

Recurso 88/2023
Resolución 137/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TÉCNICA Y PROYECTOS, S.A.**, contra las resoluciones de 4 de febrero de 2023 en las que se adjudican los lotes 1 y 2 del “Acuerdo Marco de selección de Empresas de Servicio de toma de Muestras y Análisis de Aguas Regeneradas y de Humedales como apoyo al Laboratorio de Control de calidad Ambiental de Andalucía” (Expte. CONTR 2022 579728), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, adscrita a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente.

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de noviembre de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del Acuerdo Marco de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 473.020,46 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

El órgano de contratación, mediante resoluciones de 4 de febrero de 2023, adjudica el lote 1 del acuerdo marco arriba referenciado a la entidad EUROFINS IPROMA S.L.U, y el lote 2 a las entidades EUROFINS IPROMA S.L.U e IRTENE SL.. Dicha resolución fue notificada y publicada en el perfil de contratante el 8 de febrero de 2023.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, que ha sido excluida de los lotes 1 y 2 de la licitación mediante acuerdo de la mesa de contratación de 27 de enero de 2023.

SEGUNDO. El 14 de febrero de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra las resoluciones mencionadas, interpuesto por la entidad TÉCNICA Y PROYECTOS, S.A., (en adelante la entidad recurrente).

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y



resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 20 de febrero de 2023.

La Secretaría del Tribunal confirió un trámite común de alegaciones a los restantes licitadores, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en los lotes 1 y 2 del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

Al respecto, procede indicar que aun cuando el recurso se dirige sustantivamente contra la exclusión de la oferta de la recurrente, pues únicamente combate dicha circunstancia, el acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación y a ésta debemos atenernos para examinar los restantes requisitos de admisión del recurso, así como a los efectos de la interposición del recurso sobre el procedimiento que queda suspendido automáticamente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de adjudicación impugnada, éstas fueron publicadas y notificadas a la recurrente el 8 de febrero de 2023, por lo que el recurso frente a la misma, presentado el 14 de febrero de 2023, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita a este Tribunal que acuerde:

“(i) Anular la Resolución del Órgano de Contratación de 8 de febrero de 2023, mediante la cual se excluye la oferta de TYPESA de la licitación del Contrato «Acuerdo marco de selección de empresas de servicio de toma de muestras y



análisis de aguas regeneradas y de humedales como apoyo al laboratorio de control de la calidad ambiental de Andalucía», correspondiente a los Lotes 1 y 2.

(ii) Retrotraer el procedimiento al momento de la comprobación de la documentación relativa al plan de igualdad de TYPESA, y siendo este un contrato marco, proceder a incluir a TYPESA como adjudicatario del Contrato junto a los demás adjudicatarios en cada uno de los lotes (1 y 2).”

Pues bien, con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes, procede señalar algunos datos de interés obrantes en el expediente remitido al Tribunal.

El apartado 4.1.4 letra l) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) prevé, que las licitadoras, *“De conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres deberán acreditar la elaboración y aplicación efectiva del Plan de Igualdad previsto en el mismo (..)”*; entre la documentación previa a la adjudicación.

Conforme al citado apartado, la acreditación de este extremo se podrá realizar por alguno de los siguientes medios:

- Copia del plan de igualdad firmado por las personas componentes de la comisión negociadora.
- Copia del acta de la comisión negociadora por la que se aprueba el plan con expresión de las partes que lo suscriban.
- Declaración de la persona representante de la empresa indicando la referencia de publicación del plan de igualdad o del convenio en que aquel se inserte en el boletín oficial correspondiente.
- Poseer la persona licitadora el distintivo “Igualdad en la Empresa” y encontrarse el mismo vigente.

Tras ser propuesta adjudicataria y aportar la documentación previa a la adjudicación, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 13 de enero de 2023 se acuerda solicitar subsanación de la documentación aportada por la ahora recurrente, que, en lo que aquí interesa, debía acreditar la inscripción en el registro correspondiente del plan de igualdad. La recurrente, en el plazo para subsanación presenta escrito en el que manifiesta que lo requerido *“se aleja de lo establecido en el propio PCAP”*.

En el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 27 de enero de 2023 la mesa de contratación acuerda:

“Excluir a la empresa TÉCNICA Y PROYECTOS, SA (Lote 1 - Toma de muestras y análisis de aguas regeneradas RD1620/07 apoyo al LC y Lote 2 - Toma de muestras y análisis de aguas humedales RD817/2015 apoyo al LCC) al no aportar correctamente la documentación previa a la adjudicación que se exige en el apartado 4.1.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia. En concreto:

- *En lo que respecta al Plan de Igualdad no ha aportado documentación que acredite que el citado plan está inscrito en el registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad conforme exige el artículo 11 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por 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.”*



Pues bien, sobre la base de estos antecedentes, la recurrente funda el recurso en que no procede la exclusión de su oferta por la no acreditación de la inscripción del plan de igualdad en el citado registro, considerando que *“A la luz de lo indicado en los Pliegos, TYPESA presenta tanto en la documentación requerida previa a la adjudicación como en el posterior requerimiento para su subsanación, el Plan de Igualdad firmado por los Representantes de los Trabajadores y la Empresa, y un certificado firmado por las mismas partes declarando o confirmando el plazo de vigencia de dicho Plan hasta junio de 2023, dando, por tanto, cumplimiento a lo exigido en las bases de licitación, puesto que como se ha expuesto éstas sólo requerían acreditar la elaboración, aplicación y vigencia del Plan de Igualdad”*.

Así, entiende que no está incurso en causa de prohibición de contratar afirmando que el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, *“obliga indefectiblemente a las empresas, a su elaboración y aplicación (cuestión que ha acreditado TYPESA fehacientemente) pero no extiende su ámbito a la necesidad de inscripción.”*

Considera *“que lo que conduce a la causa de prohibición de contratar es que el licitador, en el caso de que tenga más de 250 trabajadores, no disponga de un plan de igualdad (“no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad”). Sin embargo, mi representada no ha incumplido ninguno de los requerimientos explícitamente señalados en los documentos contractuales respecto del plan de igualdad, sino que únicamente se justifica su exclusión en un supuesto efecto (la falta de registro) no contenido ni en los pliegos ni en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007.”*

Por otra parte, alega que la inscripción en el registro de los planes de igualdad tiene carácter publicitario y no constitutivo apoyándose para ello en la Resolución n.º 1664/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por último, la recurrente sostiene *“en el supuesto de que se considerase que mi representada estuviese incurso en la prohibición de contratar del art. 71.1.b) LCSP por no tener inscrito el plan de igualdad, no debiera considerarse el efecto excluyente por la falta de inscripción sin previamente requerirles y/u ofrecerles la oportunidad de acreditar ante el órgano de contratación su fiabilidad, derivada de su respeto a la legislación laboral y, en concreto de las medidas de que disponen para garantizar la igualdad en el seno de su empresa.”* Ello en base a lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que permite a los licitadores, aun estando incursos en una prohibición de contratar, justificar su fiabilidad ante el órgano de contratación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita su desestimación alegando que *“Tanto la Mesa como el órgano de contratación de la Agencia, han seguido la doctrina mantenida por el Tribunal al que nos dirigimos, en resoluciones como la dictada con fecha 26 de septiembre de 2022, 469/2022 con objeto del recurso interpuesto por la entidad ITURRI, S.A. Recurso 339/2022.”*

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas en el anterior fundamento de derecho las alegaciones de las partes, procede ahora su examen.

En primer lugar, examinaremos el principal motivo del recurso donde la recurrente niega que sea exigible la inscripción del plan de igualdad en el registro correspondiente y, por tanto, que concurra prohibición de contratar.



Para resolver la cuestión suscitada hemos de atender al marco normativo que se expone a continuación:

- Artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) [apartados 1 y 2]: «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».

-Artículo 46 de la LOI [apartados 4, 5 y 6]: «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».

- Artículo 2.2 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por 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 (dictado en cumplimiento del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 46.6 de la LOI): «En el caso de empresas de cincuenta o más personas trabajadoras, las medidas de igualdad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido previsto en este real decreto».

- Artículo 11 del Real Decreto 901/2020: “1. 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.

2. A estos efectos se considera Registro de Planes de igualdad de las empresas el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo regulado en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, sin perjuicio de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, creados y regulados por las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias.

3. La citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad.

4. En la solicitud de inscripción de los planes de igualdad, estos tendrán que ir acompañados de la hoja estadística recogida en el correspondiente modelo establecido en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo”.

- Disposición transitoria única del Real Decreto Real 901/2020: “Los planes de igualdad vigentes al momento de la entrada en vigor del presente real decreto, deberán adaptarse en el plazo previsto para su revisión y, en todo caso, en un plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de este real decreto, previo proceso negociador”.



- Disposición final tercera del Real Decreto 901/2020: “Este real decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”. Su publicación tuvo lugar el 14 de octubre de 2020.

- Artículo 6.1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: «A fin de iniciar el trámite previsto en el artículo 90.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como para proceder a la inscripción del resto de los acuerdos y actos inscribibles previstos en el artículo 2 de este real decreto [los planes de igualdad entre ellos], dentro del plazo de quince días a partir de la firma del convenio, plan de igualdad o acuerdo colectivo, de la fecha de comunicación de iniciativa de negociaciones o denuncia, la comisión negociadora o quien formule la solicitud, debidamente acreditada, deberá presentar través de medios electrónicos ante el Registro de la autoridad laboral competente la solicitud de inscripción correspondiente».

- Artículo 8 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo: «1. La solicitud de inscripción se dirigirá al registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de la autoridad laboral que tenga atribuidas competencias en materia de convenios colectivos de trabajo mediante la conexión electrónica que cada administración establezca en las disposiciones de desarrollo del presente real decreto.

La solicitud de inscripción de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo cuya competencia corresponda al Ministerio de Trabajo e Inmigración se dirigirá al registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo mediante la conexión electrónica que a tal efecto se establezca, utilizando las plantillas automáticas previstas específicamente para ello.

2. Si, presentada la solicitud, se comprobara que la misma no reúne los requisitos exigidos por la normativa vigente, se requerirá por medios electrónicos al solicitante para que, en un plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Comprobado que el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, la autoridad laboral competente, procederá a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente.» (el subrayado es nuestro)

Por otro lado, en el marco de la contratación con el sector público, el artículo 71.1 d) de la LCSP (en su redacción anterior a la reciente modificación operada en su contenido, que es la aplicable en la presente licitación) dispone 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:

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, 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».

Y el artículo 140.4 del citado texto legal establece que *«Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato».*

Asimismo, sobre la ausencia de inscripción del plan de igualdad, la Resolución 503/2022 de este Tribunal ya señaló que *«(...) no puede darse la razón a la recurrente cuando afirma que el legislador contractual ha cuidado de no extender el requisito del registro al supuesto de prohibición de contratar previsto en el artículo 71 del texto legal, de modo que solo concurriría la circunstancia de prohibición cuando se carece de plan de igualdad, pero no cuando el mismo no se halla inscrito. Esta alegación de la UTE no puede prosperar porque la prohibición concurre en aquellas empresas cuyos planes de igualdad no se acomoden a lo dispuesto en la LOI y disposiciones de desarrollo que prevén ya la inscripción obligatoria de aquellos (artículo 11 del Real Decreto 901/2020). Pero es que, además, el control o comprobación de su acomodo o no a la legalidad ha de verificarlo la autoridad laboral, dictando en caso afirmativo la resolución por la que se ordena el registro y depósito del plan (artículo 8.3 del Real Decreto 713/2020). Así las cosas, sin inscripción en el registro no puede afirmarse que el plan de igualdad sea conforme a la LOI que es lo que predica el artículo 71.1 d) de la LCSP. La inscripción no es, pues, un requisito meramente formal, sino sustantivo que exige la previa comprobación de adecuación a la ley.*

Llegados a este punto, hemos de considerar que la UTE recurrente ha incurrido en el supuesto legal de prohibición de contratar del artículo 71.1 d) del texto legal contractual, pues el citado supuesto ha de apreciarse, conforme al artículo 140.4 del texto legal, en el momento de finalización del plazo de presentación de proposiciones, siendo así que en esa fecha las empresas agrupadas carecían de plan de igualdad inscrito en el registro correspondiente».

Pues bien, en el supuesto analizado, consta que la recurrente no disponía de plan de igualdad inscrito al tiempo de finalizar el plazo de presentación de proposiciones por lo que, de conformidad con la normas y doctrina de este Tribunal expuestas, está incurso en la circunstancia de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP. No se trata de una interpretación extensiva de una causa de prohibición, toda vez que la adecuación a la legalidad del plan pasa porque este cumpla todos los requisitos legales y, entre ellos, el relativo a la obligatoriedad de su inscripción en el registro, frente a la que no cabe alegar que el carácter constitutivo o de publicidad de la misma.

En segundo lugar, procede analizar el motivo esgrimido por la recurrente sobre la improcedencia de la exclusión automática de la licitación por no tener inscrito el plan de igualdad, sin antes requerirle y/u ofrecerle la oportunidad de acreditar ante el órgano de contratación su fiabilidad.

Sostiene la recurrente que el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE relativo a las pruebas de las medidas adoptadas por los operadores económicos para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión tiene eficacia directa.

Ciertamente el artículo 72.5 de la LCSP no contempla esta posibilidad y con apoyo en dicho precepto este Tribunal, en su Resolución 581/2022, desestimó la posibilidad de aplicar medidas autocorrectoras para excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar igual a la aquí analizada. No obstante, el efecto directo declarado por el TJUE respecto del citado artículo de la Directiva 2014/24 -que no había sido alegado en aquel recurso ni fue objeto de la controversia allí suscitada- ha sido modulado por este Tribunal en la reciente Resolución 26/2023, 27 de enero, en la que la recurrente se apoya en su recurso, donde se expuso en un supuesto similar lo siguiente:

“Para dar respuesta a las cuestiones suscitadas en este motivo, hemos de partir del examen del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE cuyo tenor es el siguiente:



«Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

El artículo 57 regula en sus **apartados 1 y 2** las causas de exclusión obligatorias (condena por sentencia firme e incumplimiento de obligaciones en lo referente al pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social) y en su **apartado 4** otras causas que no son obligatorias y, entre ellas, la letra a) señala «cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18 apartado 2». El citado artículo 18.2 señala que «Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X». (El subrayado es nuestro).

Resulta, pues, que esta causa de exclusión no obligatoria del artículo 57.4 a) de la Directiva, en lo que se refiere al incumplimiento por los operadores económicos de sus obligaciones en materia social o laboral, tiene correspondencia con la prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP que, en la redacción aplicable al supuesto planteado, contempla como circunstancia de prohibición de contratar «en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, 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». Es decir, el legislador español ha incluido en el artículo 71.1 d) de la LCSP una circunstancia de prohibición de contratar consistente en el incumplimiento de una obligación en materia social o laboral establecida en nuestro Derecho Nacional; lo cual supone, en el contexto de la Directiva, la previsión de una causa de exclusión no obligatoria de las estipuladas en su artículo 57.4 a).



Pues bien, como ya hemos mencionado, el artículo 57 de la Directiva, en su apartado 6 párrafo primero, aplica la posibilidad de que un operador económico pueda presentar pruebas de la suficiencia de las medidas correctoras o “self-cleaning” -que haya adoptado para demostrar su fiabilidad y evitar la exclusión- a las situaciones contempladas en sus apartados 1 y 4. Siendo ello así, el incumplimiento de obligaciones laborales previsto en el artículo 57.4 a) sería uno de los casos en que cabe la adopción de medidas correctoras.

No obstante, la prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP -en cuanto al incumplimiento de la obligación de disponer de un plan de igualdad (obligación de índole laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)- no está contemplada expresamente en nuestra legislación contractual como una de las circunstancias de prohibición de contratar respecto de las que cabe evitar el efecto excluyente de la licitación adoptando las citadas medidas correctoras, puesto que el artículo 72.5 de la LCSP circunscribe esta posibilidad a las prohibiciones de contratar que exigen una declaración previa, lo que no acontece en el supuesto analizado donde la prohibición de contratar es de apreciación directa por los órganos de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 72.1 de la LCSP.

Dice así el artículo 72.5 «No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a)». (el subrayado es nuestro).

En este contexto, procede analizar si, como fundamenta la UTE recurrente con cita de varias sentencias del TJUE, surtiría eficacia directa el artículo 57.6 de la Directiva que extiende la aplicación de medidas correctoras en evitación del efecto excluyente de la licitación a supuestos de incumplimiento de obligaciones laborales, como es la aquí examinada.

Al respecto, la Sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2021, dictada en el asunto C-387/19 señala lo siguiente en sus considerandos 47, 48, 49 y 50:

«47 El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que, aun cuando una directiva deje a los Estados miembros un cierto margen de apreciación a la hora de adoptar las normas de aplicación, puede considerarse que una disposición de dicha directiva tiene carácter preciso e incondicional cuando pone a cargo de los Estados miembros, en términos inequívocos, una obligación de resultado precisa y que no está sometida a condición alguna en cuanto a la aplicación de la regla que recoge (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartados 104 y 105, y de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, apartados 57 y 58).

48 En el presente asunto, procede considerar que, al establecer que todo operador económico puede aportar pruebas para acreditar que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte, el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 confiere a los operadores económicos un derecho que, por un lado, está formulado en términos inequívocos y, por otro, impone a los Estados miembros una obligación de resultado que, aun cuando sus condiciones materiales y procesales de

aplicación deban ser precisadas por los Estados miembros en virtud del artículo 57, apartado 7, de la citada Directiva, no depende de una transposición en el Derecho interno para poder ser invocada por el operador económico de que se trate y poder ser aplicada en beneficio de este.

49 En efecto, con independencia de las modalidades concretas de aplicación del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, esta disposición establece de manera suficientemente precisa e incondicional, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 46 de la presente sentencia, que el operador económico de que se trate no puede ser excluido del procedimiento de contratación si logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte. Por consiguiente, el artículo 57, apartado 6, de esta Directiva establece una protección mínima a favor del operador económico, independientemente del margen de apreciación que se deja a los Estados miembros para determinar los requisitos de procedimiento de dicha disposición (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 17, y de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 105). Ello es tanto más cierto cuanto que, como señaló en esencia el Abogado General en el punto 102 de sus conclusiones, el artículo 57, apartado 6, de dicha Directiva establece los elementos fundamentales del régimen de medidas correctoras y del derecho conferido al operador económico indicando los elementos mínimos que deben probarse y los criterios de evaluación que deben respetarse.

50 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial planteada que el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo».

Así pues, aunque el artículo 72.5 de la LCSP parece de ámbito más restringido que el artículo 57.6 de la Directiva en cuanto a los supuestos en que cabe la presentación de medidas correctoras tendentes a evitar la exclusión del licitador incurso en prohibición de contratar, no hay duda del efecto directo de este último precepto conforme a lo declarado por el TJUE. Tal razonamiento nos lleva a concluir que, en supuestos como el analizado donde un licitador haya incurrido en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP, cabe evitar el efecto excluyente de la licitación si dicho licitador logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad.

En igual sentido al expuesto, respecto de otra causa de prohibición de contratar de apreciación automática por los órganos de contratación, se ha pronunciado la Resolución 1374/2021, de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, además, señala que “(...) incluso aunque no se hubiera contemplado en la LCSP o se considerara que dicha previsión es más limitada que la del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, el TJUE ha afirmado la eficacia directa de dicha previsión en su Sentencia de 14 de enero de 2021 (Asunto C-387/19).
(...)”

En este caso, el momento procesal para otorgar dicho trámite de audiencia debe ser el de subsanación de la documentación del artículo 150.2 de la LCSP, pues es el momento en el que el órgano de contratación debió apreciar la concurrencia de la prohibición de contratar, por lo que con carácter previo a acordar su exclusión debió dar audiencia al licitador para que pudiera justificar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente”.

En consecuencia, es criterio de este Tribunal que la recurrente está incurso en la circunstancia de prohibición de contratar prevista en el artículo 71. 1 d) de la LCSP por no disponer de un plan de igualdad en los términos previstos por la normativa de aplicación que exige, además, su debida inscripción en el registro; dado el efecto directo del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE -ante el carácter más restrictivo del artículo 72.5 de la LCSP en



cuanto a la aplicación de medidas correctoras tendentes a demostrar la fiabilidad empresarial-, la mesa de contratación, antes de acordar la exclusión de la recurrente, debió requerirle para que justificara su fiabilidad.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso, si bien no cabe admitir que como afirma la recurrente que *“a los efectos de la valoración de la fiabilidad de las medidas adoptadas por TYPESA respecto del Plan de Igualdad por parte de la Administración, debemos considerar que el órgano de contratación, una vez analizado el plan de igualdad aportado y en el uso de las facultades generales de valoración probatoria, ha considerado plenamente eficaz el referido plan, al no percibir ninguna tacha de irregularidad en el mismo, distinta de su inscripción, que aparece firmado y fechado”*.

Al efecto, procede advertir de los notables esfuerzos realizados por las instancias europeas y nacionales en los últimos años para fomentar una contratación pública sostenible y socialmente responsable, dotando así de una mayor visibilidad a los aspectos sociales y medioambientales y concienciando a las empresas de la importancia de su cumplimiento. Por ello, si bien las medidas de sefl-cleaning constituyen una exigencia derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad (artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132.1 de la LCSP) tendentes a evitar el efecto excluyente de la licitación -particularmente, en supuestos donde la infracción normativa carezca de entidad suficiente-, la adecuada garantía del principio de igualdad de trato entre licitadores y la evitación de un margen de discrecionalidad excesivo por parte de los órganos de contratación para decidir qué medidas son o no adecuadas, exigiría que las mismas, en supuestos como el enjuiciado, demostraran que ya se está en condiciones de contar con un plan de igualdad adecuado a la legislación vigente con ocasión del trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

En definitiva, procede anular el acuerdo de exclusión impugnado y retrotraer el procedimiento al momento previo a su adopción para que la mesa requiera a la recurrente para que aporte la documentación que justifique que está en condiciones de contar con un plan de igualdad adecuado a la legislación vigente, en los términos expuestos anteriormente, con continuación del procedimiento de licitación, en su caso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TÉCNICA Y PROYECTOS, S.A.**, contra las resoluciones de 4 de febrero de 2023 en las que se adjudican los lotes 1 y 2 del “Acuerdo Marco de selección de Empresas de Servicio de toma de Muestras y Análisis de Aguas Regeneradas y de Humedales como apoyo al Laboratorio de Control de calidad Ambiental de Andalucía” (Expte. CONTR 2022 579728), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía adscrita a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul; y en consecuencia, anular dichos actos, con retroacción de las actuaciones para que se proceda en los términos previstos en el último fundamento de derecho de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.



NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

