrato.

Ello se manifiesta en la responsabilidad por la falta de certeza en la información suministrada, que no recae en el órgano de contratación sino, conforme señalan los apartados 5 y 6 del artículo 130 de la LCSP, sobre el antiguo contratista, frente al que el nuevo contratista tendrá acción directa si los costes laborales fueran superiores a los que se desprendían de aquella información, .. “

Y la Resolución 1173/2022 de 6 de octubre de 2022 redunda en la obligación al decir:

No le es exigible al órgano de contratación verificar o contrastar la información recibida, ni responder de su certeza o suficiencia. Tampoco está obligado el poder adjudicador a recabar más información del contratista –ni a facilitársela a los licitadores- que la que impone el artículo 130.1 de la LCSP, sin perjuicio de que el precepto no impide -por ello lo hace con carácter facultativo no imperativo-, que el órgano de contratación pueda recabar y facilitar más información sobre las condiciones de los contratos de trabajo si de las circunstancias concurrentes se desprende como necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales en la ejecución del contrato que se está licitando.

En un sentido idéntico se manifiestan las Resoluciones 1295/2022 de 20 de octubre de 2022 y 1304/2022 , de 20 de octubre de 2022.

Así las cosas y visto el escrito de la anterior contratista, carece de todo fundamento la pretensión de la actual contratista OHL. En primer lugar, porque no existe ningún acuerdo interno entre la CESPAA y sus trabajadores subrogados y en segundo lugar porque se trata de un error en la confección de las nóminas, no achacables al Ayuntamiento, que de conformidad con lo anteriormente dicho es este informe, no es responsable ni de dicho error ni en cualquier caso de compensación alguna.



Tal consideración merece por parte de esta Junta que deban rechazarse las alegaciones del OHL sobre el abono por parte del Ayuntamiento de los incrementos; que en cualquier caso en aplicación del art. 130.6 podrá reclamar los mismos a la empresa saliente.

También debe rechazarse la pretensión de la actual contratista pueden llevarse a cabo por el instituto de la modificación del art. 205 de la LCSP. El citado precepto contempla las "Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares " cuyos supuestos abarcan las prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales. Todas ellas en relación únicamente con la ejecución del contrato y por tanto de sus prestaciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El deber de información se configura como una obligación puramente formal, en que el órgano de contratación actúa como un mero intermediario en el suministro de los datos que la conforman, entre el contratista que presta el servicio y los licitadores que concurren al futuro contrato.

SEGUNDA.- Por tanto la responsabilidad por la falta de certeza en la información suministrada no recae en el órgano de contratación sino, conforme señalan los apartados 5 y 6 del artículo 130 de la LCSP, sobre el antiguo contratista, frente al que el nuevo contratista tendrá acción directa si los costes laborales fueran superiores a los que se desprendían de aquella información.

TERCERA.- Vistas las anteriores conclusiones no procede por parte del Ayuntamiento consultante hacerse cargo de las diferencias salariales ni operar ninguna modificación en el contrato , modificación que por otra parte no sería conforme a Derecho. Por tanto procedería denegar las pretensiones de la actual contratista.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vd Be DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 17 de febrero de 2023