

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

En Madrid, a 10 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Proade, S.L. (en adelante Proade) contra el Acuerdo de la mesa de contratación en sesión celebrada el 17 y 19 de octubre de 2022 por el que se le excluye del lote 4 y 5 del procedimiento de licitación del contrato de “servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía para la provisión de 200 plazas en Centros de Día Privados para la atención sociosanitaria de personas mayores con deterioro físico, relacional, cognitivo, alzheimer y otras demencias que incorporen productos de comercio justo. Distrito: Carabanchel (Siete lotes)”, del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2022/00360, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 16 de septiembre de 2022 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público y el 19 en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en siete lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 12.613.740 euros y su plazo de duración será de 36 meses con posibilidad de prórroga por una o varias veces sin que su plazo máximo de duración, incluyen las posibles prórrogas, excede de cinco años (60 meses).

A la presente licitación, en concreto a los lotes 4 y 5, únicamente se presentó la actual recurrente.

Segundo.- Proade, al presentar su oferta a los lotes 4 y 5, incluyó el Anexo VI relativo a la declaración responsable de hallarse al corriente del cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En dicho Anexo declara:

- Que la empresa a la que representa emplea a:

- Menos de 50 trabajadores.

-Que la empresa a la que representa, cumple con las disposiciones vigentes en materia laboral y social.

-Que la empresa a la que representa: (marque la casilla que proceda)

Emplea a 250 o menos trabajadores y en aplicación del convenio colectivo aplicable, cumple con lo establecido en el apartado 3 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativo a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

El 6 de octubre se reúne la mesa de contratación para la calificación de la documentación administrativa y en relación con Proade acuerda solicitar que subsane el Anexo VI, en ambos lotes, en el siguiente sentido:

“De conformidad con la cláusula 25 del pliego de cláusulas administrativas particulares, se deberá presentar por las empresa GRUPO PROADE, S.L., declaración responsable conforme al modelo del Anexo VI relativa al cumplimiento de

la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”.

A la vista de la documentación presentada la mesa acuerda excluirle del procedimiento de licitación porque *“La entidad ha presentado documento con el mismo contenido que el aportado en el sobre inicial, cuya opción marcada en relación al plan de igualdad, no se ajusta al modelo del Anexo VI del PCAP”.*

Tercero.- El 31 de octubre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Proade en el que solicita que se anule el acuerdo por el que se le excluye del procedimiento de licitación.

El 3 de noviembre de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

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 46.4 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (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 impugnado fue adoptado el 17 y 19 de octubre de 2022, practicada la notificación el 21 e interpuesto el recurso el 31 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco 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.- Para la resolución del presente recurso interesa destacar la Cláusula 25 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“Cláusula 25. Forma y contenido de las proposiciones

(...)

A) SOBRE DE "DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS"

Dentro del sobre de “Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos”, los licitadores deberán incluir:

(..)

7.- Declaración responsable conforme al modelo del Anexo VI relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. .

De conformidad con lo dispuesto en el 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, aquellos licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, o a adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

A estos efectos, los licitadores deberán aportar declaración responsable, conforme al modelo fijado en el Anexo VI sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el 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. De conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano de contratación podrá hacer uso de las facultades de comprobación que tenga atribuidas en relación con el cumplimiento de las citadas obligaciones.

Asimismo, los licitadores harán constar que cumplen con los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia laboral y social así como que, en aquellos casos en los que corresponda, cumple con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativos a la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad. De conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano de contratación podrá hacer uso de sus facultades de comprobación que tenga atribuidas en relación con el cumplimiento de las citadas obligaciones”.

Alega el recurrente que se le ha excluido porque la opción marcada en relación con el plan de igualdad no se ajusta al modelo del Anexo VI del PCAP.

Considera que el Anexo VI del PCAP tiene una estructura que genera confusión, pues no se puede requerir *“declaraciones responsables conforme al modelo del Anexo VI relativa a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes”* cuando se ha marcado la opción de ser empresa de menos de 50 trabajadores, pues estos requisitos solo se exigen a empresas de más de cincuenta trabajadores a tenor de lo establecido en 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.

Por lo tanto, al haber señalado la opción de tener menos de 50 trabajadores, no están obligadas a cumplir el porcentaje ni las medidas alternativas.

En cuanto a la opción marcada en relación con el plan de igualdad, ésta es correcta al igual que la anterior porque el artículo 64 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, aplicable a esta empresa, regula los *“Planes de Igualdad. De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, 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 la representación legal del personal en la forma que se determine en la legislación laboral.*

En las empresas de más de 250 personas trabajadoras, tengan uno o más centros de trabajo, las medidas de igualdad a que se refiere el párrafo anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad”.

Es decir, solo las empresas de más de 250 trabajadores están obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad y en este segmento se encuentra la recurrente. Es cierto que también le afecta el ser empresa de menos de 50 trabajadores para no tener la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad, pero entendemos que marcar una u otra opción conducen al mismo resultado, la no obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad.

Por su parte el órgano de contratación alega que se realizó un requerimiento para que Proade subsanara el Anexo VI y que en cumplimiento del mismo presentó un nuevo documento con idéntico contenido al presentado originariamente. Señala que la entidad en ningún momento se puso en contacto con el servicio de contratación para realizar ninguna consulta, aclaración, indicación o manifestación en relación con el requerimiento practicado. Sin embargo, una vez que le ha notificado la exclusión sí que se ha puesto en contacto con dicho departamento.

Sobre la confusión que presenta el Anexo VI, alegada por el recurrente, refiere el órgano de contratación que el PCAP fue aceptado por el licitador y que durante todo el procedimiento no ha formulado objeción al mismo, habiendo presentado sin más su oferta, sin haber puesto tampoco en ningún momento esta observación de manifiesto.

No se entiende, a la vista de lo alegado, como se presenta y se señala una opción no conforme con el modelo, que además estaba insertado como plantilla en la Plataforma de Contratación del Estado:

“x emplea a 250 o menos trabajadores y en aplicación del convenio colectivo aplicable, cumple con lo establecido en el apartado 3 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativo a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad”.

Máxime cuando tenía la opción clara, de marcar, a la vista de lo argumentado por la mercantil, y como el resto de los licitadores, la opción:

“en aplicación del apartado 5 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la empresa no está obligada a la elaboración e implantación del plan de igualdad”.

Refiere el órgano de contratación que el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, indica que tiene la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad, las empresas de cincuenta o más trabajadores. De tal forma que lo que venía en todo caso a decir la recurrente era que, por su convenio colectivo, debía elaborar y aplicar un plan de igualdad, pese a ser una empresa de 50 trabajadores, circunstancia que, tal y como señala en este momento, no le resulta de aplicación, puesto que declara que no tiene la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad, al disponer de menos de 50 trabajadores, para lo cual debió marcar la tercera opción, como han hecho el resto de licitadores, que claramente establece que *“en aplicación del apartado 5 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la empresa no está obligada a la elaboración e implantación del plan de igualdad”.*

En defensa de sus pretensiones cita la Resolución 565/2021, de 16 de diciembre de 2021, de este Tribunal:

“hay que destacar es que la Mesa de Contratación, en función de las competencias que tiene atribuidas, solo pueden evaluar la documentación e información que las entidades licitadoras aporten en sus proposiciones, no pudiendo sustituir a las mismas aportando y valorando información o documentación que no forme parte del contenido de la oferta, so pena de conculcar el principio de igualdad”.

Es decir, la mesa de contratación, aun intuyendo que éste fuera el supuesto, que no tuvieran la obligación legal de elaborar y aplicar el plan de igualdad por ser una empresa con menos de 50 trabajadores, no puede sustituir lo marcado como opción por la empresa, entendiendo que dicha obligación no existiera.

Así mismo cita la doctrina consolidada sobre la no procedencia de realizar un

segundo requerimiento de subsanación por lo que el hecho de que el recurrente no presentase la documentación, tal y como exigía los pliegos, es un acto imputable únicamente a su responsabilidad, dado que tenía a su disposición toda la información y además podía haber solicitado aclaración al órgano de contratación, cosa que no hizo.

Vistas las alegaciones de las partes es preciso remitirse a lo regulado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Al respecto el artículo 45 relativo a la elaboración y aplicación de los planes de igualdad 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 fijan 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”.

Del tenor literal del precepto, tal y como indica el órgano de contratación, con la opción marcada por el recurrente estaba declarando que, a pesar de tener menos de 50 trabajadores, debía elaborar un plan de igualdad por establecerlo el convenio colectivo que le es de aplicación. Sin embargo, en su recurso indica que no está obligado a elaborar un plan de igualdad y las consecuencias de marcar una opción u otra, de las que son objeto de controversia, no altera el resultado.

Este Tribunal no comparte esa interpretación pues mientras que al marcar el artículo 45.3 está obligado a elaborar el plan por exigencias del convenio colectivo mientras que el artículo 45.5. indica que la elaboración del plan será voluntaria previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, por lo que la diferencia es evidente.

El recurrente pudo haber solicitado aclaración al órgano de contratación si le presentaba alguna duda el requerimiento, pero no lo hizo. Por ello, de acuerdo con la doctrina de los tribunales de contratación pública, no se puede realizar un segundo requerimiento.

Este Tribunal se pronunció, entre otras en su Resolución 319/2018, de 10 de octubre, en la que manifestábamos *“Especial mención a este supuesto efectúa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 793/2016, donde dice: “Como este Tribunal afirmó en su Resolución 78/2013, de 14 de febrero, si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública (por todas, Resoluciones de este Tribunal 237/2012, de 31 de octubre, y 271/2012, de 30 de noviembre, e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/97, de 14 de julio, 13/92, de 7 de mayo, y 1/94, de 3 de febrero, entre otros muchos), tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP), habiendo declarado este Tribunal en la*

Resolución 39/2011, de 24 de febrero de 2011 que ‘parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno’.

En consecuencia, procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Grupo Proade, S.L. contra el Acuerdo de la mesa de contratación en sesión celebrada el 17 y 19 de octubre de 2022 por el que se le excluye del lote 4 y 5 del procedimiento de licitación del contrato de “servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía para la provisión de 200 plazas en Centros de Día Privados para la atención sociosanitaria de personas mayores con deterioro físico, relacional, cognitivo, alzheimer y otras demencias que incorporen productos de comercio justo. Distrito: Carabanchel (Siete lotes)”, del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2022/00360.

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.