

Recurso 366/2020

Resolución 113/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra la resolución, de 22 de octubre de 2020, del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio a personas en situación de dependencia del Municipio de Mairena del Aljarafe” (Expte. PEA-84/2019), promovido por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de marzo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 11 de marzo de 2020.

Mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el Gobierno de España declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por lo que en cumplimiento de la Disposición Adicional Tercera se produce la suspensión del procedimiento de licitación durante la vigencia del estado de alarma o sus posibles prórrogas.



Con fecha 3 de junio de 2020, se procede nuevamente a la publicación del anuncio de licitación en el DOUE, y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 8.946.000 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 22 de octubre de 2020, el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato mencionado a favor de la entidad CLAROS, S.C.A. DE INTERES SOCIAL.(en adelante CLAROS).

CUARTO. El 5 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad CLECE,S.A. (en adelante CLECE), contra la resolución del 22 de octubre de 2020, anteriormente mencionada.

QUINTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 6 de noviembre de 2020, se le dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, y un listado con las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal el 12 de noviembre de 2020.

SEXTO. Mediante escrito de 21 de enero de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en plazo las presentadas por la entidad adjudicataria.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe (Sevilla), entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 29 de julio de 2013, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y dicho Ayuntamiento, al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, consta en el expediente que la resolución de adjudicación se publicó en el perfil de contratante el 26 de octubre de 2020, y fue notificada a la ahora recurrente el 27 de octubre de 2020, por lo que teniendo en cuenta que el recurso fue presentado el 5 de noviembre de 2020 en el registro electrónico de este Tribunal, el mismo ha sido interpuesto dentro de plazo, de conformidad con lo señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio del motivo en que el mismo se sustenta, que será analizado en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la Resolución de 22 de octubre de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución, en el que solicita que se acuerde la nulidad de dicha resolución, por encontrarse la adjudicataria incurso en una causa de prohibición de contratar.

La recurrente, cuya oferta queda clasificada en segunda posición, sostiene que la resolución recurrida debe declararse nula *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1 d) de la Ley de Contratos del Sector Público, que exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de hombres y mujeres, que fue modificado por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (BOE del 7), añadiendo 3 nuevas apartadas al artículo 46, de entre las que se exige tener los acuerdos del Plan de Igualdad inscritos en el registro público correspondiente, exigencia que CLAROS, SCA DE INTERÉS SOCIAL no cumple.”.*

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que *“Este Servicio del órgano de contratación no ha exigido al licitador CLAROS S.C.A. DE INTERÉS SOCIAL documentación justificativa que si dicho licitador tuviera más de 250 trabajadores aportara, en su caso, la documentación acreditativa de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.”.*

Por último, CLAROS, como entidad interesada, sostiene en su escrito de alegaciones que *“el artículo 45 en ningún caso exige dicho requisito, y por ende el artículo 71 de la Ley 9/2017 se limita a requerir la existencia de dicho Plan de Igualdad y en ningún caso la inscripción”* y que *“cuando se otorgó nueva redacción al artículo 46 de la Ley Orgánica 3/2017, en su apartado 6 se difirió a una disposición reglamentaria la regulación de determinados aspectos, entre otros, la relativa al “Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción”, añadiendo que “no ha sido hasta la reciente promulgación del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, cuyo título no puede ser más significativo: “por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010 sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, cuya vigencia es desde el 14 de enero de 2021”.*



SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia

Pues bien, la pretensión principal de CLECE se centra en que se excluya a CLAROS del procedimiento de licitación al considerar que la entidad se encuentra incurso en prohibición de contratar por no tener su plan de igualdad inscrito en el Registro de Planes de Igualdad de las Empresas. En consecuencia, estando vinculados por el principio de congruencia, se analizará el acto impugnado por el motivo esgrimido en el recurso.

Al respecto, se ha de indicar que el PCAP, que rige esta licitación, nada recoge en relación con la obligación de las empresas de disponer de un plan de igualdad entre la documentación previa a la adjudicación que debe aportar la entidad propuesta adjudicataria, de hecho, a la entidad CLAROS no se le exigió la documentación acreditativa al respecto por parte del órgano de contratación, por el contrario, este defiende su actuación, y manifiesta en su informe al recurso que *“el licitador CLAROS S.C.A. DE INTERÉS SOCIAL presentó su formulario DEUC, en el cual dicha entidad puso de manifiesto que estaba válidamente constituida, y que, conforme a su objeto social, podía presentarse a la licitación, que cumplía con los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, y que no estaba incurso en prohibición de contratar.”*.

Al respecto, el artículo 71.1 de la LCSP que regula las prohibiciones de contratar, establece que *«No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:»*, en concreto, CLECE se refiere a una de las recogidas en la letra d) que indica *«no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.”*.

Por otra parte, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, al modificar, entre otros textos legales, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, da nueva redacción al artículo 45 sobre la elaboración y aplicación de los planes de igualdad, que, como afirma la recurrente, entró en vigor el 8 de marzo de 2020, y por tanto es de aplicación a esta licitación, que dispone:



*“1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el **ámbito** laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.*

2. En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.

5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”.

Por tanto, como alega CLAROS, de la redacción de ambos artículos se concluye que el requisito para no estar incurso en prohibición de contratar es contar con un plan de igualdad cuando la empresa se encuentre en alguno de los supuestos recogidos como obligatorios en el artículo antes transcrito, en este caso, por disponer de más de cincuenta trabajadores, si bien, en el recurso especial interpuesto no se discute que CLAROS disponga de plan de igualdad.

Otra cuestión es el modo de acreditar este requisito, lo que está previsto en el citado artículo 71.1.d):

“La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer



párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.”.

Así, la obligación de contar con un plan de igualdad se acreditará mediante la declaración responsable contenida en el formulario del documento único europeo de contratación (en adelante DEUC), mientras no se establezca una forma alternativa de acreditación mediante Real Decreto.

Pues bien, el citado Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, introduce tres nuevos apartados en el artículo 46 de la mencionada Ley Orgánica 3/2007:

«4. Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.

5. Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro.

6. Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso».

En este sentido, CLECE mantiene que dicha modificación normativa establece la obligación de las empresas de inscribir sus planes de igualdad en el mencionado registro, a partir del 8 de marzo de 2020, fecha a partir de la cual entiende que entra en vigor dicha obligación, de acuerdo a lo dispuesto en la disposición transitoria décimo segunda sobre “*Aplicación paulatina de los artículos 45 y 46 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.*”. Sin embargo, los periodos de transitoriedad que establece esta disposición se refieren a la obligación de aprobar los planes de igualdad, no a su inscripción en el registro:



“Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 45 y en los apartados 2, 4, 5 y 6 del artículo 46 de esta ley orgánica, en la redacción dada a los mismos por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación:

Las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad.

Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años para la aprobación de los planes de igualdad.

Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad.

Estos periodos de transitoriedad se computarán desde la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el “Boletín Oficial del Estado”.

Por otra parte, en cuanto a la obligación de inscribir los planes de igualdad en el registro, el artículo 46.6 antes reproducido prevé que la constitución y el funcionamiento del mencionado registro se desarrolle reglamentariamente. Pues bien, dicho desarrollo reglamentario se ha realizado por el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, en el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y que establece en su artículo 1 que: *«El presente real decreto tiene por objeto el desarrollo reglamentario de los planes de igualdad, así como su diagnóstico, incluidas las obligaciones de registro, depósito y acceso, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007»*. Por otro lado el artículo 11 regula que: *«Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes»*.

En este sentido, el mencionado Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 272, de 14 de octubre de 2020. En su disposición final tercera establece que su entrada en vigor tendrá lugar a los tres meses de su publicación en el BOE hecho que tuvo lugar el 14 de enero de 2021, por lo que queda claro que, a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, CLAROS no se encontraba obligada a tener inscrito su plan de igualdad en el mencionado registro.



En definitiva, de lo anteriormente argumentado, este Tribunal concluye que se ha de desestimar el recurso interpuesto por CLECE, pues la recurrente invoca erróneamente la causa de prohibición de contratar con aquellas empresas que estando obligadas a contar con un plan de igualdad no dispongan del mismo, al entender que la prohibición de contratar deriva de la falta de inscripción de este en el registro.

Sin embargo, la inscripción en el registro sería el modo de acreditar el cumplimiento de dicha obligación, sin que ello sea exigible a la entidad que ha resultado adjudicataria, teniendo en cuenta la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas en esta licitación, el 3 de julio de 2020, siendo entonces suficiente la acreditación mediante la presentación del DEUC, que efectivamente cumplimentó, como se ha podido comprobar a la vista de la documentación remitida a este Tribunal por el órgano de contratación.

SÉPTIMO. Por último, debemos abordar si procede acordar la imposición de multa solicitada por la adjudicataria CLAROS en su escrito de alegaciones, en el que *‘sometiendo a criterio de este Tribunal la posible imposición de costas a la recurrente por temeridad y mala fe procedimental.’*

En su escrito de alegaciones alude a la mala fe de la recurrente *“cuando se permite señalar en su página 4: ‘Actualmente, el citado artículo 45 exige la obligación de tener inscrito el plan de igualdad de las empresas en el registro correspondiente, en concreto, a partir del 8 de marzo de 2020, tal y como se desprende de la regulación legal que se expone a continuación’. Dicha manifestación es absolutamente falsa, ya que, tal como se expondrá a continuación el artículo 45 en ningún caso exige dicho requisito, y por ende el artículo 71 de la Ley 9/2017 se limita a requerir la existencia de dicho Plan de Igualdad y en ningún caso la inscripción.”*

Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 15/2019, de 22 de enero, 226/2019, de 9 de julio, 410/2019, de 3 de diciembre y 28/2020, de 4 de febrero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

En el presente supuesto, este Tribunal considera que, de los argumentos expuestos en el escrito de recurso,



no se evidencia claramente que la recurrente haya sostenido los mismos en el conocimiento de la ausencia de su fundamentación jurídica; al tratarse de una regulación novedosa para cuya aplicación se han de relacionar varios preceptos de distintos textos normativos, cuyo cumplimiento está sujeto además a una aplicación paulatina de los mismos, como se ha expuesto. En consecuencia, no cabe apreciar en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra la resolución, de 22 de octubre de 2020, del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de Ayuda a Domicilio a personas en situación de Dependencia del Municipio de Mairena del Aljarafe”, (Expte. PEA-84/2019) promovido por el citado Ayuntamiento.

SEGUNDO. Aun cuando el artículo 57.3 de la LCSP prevé el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación con la resolución del recurso, en este supuesto, al hallarse pendiente de resolver el recurso especial en materia de contratación número 376/2020 contra el mismo acto, debe continuar la suspensión del procedimiento de licitación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

