

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Com afecten la preparació del nou contracte les obligacions de subrogació de personal?

15-03-2021

En un apunt anterior, vaig fer una primera aproximació a la [subrogació de personal en l'àmbit de la contractació pública](#). Concretament, vaig analitzar els aspectes següents: a què ens referim quan parlem de subrogació de personal en el marc d'una contractació pública; quan ha d'incloure el plec de clàusules administratives la subrogació del personal; quines novetats ha introduït la Llei de contractes del sector públic i, en cas que operi la subrogació de personal, quins són els drets i les obligacions de les parts implicades.

L'article 130 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix que l'obligació de subrogació dels treballadors adscrits a l'execució d'un contracte públic ha d'estar imposada per una norma legal, un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva, i per tant es configura com una **qüestió aliena a la contractació pública**. Les obligacions de l'òrgan de contractació en aquesta matèria queden limitades a **haver de facilitar en els plecs de la nova licitació la informació** sobre les condicions dels contractes del personal a subrogar que pugui ser necessària perquè els licitadors interessats puguin avaluar els costos laborals que se'n deriven. No obstant la literalitat de l'article 130 de la Llei, el cert és que els efectes de la subrogació del personal en la configuració de la nova licitació és una qüestió conflictiva, que ha estat objecte de nombrosos pronunciaments doctrinals.

Darrerament s'ha pronunciat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) ([Resolució 1172/2020, de 30 d'octubre](#)), que assenyala que no correspon a l'òrgan de contractació fer pronunciaments sobre l'existència i l'abast de l'obligació laboral de subrogació, ni interpretar els convenis o altres normes laborals que hi puguin ser aplicables, sinó que -previ requeriment de la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a l'empresa que estigui efectuant la prestació objecte del contracte que es licita- la seva obligació es limita a haver de proporcionar aquesta informació en els plecs de clàusules o en la documentació complementària i, això, sense que hi hagi cap obligació per a l'òrgan de contractació de **comprovar la veracitat material o intrínseca** d'aquella informació. Sobre la responsabilitat de la veracitat de la informació facilitada en cas de subrogació, que s'atribueix íntegrament al contractista sortint, es pronuncia també la [Resolució 534/2020, de 17 d'abril](#).

No obstant això, quant a les **obligacions de l'òrgan de contractació en relació amb la informació que ha de facilitar**, el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Canàries, en la [Resolució 201/2020, de 28 de setembre](#), s'ha pronunciat sobre els efectes de l'**omissió en els plecs** de la informació sobre les condicions de subrogació. En aquest cas, el Tribunal va assenyalar que l'omissió per part de l'òrgan de contractació de la informació a la qual es refereix l'article 130 de la LCSP, perquè els licitadors potencials disposin de prou informació per poder analitzar els costos associats, constitueix un **defecte no esmenable en la preparació del contracte**, ja que trenca la regla expressa de la LCSP i els principis de transparència i igualtat de tracte, i viciaria els plecs de **nul·litat de ple dret**. En aquest mateix sentit, el TACRC, en la [Resolució 410/2020, de 19 de març](#), respecte dels efectes de la no inclusió de la clàusula de subrogació o de l'omissió d'informació, assenyala que estem davant un defecte no esmenable pel que fa a la preparació del contracte, que justifica, conformement a l'article 152.4 del LCSP, el **desistiment del procediment d'adjudicació**.

Subrogació de personal i configuració de la nova licitació

En matèria de subrogació de personal, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ha emès recentment l'[Informe 24/2020](#), que parteix de les consideracions següents:

- Assenyala el **caràcter autònom del nou procediment d'adjudicació i del nou contracte**.
- Recorda l'**ampli marge de discrecionalitat** de l'òrgan de contractació a l'hora de perfilar els requeriments o les condicions sota els quals s'ha d'executar el nou contracte.
- Entén que l'òrgan de contractació ha de poder ajustar els requeriments o les condicions del nou contracte a les seves **necessitats concretes i actuals**, que poden haver canviat amb el temps.
- En darrer lloc, recorda que tot això és totalment **independent de les obligacions que l'empresa adjudicatària** pugui haver d'assumir respecte dels treballadors anteriors, conformement a la legislació laboral.

El nou procediment d'adjudicació s'ha d'entendre que és independent i autònom respecte dels anteriors. Correspon a l'òrgan de contractació, segons les seves necessitats, que en tot cas han de ser congruents amb l'interès públic que el nou contracte tracta de satisfer, determinar, per exemple, el personal que es necessita per executar aquest nou contracte. La JCCA de l'Estat entén que les necessitats concretes a satisfer operen com a límit de la subrogació de personal que correspongui, de manera que únicament és procedent la subrogació al nou contracte dels treballadors que responguin a les necessitats reals de l'òrgan de contractació. En el cas examinat per la JCCA de l'Estat en l'informe esmentat, s'afegeix, al fet de no ser necessari un nombre tan elevat de persones per prestar aquell servei, que entre el personal a subrogar hi havia persones amb discapacitat, a les quals la JCCA considera que cal donar preferència a l'hora d'atribuir personal a l'execució del nou contracte, de conformitat amb l'article 130 de la LCSP.

La JCCA de l'Estat conclou en aquest cas que:

- La determinació del nombre de treballadors necessaris per executar un contracte públic s'ha de fonamentar en les necessitats d'interès públic a què serveix aquest contracte. Tant aquesta determinació com la de la forma en què és procedent la subrogació obligatòria del personal adscrit a un contracte precedent, corresponen a l'òrgan de contractació, sempre conformement a aquestes necessitats, i segon el que estableix la llei i els convenis col·lectius que siguin aplicables.
- En casos com el plantejat és procedent exclusivament la subrogació dels treballadors que responguin a les necessitats reals de l'òrgan de contractació i, dins d'aquests, amb preferència els que tinguin la

condició de persones amb discapacitat i estiguin desenvolupant l'activitat en l'execució del referit contracte.

L'empresa que resulti contractista haurà d'assumir, gestionar i organitzar el personal adscrit a la prestació del servei, i podrà adscriure el personal subrogat a aquest o a altres serveis o, fins i tot, prescindir-ne, d'acord amb la normativa laboral.

En definitiva, una cosa és que els òrgans de contractació hagin de tenir en compte en determinats contractes els salaris establerts pels convenis col·lectius aplicables, o fins i tot, l'antiguitat i els pactes individuals en vigor que afecten el personal a subrogar, a l'efecte que el càlcul del pressupost base de licitació s'adeqüi al preu del mercat, i una altra de molt diferent és que l'òrgan de contractació perdi, d'alguna manera, la competència per poder determinar, per exemple, el nombre d'hores que són necessàries per efectuar correctament la prestació (entre d'altres, vegeu les resolucions del TACRC [509/2020, de 2 de abril](#), i [156/2019, 22 de febrer](#)).

El Tribunal Català de Contractes ([Resolució 178/2020](#)) va assenyalar que “[...] la mesura de la subrogació laboral és, certament, una dada, però no l'única, a tenir en compte per l'òrgan de contractació en la confecció de la futura licitació [...]. Ara bé, l'eventual subrogació laboral, alhora, no pot condicionar l'òrgan de contractació fins al punt d'erigir-se en un contingent mínim a incloure en les successives licitacions, en tant que aquestes s'han de dissenyar, dins dels marges de discrecionalitat de què disposa l'òrgan de contractació, per satisfer les estrictes necessitats que presenti el servei a contractar, dins dels principis d'idoneïtat i eficiència que estableix l'article 28 de la LCSP”.

Subrogació de personal i càlcul del pressupost base de licitació

Un altre dels aspectes controvertits és si l'òrgan de contractació ha de tenir en compte o no els costos derivats de la subrogació del personal a l'hora de calcular el preu base de licitació (PBL) i el valor estimat del contracte (VEC).

En relació amb la no inclusió a l'hora de calcular el preu base de licitació (PBL) del nou contracte de la totalitat dels costos de subrogació de personal, s'ha pronunciat recentment el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), en la [Resolució 402/2020, de 16 de desembre](#), en què afirma que la mesura de la subrogació de personal no és l'única a tenir en compte, si bé és una dada que l'òrgan de contractació ha de tenir en compte a l'hora de calcular el preu base de licitació de la futura licitació. El TCCSP considera, com ja va assenyalar en la Resolució 178/2020, abans esmentada, que l'eventual subrogació laboral no pot condicionar les licitacions futures, ja que aquestes, com veurem, s'han de poder dissenyar dins dels marges de discrecionalitat de què disposa l'òrgan de contractació per tal de satisfer les estrictes necessitats a cobrir amb el servei a contractar, d'acord amb els **principis d'idoneïtat i eficiència** que estableix l'article 28 de la LCSP.

El fet que els costos de subrogació puguin ser superiors als costos laborals estimats en el PBL i el VEC, per raó d'establir un nombre de persones treballadores i/o d'hores de servei inferior al del contracte anterior, no invalida la determinació d'aquestes magnituds econòmiques. Altrament, aquesta tesi faria dependre el pressupost de licitació del preu que indiqui l'empresa sortint i faria assumir a l'entitat contractant uns costos, com podrien ser les possibles indemnitzacions i/o altres mesures organitzatives en l'àmbit laboral, que correspon assumir a l'empresa adjudicatària i no a l'òrgan de contractació.

A l'hora de licitar un contracte i fixar els elements econòmics, l'òrgan de contractació s'ha d'ajustar als principis i objectius d'eficiència i estabilitat pressupostària de l'article 1 de la LCSP, i l'ha de projectar d'acord amb les necessitats concretes que tingui en cada moment, d'acord amb els articles 28 i 101 de la LCSP.

Sobre els possibles deutes per diferències salarials, es va pronunciar el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Canàries en la Resolució 201/2020, ja esmentada, en el sentit d'entendre que no constitueixen una dada legalment exigible perquè l'òrgan de contractació determini els costos laborals. El Tribunal considera que l'exhaustivitat ha de ser ponderada en el sentit d'aconseguir proporcionar als licitadors interessats informació fefaent sobre els costos laborals del personal a subrogar, és a dir, sobre les condicions dels contractes dels treballadors als quals afecta la subrogació. Les quantitats pendents de pagament no són condicions de treball, sinó una manifestació de l'incompliment d'aquestes, per la qual cosa no constitueixen una dada legalment exigible per determinar els costos laborals derivats de les condicions de treball dels treballadors a subrogar.

En definitiva, la doctrina dels òrgans de resolució de recursos en matèria de contractació pública i de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, és clara quan recorda l'ampli marge de discrecionalitat dels òrgans de contractació a l'hora de configurar el nou contracte d'acord amb les necessitats actuals i de manera congruent amb l'interès públic, d'acord amb els principis d'idoneïtat i eficàcia. Així mateix, insisteixen en el caràcter autònom i independent del nou procediment d'adjudicació i del nou contracte i en la competència de l'òrgan de contractació per establir el nombre de persones o d'hores necessàries per prestar els serveis.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda