

Recurso nº 412/2023

Resolución nº 421/2023

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas ARIETE SEGURIDAD SA y EMYSI SL (en adelante UTE ARIETE EMYSI), que participan en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 27 de octubre de 2023 por la que se le excluye del procedimiento de licitación de los lotes 3 y 4 del contrato del servicio de “Vigilancia y seguridad de los centros de atención sanitaria especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud”, dividido en 4 lotes, expediente PA SER-9/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de mayo de 2023 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 96.545.479,60 euros y un plazo de ejecución de 36 meses.

Segundo.- Con fecha 5 de septiembre de 2023, el órgano de contratación acuerda solicitar a la UTE ARIETE EMYSI la documentación establecida en la cláusula 15 del PCAP (acreditación de la capacidad para contratar) así como la constitución de la garantía definitiva, al haber sido la empresa con la oferta mejor valorada en los lotes 3 y 4 de la licitación.

Con fecha 28 de septiembre de 2023, se requirió a la UTE para que aportara los respectivos planes de igualdad a los que se refirieron las declaraciones responsables presentadas con la proposición a la licitación del contrato. Dentro del plazo conferido para ello se procedió a aportar la documentación correspondiente, formulando así mismo las aclaraciones y alegaciones que constan en el expediente de contratación.

A la vista de la documentación presentada mesa de contratación acordó: “*tras el análisis de los Planes de Igualdad presentados por las empresas licitadoras que fueron requeridas para ello, considerándose aportado y acreditado por parte de la empresa Alerta y Control S.A. En el caso de la UTE ARIETE SEGURIDAD SERMAS UTE LEY 18/1982, al no aportar la empresa EMYSI un Plan de Igualdad conforme al art. 45 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo para la igualdad de mujeres y hombres, la Mesa de Contratación, en virtud del artículo 326.2.a) de la LCSP, acuerda excluir al operador económico UTE ARIETE SEGURIDAD SERMAS UTE LEY 18/1982, de los lotes 3 y 4”.*

El acuerdo fue notificado el 31 de octubre.

Con fecha 21 de noviembre de 2023, la UTE ARIETE EMYSI presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta para los lotes 3 y 4.

Tercero.- El 28 de noviembre 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 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 el presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión se adoptó el 27 de octubre, siendo notificado el 31 del mismo mes, e interpuesto el recurso el 21 de noviembre, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de su oferta, ya que las dos empresas constitutivas de la UTE cumplen las exigencias legales y previstas en los pliegos respecto a disponer de planes de igualdad.

Señala que el PCAP en su anexo VI impone a las licitadoras la obligación, en caso de resultar adjudicatario del contrato y durante la vigencia del mismo, 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 tanto, los planes de igualdad de las licitadoras debían cumplir lo que indica el citado artículo 45, esto es “*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*”. De este modo, solo es exigible que ese plan de igualdad tenga el alcance y contenido previsto en el capítulo III de la norma citada y que sea negociado con los representantes de las personas trabajadoras (y en caso de no contar con ellos, con los sindicatos representativos y más representativos que estuvieran legitimados para negociar el convenio colectivo de aplicación a la empresa).

Añade que la declaración responsable no exigía nada más, trayendo a este respecto doctrina del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Las dos empresas realizaron la declaración responsable en los términos contenidos en los pliegos, y además dicha declaración es veraz dado que ARIETE y EMYSI cuentan con sus respectivos planes de igualdad y ambos fueron presentados ante el REGCON. Por tanto, no cabe excluir a esta licitadora basándose en un incumplimiento que realmente no se ha producido.

Por otra parte, afirma que de ser la causa de exclusión el hecho de la denegación de la inscripción del Plan de EMYSI por parte de REGCON (resolución que ha sido recurrida), debemos señalar que de forma mayoritaria los tribunales de

contratación vienen entendiendo que, en todo caso, la inscripción en el REGCON solo tiene efectos de publicidad no siendo tal inscripción constitutiva. Aporta doctrina de otros Tribunales de resolución de recursos contractuales.

Por su parte, el órgano de contratación realiza inicialmente un relato cronológico sobre la situación del plan de igualdad de EMYSI. A este respecto, señala que el 28 de julio de 2021, la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, resolvió inadmitir el registro y depósito del Plan de Igualdad de la empresa EMYSI, S.L., al no estar debidamente constituida la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad en los términos señalados en el artículo 45 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en relación con el artículo 4 y siguientes del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre.

El 5 de agosto de 2021, la representante de la empresa EMYSI interpone recurso de alzada ante la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, contra la resolución de 28 de julio de 2021, por la que se inadmite el registro y depósito del Plan de Igualdad de su empresa.

El 23 de marzo de 2023, el Viceconsejero de Empleo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid resolvió desestimar el recurso de alzada interpuesto, señalando en uno de sus fundamentos que “*No se puede resolver el registro e inscripción de un plan de igualdad que no ha sido negociado de acuerdo con la normativa exigible, no siendo este un mero requisito formal sino de validez*”.

Con fecha 22 de mayo de 2023, se interpone recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estando pendiente de resolución.

Señala que el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, desarrolla la obligación de registro de los planes de igualdad mediante la modificación del Real Decreto

713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, extendiendo dicha obligación a todos los planes de igualdad, al margen de su origen y naturaleza, así como el depósito voluntario de las medidas y protocolos de prevención del acoso sexual y por razón de sexo, que, en defecto de los planes de igualdad, están obligadas todas las empresas a elaborar y aplicar en los términos establecidos en los artículos 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Considera que, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 11.1 del Real Decreto 901/2020 de 13 de octubre, 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. A este respecto, cita doctrina de este Tribunal, así como nuestro Acuerdo de 4 de mayo de 2023.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la empresa EMYSI se encuentra en prohibición para contratar al no disponer de un plan de igualdad en los términos exigidos en el artículo 71 d) de la LCSP.

Respecto a las alegaciones referidas al carácter no constitutivo de la inscripción en el REGCON, procede traer a colación el Acuerdo de 4 de mayo de 2023 de este Tribunal relativo a los requisitos de inscripción que deben cumplir los planes de igualdad de los licitadores manifestábamos:

“Primero.- La acreditación de la obligación que recae sobre las empresas que cuenten en su plantilla con cincuenta o más trabajadores, de contar con un Plan de Igualdad, ha sido analizada en recientes Resoluciones de este Tribunal, números 98/2023, de 16 de marzo; y 58/2023, de 16 de febrero, siendo el criterio en ellas establecido el siguiente:

- De acuerdo con el artículo 71.1.d) LCSP para la acreditación de la circunstancia de contar con el plan de igualdad en fase de presentación de proposiciones, basta la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 LCSP, ya que no se ha desarrollado la previsión de que mediante Real Decreto se establezcan

formas de acreditación mediante certificado del órgano administrativo correspondiente o de un Registro de Licitadores.

- *La falsedad en esta declaración responsable es también causa de prohibición para contratar (artículo 71.1.e) LCSP).*
- *La vigencia o fiabilidad de la declaración puede ser contrastada por el órgano de contratación a través de los mecanismos que le otorgan los artículos 140.3 y 201 de la LCSP en el transcurso de la licitación, así como por este Tribunal en sede de recurso especial.*
- *La justificación de disponer efectivamente del Plan de Igualdad del artículo 71.1.d) de la LCSP, se verifica con la inscripción del mismo en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos (REGCON), pues esta inscripción es obligatoria en virtud de los artículos 45 y 46.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo y el artículo 11.1 del R.D. 901/2020, de 13 de octubre, debiendo solicitarse en el plazo de quince días desde su firma, y es una condición necesaria para considerar como válido el propio Plan, pues la inscripción se efectúa (o no) tras un intenso control de legalidad. Esta inscripción la pueden comprobar los servicios correspondientes del órgano de contratación, pues el REGCON es público.*

Segundo.- Este Tribunal considera necesario matizar el criterio adoptado en anteriores resoluciones, a la vista de la demora que se produce en la inscripción de los planes de igualdad, ocasionando perjuicios a los licitadores que, sin ser responsables de las dilaciones, pueden verse afectados por la prohibición de contratar prevista por el artículo 71.1 d) de la LCSP.

Por lo expuesto, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, previa deliberación y por unanimidad, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Considerar suficiente como medio de acreditación de la tenencia del Plan de Igualdad a los efectos de la legislación de contratos del sector público, la aportación del justificante de la presentación de solicitud de inscripción del mismo ante el REGCON (o el acuse de recibo expedido por su plataforma)".

Este Tribunal se ha pronunciado, además de en el Acuerdo transcritto anteriormente, en diversas resoluciones, si bien es cierto que con un criterio no concordante con otros Tribunales de resolución de recursos contractuales. El artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007 no solo afirma que las empresas estén obligadas a tener un plan de igualdad, sino también a tener un plan con el alcance y contenido determinado en el mismo capítulo de ese artículo:

“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”.

Ese alcance y contenido, muy prolíjo, se desarrolla en los artículos siguientes, comprendiendo la inscripción, donde se verificará su contenido conforme a la Ley al calificarlo.

La inscripción del Plan de Igualdad es obligatoria tal y como se recoge en el artículo 46.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

En el caso que nos ocupa, la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, resolvió inadmitir el registro y depósito del Plan de Igualdad de la empresa EMYSI, S.L., al no estar debidamente constituida la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad en los términos señalados en el artículo 45 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. El recurso de alzada interpuesto fue desestimado, encontrándose recurrido en vía contencioso-administrativa, sin que conste su intención de elaborar y aprobar un nuevo plan de igualdad que se adapte a las exigencias de la resolución recurrida.

Esta circunstancia no hace sino avalar el criterio de este Tribunal de exigir la inscripción de los planes de igualdad, pues como sucede en el caso que nos ocupa,

se realiza por el registro una labor de calificación jurídica de dicho plan para determinar si su elaboración y contenido se ajusta a las disposiciones vigentes, no dando por buenos planes de igualdad que, al no estar sujetos a la calificación de la autoridad laboral, pudieran no ser ajustados a Derecho. Considerar que la inscripción solo tiene efectos de publicidad no siendo tal inscripción constitutiva, significaría renunciar a la seguridad jurídica que le otorga el control de legalidad realizado por un órgano especializado en el ámbito laboral. Ni las mesas de contratación ni los Tribunales de resolución de recurso contractuales tienen cualificación técnica para realizar dicha calificación jurídica.

Tampoco puede acogerse la alegación referida a la presentación de la declaración responsable exigida en los pliegos como único requisito, ya que el requerimiento realizado por el órgano de contratación tiene su amparo en el artículo 140.3 de la LCSP, en el que se establece *“El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato”*.

Por todo lo anterior, la empresa EMYSI se encuentra en prohibición para contratar, en los términos exigidos en el artículo 71 d) de la LCSP, por lo que se considera que la exclusión de los recurrentes fue ajustada a Derecho, procediendo la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la representación de las empresas ARIETE SEGURIDAD SA y EMYSI SL, que participan en compromiso de UTE, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 27 de octubre de 2023 por la que se le excluye del procedimiento de licitación de los lotes 3 y 4 del contrato del servicio de “Vigilancia y seguridad de los centros de atención sanitaria especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud”, dividido en 4 lotes, expediente PA SER-9/2023.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.