

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de abril de 2019.

VISTOS, las reclamaciones especiales en materia de contratación acumulados interpuesto por don J.L.G, en nombre y representación de la empresa Inserción Personal de Discapacitados, S.L. (IPD) y por don M.G.G., en nombre y representación de Clece S.A. contra la adjudicación del contrato del “Servicio de limpieza de edificios y dependencias de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. (Subcontratación con Centros Especiales de Empleo, Disposición Adicional 4ª LCSP)”, Expte nº. 18/172/3, a Sacyr Facilities S.A. este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 2 de enero de 2019, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el procedimiento referido, de un valor estimado de 11.404.140,6 euros, y dividido en 5 lotes.

Segundo.- La Comisión Delegada del Consejo de Administración de EMT, en su sesión de 7 de marzo de 2019, adopta el acuerdo de adjudicar a Sacyr todos los lotes, siendo notificado el 11 de marzo, a las empresas recurrentes.

Tercero.- El Pliego de Condiciones que rigió el Procedimiento de Contratación, concretamente en el Apartado J del Cuadro de Características Específicas (Anexo 1 del Pliego), se dice: *“3.2.- Se le concederá 10 puntos al licitador que acredite tener establecido en su empresa un Protocolo de actuación ante la violencia de género. Para obtener la puntuación, el Protocolo debe estar firmado por la representación legal de los trabajadores de la empresa.*

3.3.- Se le concederán 10 puntos al licitador que acredite tener establecido un Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional. Se concederá esta puntuación si el Plan está firmada por la representación legal de los trabajadores de la empresa.”

Inserción Personal de Discapacitados, S.L., impugna la adjudicación del lote 4 señalando que debía haber tenido una puntuación superior, correspondiéndole 10 puntos por presentar un protocolo de actuación ante la violencia de género y 10 puntos por presentar un Plan de conciliación de la vida personal y familiar y la laboral. Con esa puntuación excede a Sacyr en ese lote.

En contra, la EMT alega que el Plan no viene firmado por la representación legal de los trabajadores, tal y como exige el Pliego.

Igualmente Clece S.A. alega que no se le califica su Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional, a lo que la EMT opone no encontrarse suscrito por la representación de los trabajadores. Clece S.A. concurre a todos los lotes, señalando el órgano de contratación que *“hay que indicar que en el caso de que se estimase la reclamación de Clece S.A., resultaría adjudicataria del Lote nº 3 y no de los Lotes nº 2 y 5. En cuanto al Lote no 1 empataría con Sacyr Facilities, S.A. y habría que acudir al desempate siguiendo lo dispuesto en la condición b del Pliego de Condiciones. Por lo que respecta al Lote no 4, resultaría adjudicataria dependiendo de la resolución que adopte el Tribunal en la reclamación de Inserción Personal De Discapacitados, S.L.”*

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo

establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria del servicio, Sacyr, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 12 de abril, presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado (en adelante, LCSE). En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula primera, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).”

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente: *“Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [actual artículo 40 del TRLCSP] serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:*

a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por al tratarse de dos personas jurídicas cuyas ofertas no ha sido tomadas en consideración en el procedimiento de licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, y ser eventualmente adjudicatario de estimarse su pretensión.

Se acredita la representación en que actúan. Don J.L.G, por ser Administrador único de Inserción Personal de Discapacitados, S.L y don M.G.G. mediante poder general para pleitos ante Notario de Madrid.

Tercero.- Se acumulan en un solo procedimiento la resolución de ambos recursos. El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación,

podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto, y los motivos de impugnación en parte.

Cuarto.- La reclamación se plantea en tiempo, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la adjudicación.

Quinto.- El acto de adjudicación, objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada de la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16. b).

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104.1 de la LCSE se ha anunciado previamente ante el órgano de contratación la interposición de la reclamación.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto se trata de discernir si los planes contra la violencia de género y de conciliación familiar acreditados por las empresas recurrentes deben ser objeto o no de valoración, mejor, si han presentado planes en las condiciones exigidas por los Pliegos.

Inserción Personal De Discapacitados, S.L. (IPD), presenta sus planes de

conciliación y de violencia de género, pero no se encuentran suscritos por representante de los trabajadores. Alega que no cuenta con Comité de Empresa, no por no tener más de 50 trabajadores, sino porque no corresponde a la empresa promover las elecciones para la formación del comité de empresa.

La EMT afirma que en el Anexo V del Pliego consta que la empresa tiene 50 trabajadores y podía haber acreditado la realidad de los Planes mediante la firma de todos los trabajadores de la empresa o por una representación de los mismos reunida al efecto o cualquier otra prueba válida en Derecho, y no con la simple firma del Administrador único de la empresa.

El Anexo V es simplemente el compromiso de la adscripción de trabajadores minusválidos donde se hace constar si tienen o no más de 50 trabajadores.

La EMT afirma ahora, en contestación a la reclamación, que la exigencia de suscripción por los representantes de los trabajadores no se encuentra vinculada en el Pliego a que sean miembros del Comité de Empresa ni a que sea una representación de carácter formal. La finalidad de la firma por representante de trabajador, y no solo por el licitador es acreditar la realidad de la implantación en la empresa de esos Planes contra la violencia de género o de conciliación de la vida profesional y familiar.

Y en último extremo, si los trabajadores no han activado ningún mecanismo de representación, al objeto de la licitación bien pudo el licitador recabar su firma al objeto de acreditar la disponibilidad de esos planes o promover que nombraran algún representante para la misma.

A estos efectos la existencia o no de Comité de Empresa o delegados de personal son irrelevantes, si la empresa pudo acreditar la implementación de esos planes mediante la firma de la totalidad de los mismos o los designados al efecto.

La finalidad del precepto es que este extremo se encuentre acreditado por los

trabajadores, no que solo quepa la acreditación mediante el Comité de Empresa o los delegados de personal.

Esta contestación novedosa de la EMT, que flexibiliza el requisito de acreditación por la representación legal de los trabajadores, no se encuentra en el expediente de contratación.

Textualmente el, PCAP afirma:

“3.2.- Se le concederá 10 puntos al licitador que acredite tener establecido en su empresa un Protocolo de actuación ante la violencia de género. Para obtener la puntuación, el Protocolo debe estar firmado por la representación legal de los trabajadores de la empresa.

3.3.- Se le concederán 10 puntos al licitador que acredite tener establecido un Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional. Se concederá esta puntuación si el Plan está firmado por la representación legal de los trabajadores de la empresa”.

La expresión “*representación legal*” de los trabajadores solo cabe entenderla en el sentido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), como Comité de Empresa o Delegados de Personal, a tenor de los artículos 61,62 y 63 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La alegación verificada en esta instancia por el órgano de contratación acerca de que la finalidad de la firma de la representación de los trabajadores es acreditar la efectiva disposición del Protocolo de actuación contra la Violencia de Género o del Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional y que no es necesaria la firma de la representación legal, se realiza por primera vez en trámite de contestación a la reclamación en materia de contratación. Constan en el expediente una serie de escritos girados entre la EMT y el licitador, en los que la argumentación de la primera gira exclusivamente sobre la declaración en el Anexo V de tener la empresa más de 50 trabajadores y, por tanto, la posibilidad de tener Comité de Empresa y los

del licitador sobre su falta de legitimación para la promoción de la constitución de la representación legal, que corresponde a los trabajadores.

Textualmente, según la EMT: *“La valoración dada a su empresa en los criterios de adjudicación antes indicados, se ha efectuado teniendo en cuenta lo indicado en la letra anterior y la documentación presentada por ustedes en el sobre de documentación administrativa, en el que consta una declaración realizada siguiendo el modelo del Anexo V del pliego de condiciones, en la que el representante legal de la empresa manifiesta que la misma cuenta con más de 50 trabajadores, es decir, que debería tener constituido un comité de empresa según lo indicado en la letra anterior donde se transcribe lo establecido en el artículo 63 del ET, no porque lo exija el pliego de condiciones, que no lo exige.*

2.- Señalan ustedes que por las circunstancias que se hacen constar en su escrito, no pueden ser excluidos de la adjudicación y que debe prosperar su oferta teniendo en consideración la valoración que se efectúa en el acuerdo de adjudicación

En primer lugar, indicar que no se les adjudica el lote no 4 porque no han obtenido la puntuación suficiente para superar la conseguida por el que ha resultado adjudicatario. Y esto es así, por cuanto ustedes no han sido puntuados en los apartados de los criterios de adjudicación antes indicados, por no cumplir con las condiciones fijadas en el pliego de condiciones para conseguir la puntuación que tenían atribuida dichos criterios, es decir, que dichos documentos estuvieran firmados por los representantes de los trabajadores, con lo que a la vista de lo indicado anteriormente debería contar la empresa”.

A lo que la empresa responde siempre que los legitimados para promover las elecciones sindicales son los sindicatos, las organizaciones sindicales más representativas o los propios trabajadores, no la empresa, no dependiendo de la misma la existencia de Comité de Empresa o Delegados de Empresa.

Es decir, la posibilidad de que los documentos estuvieran firmados por todos los trabajadores o una representación constituida *“ad hoc”* de los mismos, atendiendo a que la finalidad de los mismos es simplemente acreditar la existencia

de esos Planes contra la violencia de género o de Conciliación de la vida laboral y familiar, ni se contempla en los Pliegos (que refieren a “*representación legal*”), ni se afirma en los escritos que se cruzan en el procedimiento la empresa y la EMT , por parte de ninguna de las partes.

Y los Pliegos son los que resultan vinculantes, tanto para los licitadores como para el órgano de contratación, son ley entre las partes, tal y como recuerda el propio órgano de contratación, pues actuar de otro modo, con interpretaciones más laxas de los mismos, supondría contravenir los principios que rigen la contratación del sector público, entre los que se encuentran el de transparencia, integridad, igualdad de trato y no discriminación.

Tal y como señala Sacyr en su contestación la empresa está planteando una impugnación indirecta de los Pliegos en la exigencia de la firma de la representación legal de los trabajadores, que no es admisible en este momento: *“la reclamación planteada a este Tribunal es sin duda una reclamación indirecta frente a los Pliegos y particularmente frente a lo recogido en el apartado J del Anexo I del Cuadro de Características Específicas que se contienen en el PCAP del contrato objeto de esta reclamación. (...) Resulta unánime por la Jurisprudencia que no es el momento para recurrir los pliegos el acto de Adjudicación, como pretende indirectamente la recurrente con esta reclamación, puesto que los mismos no fueron recurridos en su día y, en consecuencia, resultaron aceptados por los licitadores, por lo que no cabe ahora su discusión”*.

Examinada la documentación de la reclamante por este Tribunal , existe, por una parte, un denominado Plan de Conciliación Familiar y Laboral, en el que se refiere a *“las medidas que se han tomado desde la Dirección General en coordinación con la Dirección General de Recursos Humanos”*, y, por otro, un Protocolo sobre tratamiento ante situaciones de Violencia de Género, que encabeza diciendo *“este protocolo negociado con la representación unitaria de las/os trabajadora/es de la empresa Inserción Personal de Discapacitados (...)”*, y añade *“La empresa y la representación legal de los trabajadores (en adelante RLT), (...) se*

comprometen a prevenir la violencia de género en el seno de la empresa (...)”, con menciones continuas a la Ley 11/2007 de 27 de julio para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género en Galicia, no aplicable en la Comunidad de Madrid. Ambos documentos están firmados por el Administrador Único de la empresa. El primero no acredita en modo alguno que se hayan tomado las innumerables medidas que enumera. Pero el segundo, es un compromiso que se dice adoptado con la representación legal de los trabajadores , de los que luego se afirma no disponer, que no tiene fecha ni firmas, salvo el Administrador, y que cita normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia no aplicable en Madrid. Y que, por todo ello, lo que acredita precisamente es que no se tiene implantado un Plan contra la Violencia de Género en el centro de Madrid.

Por las razones expuestas procede la desestimación de la reclamación de Inserción Personal de Discapacitados, S.L. (IPD) en sus dos motivos de impugnación.

En cuanto a Clece S.A. alega igualmente que no se ha valorado su Plan de Conciliación y el órgano de contratación, que previamente le requiere, que no está suscrito por la representación legal de los trabajadores.

En la reclamación Clece afirma que, en contestación al requerimiento de la EMT, presentó:

- Plan de igualdad.
- Protocolo de Acoso Laboral.
- Protocolo de Acoso Sexual o por razón de sexo.
- Protocolo de actuación en caso de petición de cambio de puesto por víctima de Violencia de Género.
- Catálogo de Medidas de Conciliación EFR.
- Acta de reunión de 26 de junio de 2018 de la Comisión de Seguimiento del Plan de Igualdad.

Según Clece el acta de la reunión de 26 de junio de 2018, suscrita por los representantes de los trabajadores es prueba de la existencia de un Plan de Igualdad, que daría cumplimiento al requisito de acreditar el Plan de Conciliación suscrito por la representación legal de los trabajadores.

Para la EMT, sin embargo, “en relación con el punto 3.2, Clece presentó un Plan de igualdad firmado por la representación de la empresa y de los trabajadores, el cual incorporaba, entre sus objetivos, la inserción de mujeres víctimas de violencia de género, motivo por el cual se le atribuyeron los 10 puntos que contemplaba el Pliego.

Sin embargo, en relación con el punto 3.3, Clece aportó un Catálogo de Medidas de Conciliación EFR, que no está firmado por la representación de los trabajadores y una copia del acta de una reunión de fecha 28 de junio de 2018, que no permite deducir la implantación de plan de conciliación alguno, y menos aún su contenido, vigencia, etc. (...), pues solamente se habla del alcance de la certificación EFR en 2018 (certificación de calidad de Aenor sobre conciliación), antes aludida, pero no de un plan de conciliación implantado en la empresa y aceptado por los trabajadores a través de su representación tal como se exigía en el Pliego de Condiciones”.

A lo que Sacyr agrega: “1º Con respecto al plan de igualdad de Clece, además de no estar firmado por representante legal de los trabajadores, data del año 2009 con una vigencia de DOS años de duración, por lo que resulta evidente que no se han acreditado (i) ni los términos del pliego (firma del representante de los trabajadores), (ii) ni un plan vigente, sino claramente vencido e inválido. Además señala que la prórroga del Plan de Igualdad no puede estar suscrita por una Comisión ad hoc, sino por la representación legal de los trabajadores.

2º Por otra parte, una vez presentadas las aclaraciones por parte de la hoy reclamante, el Órgano de Contratación consideró que, con relación al punto 3.3 de la oferta presentada por la entidad Clece, se aportaron un catálogo de medidas de conciliación EFR que no estaba firmado por la representación de los trabajadores, determinando que una copia del acta de una reunión de fecha 26 de junio de 2018,

no permitía deducir la implantación de plan de conciliación alguno y, menos aún, podría acreditar su contenido, vigencia, etc.

De tal modo, que la recurrente no ha acreditado (ni inicialmente ni el trámite de aclaraciones o subsanación otorgado en su favor) la implantación de un plan de conciliación aceptado por los trabajadores a través de su representación, tal y como literalmente exigía el Pliego, suscrito por la representación legal de los trabajadores”.

Examinada la documentación de Clece efectivamente existe un extenso Plan de Igualdad, Suscrito el 16 de julio de 2009, por la empresa y la representación sindical de UGT y CC OO con los siguientes anexos:

1. Selección de personal y acceso al empleo.
2. Favorecer el acceso de la mujer en sectores menos representados.
3. Formación.
4. Inserción laboral de mujeres Víctimas de Violencia de Genero.
5. Código de Buenas prácticas (Anexo I).
6. Medidas específicas ante situaciones de Acoso (Protocolos de Acoso Laboral y Acoso Sexual y por razón de Sexo, Anexo II).

En reunión de 19 de marzo de 2014, se acuerda por las partes la prórroga del Plan de Igualdad por dos años y prórrogas sucesivas por el mismo período.

En 2 de febrero de 2016, se acuerda nueva prórroga y en 26 de enero de 2018, ratifican su voluntad de respetar el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, sin discriminación alguna, y constituyen una Comisión de Seguimiento, con otras reuniones, cuyas actas se adjuntan.

Dentro de ese contexto del Plan de Igualdad en la reunión de fecha 28 de junio de 2018, en el ordinal quinto del acta se afirma textualmente que *“La parte social expone que se propondrán medidas de conciliación que no solo vayan encaminadas a mejorar la maternidad y paternidad, ya que la plantilla tiene en general una edad entre 45 y 55 años”.*

Si la parte social afirma en fecha 28 de junio de 2018, que va a proponer medidas de conciliación, es que tales medidas no existían o no se encontraban protocolizadas a tal fecha.

Es más, examinado el tan mentado Plan de Igualdad, entre sus objetivos generales no se contempla nada que atañe a la conciliación de la vida profesional y la personal o familiar.

Por todo ello, procede la desestimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar las reclamaciones en materia de contratación de don J.L.G, en nombre y representación de la empresa Inserción Personal De Discapacitados, S.L. (IPD) y por don M.G.G., en nombre y representación de Clece S.A. contra la adjudicación del contrato la del “Servicio de limpieza de edificios y dependencias de la Empresa Municipal de TRANSPORTES, S.A. (Subcontratación con Centros Especiales de Empleo, Disposición Adicional Cuarta LCSP)”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, al ser objeto de recurso la adjudicación del contrato.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.