

RE 58/2024

Acuerdo 72/2024, de 6 septiembre de 2024, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por “GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.L.” frente a la adjudicación del procedimiento de contratación denominado «Concesión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado para el municipio de Ejea de los Caballeros», promovido por esa Entidad Local.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 31 de mayo de 2023 fueron insertados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el anuncio y los pliegos que rigen el procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. Según figura en los citados anuncios, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 17 de julio de 2023.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, licitado por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 27 026 353 euros, IVA excluido.

Segundo.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros, de 17 de junio de 2024, se adjudicó el contrato a la mercantil “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.”. Asimismo, el día 26 de junio fue publicado en la PCSP.

Según figura en el certificado del acuerdo adoptado, la clasificación de las empresas admitidas al procedimiento fue la siguiente:

LICITADOR	CRITERIOS JUICIOS DE VALOR	CRITERIOS OBJETIVOS	TOTAL
GESTAGUA	32,55	65,00	97,55
UTE GLOBAL OMNIUM-COBRA	24,35	62,71	87,06
FACSA	28,35	54,42	82,77
ACCIONA	24,50	50,38	74,88
AQLARA	24,40	47,33	71,73
FCC AQUALIA	23,76	46,02	69,78
AQUARA	24,57	40,78	65,35
SOCAMEX	19,47	43,59	63,06

Tercero.- Con fecha 9 de julio de 2024, en el Registro General del Gobierno de Aragón, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por don P.J.M.J., en nombre y representación de la mercantil “SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A.”, (en adelante, FACSA), frente al acuerdo de adjudicación referido en el antecedente anterior.

Dicho recurso fue inadmitido por este Tribunal mediante Acuerdo 61/2024, de 15 de julio, por falta de legitimación, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 b) LCSP y 129.1 b) de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante LUECPA).

Cuarto.- El 17 de julio de 2024, se presenta, en el Registro General del Gobierno de Aragón, recurso especial en materia de contratación por don V.F.M ,en nombre y representación de la mercantil “GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.L. (en adelante GOM), frente al acuerdo de adjudicación

señalado en el Antecedente segundo, al considerarlo contrario a Derecho por *“haberse adjudicado el contrato a una empresa que se encontraba en situación de prohibición de contratar al término de la presentación de las ofertas”*.

En el recurso se solicita la estimación del recurso, y se revoque o anule el citado acuerdo, con retroacción de las actuaciones al momento de la clasificación de las ofertas, debiendo valorarse conforme lo dispuesto en el recurso, procediendo a la exclusión de la oferta presentada por GESTAGUA S.A., y la consecuente adjudicación a la recurrente.

Añade que: *“en cualquiera de los casos, debe considerarse la nulidad de la resolución en cuestión, por falta de motivación y congruencia únicamente sin que implique directamente la exclusión de GESTAGUA, con retroacción al momento del acuerdo de adjudicación para que sea debidamente resuelto por éste la cuestión sobre la prohibición de contratar por GESTAGUA, contando con las alegaciones realizadas por mi representada y lo hechos aquí desarrollados.”*

Quinto.- El día 18 de julio de 2024, este Tribunal dio traslado del recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente e informe al que alude 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). El expediente fue aportado el día 22 de julio de 2024.

Sexto.- El día 23 de julio de 2024 se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. En el plazo concedido se han recibido alegaciones de Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A (FACSA),

adhiriéndose al recurso de GOM, así como alegaciones de la actual adjudicataria –GESTAGUA-, en fecha 30 de julio de 2024, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-COMPETENCIA.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 118.1 a) de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante LUECPA).

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN

Se acredita en el expediente la legitimación de la entidad recurrente para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por ser entidad mercantil que ha sido licitadora en el contrato de referencia, habiendo quedado como segunda clasificada del procedimiento cuestionado, e interponiéndose el presente recurso contra el acuerdo de adjudicación adoptado en el expediente de licitación; siendo que una eventual estimación del recurso le supondría, eventualmente, el beneficio efectivo de ser la adjudicataria del contrato. Resultando, por tanto, acreditado su interés legítimo.

El recurso se ha presentado por representantes legales, aportando poder suficiente.

TERCERO.- PLAZO, LUGAR Y FORMA

Se han cumplido las prescripciones que, en relación con el plazo, lugar y forma de presentación del recurso, se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y en el artículo 128 de la LUECPA.

CUARTO.- ACTO RECURRIDO. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO. POSICIÓN DE LAS PARTES

Queda igualmente acreditado que el recurso se ha interpuesto contra contrato y actuación susceptible de impugnación ex artículo 44.1 c) y 44.2.c) de la LCSP, dado que se recurre el acuerdo de adjudicación de un contrato de concesión servicios, cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros.

I.- Tal y como se ha expuesto, **la recurrente –GOM-** impugna el acto de adjudicación del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado para el municipio de Ejea de los Caballeros, entendiéndose que la adjudicataria –GESTAGUA- se encontraba incurso en situación de prohibición de contratar al término de presentación de las ofertas, dado que en ese momento –17 de julio de 2023-, no disponía de Plan de Igualdad. Y, por lo tanto, estaba incurso en prohibición de contratar, de acuerdo con el artículo 71.1 d) de la LCSP; y debería haber sido excluida por incumplimiento del artículo 140.4 de la LCSP.

En este sentido alega –en síntesis- que:

“-Por GESTAGUA se aprobó un plan de igualdad para el periodo de 2022-2025, cuya vigencia se iniciaba el 14 de marzo de 2022.

-El proceso de inscripción ante el REGCON se inició el 22 de abril de 2022.

- El mismo no se pudo llevar a cabo, debido a deficiencias en el mismo que impidieron su inscripción, dado que la autoridad laboral realiza una revisión del Plan sobre la

adecuación a derecho de los documentos presentados para su calificación positiva y posterior inscripción en el REGCON.

-Tales son las deficiencias advertidas, aunque desconocidas, incluso por el Órgano de Contratación de Ejea de los Caballeros ya que no se aportan las calificaciones negativas del REGCON, que por GESTAGUA no se consigue aportar las subsanaciones pertinentes al Plan presentado, lo que obliga a la Subdirección General de Relaciones Laborales a archivar la solicitud de inscripción el 22 de noviembre de 2022, a diferencia con las detectadas en el Plan 2023-2024 que al parecer sí pudo subsanarse.

- GESTAGUA no realiza ningún tipo de modificación sobre dicho Plan, que es calificado negativamente por la autoridad laboral, hasta el 20 octubre de 2023 que es cuando procede a la inscripción de éste -que luego sería calificado negativamente a final de año, aunque posteriormente subsanado- es decir, que transcurren 11 meses desde que archivan la solicitud de inscripción del 2022 -2025 como consecuencia que el Plan incumple con la normativa hasta que se presenta ya no solo una revisión de éste, sino que otro totalmente nuevo, ante el registro, que pretende subsanar la situación de GESTAGUA frente al incumplimiento de la normativa laboral y, por ende, de contratación pública.”

Ante la exposición de hechos que se realiza en el escrito de interposición, GOM efectúa las siguientes conclusiones:

“La primera, que al momento de presentarse la oferta por GESTAGUA del contrato en cuestión, recordemos que el plazo final de presentación de ofertas era el 17 de julio de 2023, este Plan no se encontraba ni vigente en la sociedad ni inscrito en el REGCON, como ella misma reconoce en el propio Plan, que lo denomina como el primero y que es de octubre de 2023.

La segunda, que el mismo no viene rubricado por los representantes de los trabajadores, cuando sí se les nombra como participantes de la comisión negociadora, lo que añadido a la denuncia del propio sindicato (UGT-FICA) que alega que no ha participado en su negociación cuando sí consta su nombre en el documento e incluso firma de asistencia,

induce a pensar que incluso el depositado en octubre de 2023, es un documento realizado de forma unilateral por la empresa, sin que por tanto pueda considerarse válido, además de contener falsedades en su contenido y declaración ante el REGCON.

La Tercera, aunque se advirtió de errores en el texto depositado en fecha 12 de diciembre de 2023 que impedían su inscripción al no cumplir los requisitos mínimos previstos en el R.D. 901/2020, estos debieron poderse subsanar, puesto que consta la resolución de inscripción de fecha 1 de febrero de 2024.

En consecuencia, como se ha expuesto por esta parte y fundamentará en derecho a continuación, los hechos, indicios y regulación de aplicación muestran que GESTAGUA carecía de un plan de igualdad en la fecha de la licitación promovida por el Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros, 17 de julio de 2023, y por tanto debería haberse excluido su oferta por estar incurso en prohibición de contratar.”

Entiende que no estamos ante una cuestión de si la inscripción del Plan de Igualdad es declarativa o constitutiva, sino que al existir una Resolución de la Autoridad Laboral archivando la solicitud de inscripción del Plan de Igualdad, es evidente que no se cumplía con la obligación de disponer de dicho Plan en el momento de finalizar el plazo de presentación de las ofertas; y, que dicha situación no fue subsanada hasta el 20 de octubre de 2023, cuando ya había finalizado el plazo de presentación de las ofertas. Por ello, debería ser excluida de la licitación, con el suplico plasmado en el Antecedente Cuarto.

A lo anterior añade que, a su juicio, el Acuerdo de adjudicación adolece de falta de motivación y de congruencia, dado que: “1) se dan por ciertos unos hechos alegados por GESTAGUA sin que se haya aportado prueba sobre la misma que sí debe existir, en cuanto a los motivos de su rechazo de inscripción en el plan, 2) los únicos hechos que se valoran son los aportados por GESTAGUA sin que se haya hecho averiguación alguna al respecto, tanto es así que se reproducen íntegramente los motivos

alegados por ésta y 3) no se tiene en cuenta la existencia de pronunciamientos expresos que impiden la inscripción del Plan de Igualdad en el registro, ni las noticias, ni la resolución del TACRC que determina la inexistencia de tal plan en la fecha de presentación de las ofertas.”

En apoyo de sus pretensiones, trae a colación la Resolución del TACRC 617/2024, de 16 de mayo, por la cual se confirma la conformidad a Derecho de la exclusión de GESTAGUA adoptada por el órgano de contratación del contrato de servicios de explotación, mantenimiento y conservación del sistema de abastecimiento de la zona central de Asturias—de fechas muy similares al que es objeto del presente recurso—, al considerar que no disponía de plan Igualdad vigente.

II.- Por su parte, el **órgano de contratación**, se opone al recurso interpuesto, interesando la desestimación, alegando —en síntesis— que la inscripción en el REGCON tiene un carácter meramente declarativo, no constitutivo, y que las prohibiciones de contratar de interpretarse de forma restrictiva y aplicarse proporcionalmente, añadiendo que:

“(…) La Mesa de contratación analizó la existencia de estos planes de igualdad y que los mismos no eran meros formalismos, que había voluntad y negociación con los representantes de los trabajadores, aplicación del mismo, seguimiento e intención de inscripción. Lógicamente, no entra a realizar un análisis exhaustivo de legalidad de cada uno de sus elementos supliendo a la autoridad laboral, pues carece de capacidad para ello. De este análisis concluyó la mesa que a la fecha de finalización de ofertas existía un plan de igualdad, aunque este no estuviese inscrito.

2º.-Que desde el año 2011 GESTAGUA ha contado con sucesivos planes de igualdad, sin perjuicio de que en el momento de presentación de ofertas no tuviese uno inscrito en el REGCON, lo cual ha sido solucionado con posterioridad.

Esta trayectoria con la aplicación de los planes de igualdad por la empresa GESTAGUA, con carácter previo a su exigencia por la LCSP enlaza aunque no se recogiese en la mesa de contratación de 31 de mayo de 2024, con la doctrina self cleaning, la cual no fue apreciada de una forma expresa por la mesa pero se intuye en el razonamiento de la misma.

La doctrina del self-cleaning permite a una entidad que, inicialmente estaba incurso en prohibición de contratar, aplicar medidas correctoras que restauren su fiabilidad, tales como en el caso que nos ocupa puede ser la inscripción del plan de igualdad vigente en el REGCON.

Dicha doctrina nace de lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, conforme a lo cual se establece: “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”.

El órgano de contratación, ha considerado que las medidas adoptadas por GESTAGUA, aplicando un plan de igualdad, aprobando uno nuevo que logra inscribir en el REGCON, son suficientes para demostrar su fiabilidad. Así concluía la mesa de contratación: “Queda por tanto claro para la Mesa de contratación, de la voluntad de la empresa de contar con un plan de igualdad, incluso con carácter previo a su introducción como prohibición de contratar en nuestra legislación de contratos, de mantenerlo actualizado e inscrito en el registro correspondiente, de negociarlo con los representantes de los trabajadores y de proceder a su inscripción, y por lo tanto disponiendo de un plan de igualdad negociado en el momento de finalización de ofertas y en el momento de emitir la presente propuesta y que al no tener la inscripción carácter

constitutivo podríamos considerar que no concurre la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.d) de la LCSP.”

III.- GESTAGUA, por su parte, se opone al recurso y solicita su desestimación, defendiendo que no está incurso en prohibición de contratación y que así lo acreditó ante el órgano de contratación, efectúa diversas consideraciones sobre la validez del Plan de Igualdad para el período 2022-2025 y sobre su aplicación efectiva. Asimismo, considera que el acuerdo de adjudicación es conforme a derecho, puesto que no puede pretenderse que los órganos de contratación obvien el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE (artículo 57.6) y la obligación que la misma les impone de valorar las medidas efectivamente aplicadas por los licitadores en materia de igualdad; y que debe aplicarse el principio de proporcionalidad a las prohibiciones de contratar

QUINTO.- SOBRE LOS PLANES DE IGUALDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y SOBRE LAS MEDIDAS SELF CLEANING.

i. Sobre los planes de igualdad en los procedimientos de licitación.

El artículo 65 de la LCSP regula las condiciones de aptitud, indicando en su apartado primero que: *“Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.”*. A lo que el artículo 140.4 de la LCSP añade 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.”

Sobre este extremo debemos destacar que la LCSP introduce diferentes normas sociales que condicionan la contratación con el sector público, imponiendo a las empresas el cumplimiento de obligaciones sociales y de carácter laboral, normas que también tiene su reflejo en las prohibiciones para contratar; y en esta línea, la ley establece la obligación de disponer y aplicar un plan de igualdad en toda la cadena de contratación, sancionando su incumplimiento con la prohibición de no poder contratar con el sector público.

En lo que aquí interesa, el artículo 71.1.d) de la LCSP contempla la siguiente prohibición de contratar *“en el caso de empresas de 50 o más 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.***

(...)

*La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra **se hará mediante la presentación de la declaración responsable** a que se refiere el artículo 140.*

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

No podemos ignorar que este precepto ha sido modificado por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de

representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, por la que se introduce el requisito relativo a que el Plan de Igualdad deberá estar inscrito en el Registro laboral correspondiente. Sin embargo, dicha modificación entró en vigor el 22 de agosto de 2024, por lo que no resulta de aplicabilidad al procedimiento de licitación que aquí se cuestiona.

Por parte, el artículo 45 de la LO 3/2007 al que se remite el artículo 71.1 d) de la LCSP se encuentra redactado en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Así las cosas, de conformidad con los preceptos referidos, resulta evidente que, para participar en un procedimiento de licitación y ser adjudicatario, las empresas con más de 50 trabajadores, deben contar con un Plan de Igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

La cuestión relativa a si la inscripción del Plan de Igualdad tiene carácter constitutivo o declarativo para considerar que el licitador ostenta capacidad necesaria para contratar y no se encuentra incurso en prohibición de contratación, ha sido objeto de numerosas resoluciones de distintos órganos competentes en la resolución de recursos contractuales; y, como es bien sabido, con diferentes posiciones, las cuales no consideramos necesario traer a colación, dado que las mismas son bien conocidas por las partes, tal y como se demuestra en sus escritos de alegaciones, en los cuales se exponen de manera detallada. Lo que sí que resulta esencial es establecer el criterio que sigue este Tribunal (sin entrar a considerar la modificación realizada por la LO 2/2024) sobre la necesidad de contar con un Plan de Igualdad, en qué términos se exige por la normativa contractual, y su relación con las prohibiciones de contratar.

Pues bien, realizando una lectura literal del artículo 71.1 d) de la LCSP en su redacción vigente en el momento de la licitación, resulta que el mismo exige que se disponga de un Plan de Igualdad conforme al artículo 45 de la LO 3/2007, sin añadir nada más, por lo que debemos examinar el artículo 45 de la normativa especial para determinar cómo debe ser el Plan de Igualdad para que el mismo sea válido y permita al licitador participar y, eventualmente, ser adjudicatario. Así, el citado artículo 45 de la LO 3/2007, el cual se refiere a la elaboración y

aplicación del Plan de Igualdad, obliga—en síntesis- a contar con un Plan de Igualdad, el cual debe estar negociado, y en su caso, acordado con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral; siendo el artículo 46 de la LO 3/2007 (al cual no se refiere en ningún momento la normativa de contratación) el que regula el contenido de los Planes de Igualdad y la obligatoriedad de su inscripción en el Registro.

Por lo tanto, no es competencia de los Tribunales Contractuales determinar la legalidad de un Plan de Igualdad ni valorar si la inscripción de los Planes tiene carácter constitutivo o declarativo, dado que dichos extremos exceden de su ámbito material y funcional de actuación, por tratarse de una cuestión de normativa laboral, todo ello habida cuenta que el artículo 45 de la LO 3/2007, al cual remite la normativa de contratación, no hace alusión alguna a la inscripción. Lo relevante es demostrar que la empresa cuenta con un Plan de Igualdad, negociado con los representantes legales de los trabajadores, y que está aplicando de forma efectiva dentro de la organización medidas tendentes a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. Dicho en otros términos, **la obligación exigible a los licitadores, a efectos de resultar adjudicatarios, es contar efectivamente con el plan de igualdad requerido, y no que dicho plan esté inscrito en el registro correspondiente**, puesto que la LCSP exige disponer de un Plan de Igualdad que cumpla con lo dispuesto en el artículo 45 de la LO 3/2007, pero no contempla directamente que dicho Plan conste inscrito ni tampoco, por remisión de dicho precepto, resulta exigible tal inscripción.

ii. Sobre las medidas self-cleaning

Efectuadas las anteriores consideraciones, debemos precisar qué ocurre cuando los licitadores que son empresas de más de 50 trabajadores no cuentan con un Plan de Igualdad conforme al artículo 45 de la LO 3/2007, dado que, *a priori*, de acuerdo con los preceptos expuestos, el licitador incurre en una

prohibición de contratar (artículo 71.1 d) de la LCSP). Sin embargo, y tal y como señala la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Canarias 1/2024 *“Debe partirse de la premisa de que, la sanción que se deriva para las empresas es gravísima, imposibilitando a los licitadores en los que concurra la prohibición de contratar con el sector público; es una norma sancionadora, y por tanto, limitativa de la concurrencia, que debe ser interpretada por razones de seguridad jurídica, de forma restrictiva, por lo que la misma no puede aplicarse, más allá de su tenor literal, que no es otro que el de contar con un plan de igualdad.”*. Es por ello que se ha planteado el debate sobre si, en el caso de que la empresa no cuente con el plan de igualdad preceptivo, puede justificar en el trámite de audiencia la adopción de medidas de corrección (self-cleaning), de acuerdo con el artículo 72.5 LCSP y con el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE (En este sentido, Resolución 26/2023, de 27 de enero del TARCJA a la cual nos remitimos por su claridad ilustrativa), entendemos, como igualmente hace el citado Tribunal, que dado el efecto directo declarado por el TJUE respecto de tal precepto de la Directiva 2014/24, procedería reconocer 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.

De conformidad con lo expuesto, procede traer a colación la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid 209/2023, de 25 de mayo (Recurso 161/2023), la cual se fundamenta en otras Resoluciones del TACRC, por resultar plenamente aplicable caso que nos ocupa:

“(…) Del mismo modo, el Acuerdo del Pleno del TACRC de fecha 5 de abril de 2022, referente a la aplicación de las prohibiciones para contratar establece que:

“Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión. Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y

en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial”.

Efectivamente a juicio de este Tribunal, la exigencia de tener un Plan de Igualdad registrado debe entenderse cubierta en el caso en virtud del principio del “self cleaning”, que admite las medidas correctoras de las prohibiciones para contratar acreditadas con posterioridad a la finalización del plazo para presentar proposiciones.

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, establece:

“6. 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”.

Como hemos señalado en Resolución 173/2023, de 27 de abril:

“De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia reciente, con las que este Tribunal manifiesta su conformidad, invocando la aplicabilidad directa de lo dispuesto en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, incluso un licitador incurso en una prohibición de contratar podrá presentar todas aquellas pruebas que estime oportunas a fin de acreditar la suficiencia de las medidas correctoras o “self-cleaning” que hayan adoptado para demostrar su fiabilidad y evitar la exclusión.

La Sentencia del TJUE de 14 de enero de 2021, en el Asunto C-387/19, afirma la aplicación directa del artículo 57 de la Directiva 2014/23 a nuestro ordenamiento jurídico. Es este pronunciamiento del que se han servido ha sido la base de la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales para descartar la exclusión automática de licitadores, reconociendo, en este orden, la posibilidad de que los mismos, incluso en aquellos casos en los que se encuentren en prohibición para contratar, restauren la fiabilidad de su empresa y de su oferta aportando aquellos documentos que acrediten, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras que hubiera adoptado el licitador restablecen su fiabilidad.

El artículo 57 citado no solo conlleva la posibilidad del licitador de presentar espontáneamente la justificación de su fiabilidad en cualquier momento anterior a la adjudicación, sino también la obligación del órgano de contratación de requerirlo al efecto antes de acordar su exclusión.

En este sentido, la Resolución 1374/2021, de 14 de octubre, del TACRC 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”.

El Plan de Igualdad registrado en 17 de febrero de 2023, cumple las exigencias del “self cleaning”, es una medida correctora del incumplimiento del registro del Plan que viene elaborándose por la licitadora desde mayo de 2022, siendo necesario retrotraer las actuaciones para que la Mesa recabe dicho Plan registrado. Ese Plan es conocido por la Mesa, a la que se presentó, y el propio recurrente basa su argumentación ante la misma sobre la inexistencia de un Plan válido en plazo de licitación en el registro del mismo en fecha 17 de febrero de 2023”

En definitiva, en caso de que el licitador esté incurso en una de las prohibiciones de contratar que establecen los apartados 1 y 4 del artículo 57 de la Directiva 2024/24/UE, sobre contratación pública (entre las cuales se incluyen las previstas en el artículo 71.1 d) de la LCSP), la doctrina del self-cleaning permite a esa entidad, inicialmente afectada por una prohibición, aplicar medidas correctoras que restauren su fiabilidad, las cuales deben ser valoradas y apreciadas como suficientes por el poder adjudicador.

SEXTO.- SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA EXPUESTA AL CASO CONCRETO

De acuerdo con las consideraciones analizadas en el Fundamento anterior, y, de conformidad con la doctrina que se ha expuesto, debemos establecer su aplicabilidad al supuesto enjuiciado.

En este sentido debemos examinar la adecuación a derecho de la actuación del órgano de contratación en relación a la adjudicación del contrato a GESTAGUA, habida cuenta de las supuestas irregularidades puestas de manifiesto por el recurrente en el cumplimiento de GESTAGUA de su obligación de contar con un Plan de Igualdad.

En primer lugar, debemos destacar que en el momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas (17 de julio de 2023) no es hecho controvertido que la solicitud de inscripción del Plan de Igualdad que GESTAGUA había elaborado para el periodo 2022-2025 se había archivado por la Autoridad Laboral Competente. Por ello, y sin entrar a efectuar consideraciones sobre el carácter de la inscripción, no podemos obviar que las resoluciones de la Autoridad Laboral examinan tanto los requisitos formales como los requisitos materiales de los Planes de Igualdad a efectos de su inscripción; y, si bien un Archivo no supone que se esté denegando la inscripción porque el Plan no es adecuado a la normativa aplicable, no es menos cierto que se ignoran las razones concretas de dicho Archivo, dado que no constan en el expediente administrativo, lo cual debería haber sido comprobado por el órgano de contratación, puesto que, si en el hipotético caso de que el Archivo se hubiera acordado porque faltaba la conformidad de los representantes de los trabajadores, dicho Plan no podía considerarse válido de conformidad con el artículo 45 de la LO 3/2007, puesto que, como hemos examinado anteriormente, dicho precepto sí que exige que el

Plan de Igualdad haya sido negociado, y en su caso, acordado, con los representantes legales de los trabajadores.

Si bien la anterior circunstancia podría haber implicado que GESTAGUA estuviera incurso en prohibición de contratación de acuerdo con el artículo 71.1 d) de la LCSP, no es menos cierto que el órgano de contratación, y en el trámite de subsanación del artículo 150.2 de la LCSP, tal y como indica el TJUE requirió a GESTAGUA en el siguiente sentido (documento 50 del expediente administrativo):

“Requerir a la empresa GESTAGUA, S.A. para que en el plazo de siete días hábiles para que acredite documentalmente la veracidad de su declaración responsable, acreditando que dispone de un plan de igualdad o presente las alegaciones que considere oportunas.”

Puede considerarse que los términos en los que está redactado el requerimiento no suponen que el órgano de contratación esté solicitando expresamente que GESTAGUA aporte medidas “sel-cleaning”; sin embargo, el citado artículo 57 de la Directiva de Contratación, también contempla la posibilidad de que sea el licitador quien presente espontáneamente la justificación de su fiabilidad en cualquier momento anterior a la adjudicación.

Y es, en este contexto, en el que GESTAGUA presenta las alegaciones y la documentación pertinente y el órgano de contratación, en el ejercicio de sus competencias y dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, estima suficientes y fiables las pruebas aportadas, y en este sentido se pronuncia el Acta de propuesta de adjudicación (documento 57 del expediente administrativo), en la que tras exponer las alegaciones de los licitadores y de GESTAGUA señala lo siguiente:

“De lo que se trata es de dilucidar si Gestión y Técnicas del Agua, S.A. disponía o no de un plan de igualdad en el momento de finalizar la oferta y en el momento de la celebración del contrato.

De lo expuesto se deduce que Gestagua dispone de un Plan de Igualdad en el momento actual y ha solicitado su inscripción en el REGCON.

Respecto a la fecha de finalización de presentación de ofertas, es decir el día 17/07/2023 Gestagua tenía vigente el Plan de Igualdad del período 2022-2025, aprobado por la Comisión de Igualdad en fecha de 04/04/2022, y solicitada su inscripción en el REGCON y que, en fecha de 22/04/2022, la Subdirección General de Relaciones Laborales archivó la solicitud de inscripción por falta de subsanación de los defectos formales indicados por la empresa.

A este respecto, la Mesa debe de dilucidar si basta con la existencia de un plan de igualdad, con un contenido no meramente formal, el cual se haya sometido a un procedimiento de negociación colectiva con los trabajadores, o es requisito constitutivo para considerar que existe este plan de igualdad que el mismo haya sido inscrito en el REGCON.

Del estudio detallado de esta cuestión podemos afirmar que ha habido una evolución en la doctrina y en los Tribunales administrativos de contratos que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia

(...)

Más allá de lo expuesto en base a la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, la mesa considera que la prohibición de contratar prevista en el 71.1.d) debe de ser aplicada con un criterio de proporcionalidad a la onerosidad que su apreciación puede suponer para las empresas, que por la vía de la prohibición de

contratar pueden recibir sanciones más gravosas que las previstas por la legislación sectorial en materia de igualdad.

Por ello habría que tener también en consideración, el estado transitorio actual para la implantación obligatoria de los planes de igualdad en empresas de más de 50 trabajadores, en el que gran cantidad de empresas pretenden elaborar, negociar e inscribir sus correspondientes planes de igualdad, generando colapsos en las empresas consultoras especializadas en su elaboración, organizaciones sindicales que han de negociarlas y en el propio servicio de registro.

Queda por tanto claro para la Mesa de contratación, de la voluntad de la empresa de contar con un plan de igualdad, incluso con carácter previo a su introducción como prohibición de contratar en nuestra legislación de contratos, de mantenerlo actualizado e inscrito en el registro correspondiente, de negociarlo con los representantes de los trabajadores y de proceder a su inscripción, y por lo tanto disponiendo de un plan de igualdad negociado en el momento de finalización de ofertas y en el momento de emitir la presente propuesta y que al no tener la inscripción carácter constitutivo podríamos considerar que no concurre la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.d) de la LCSP.”

Resulta que, en el caso concreto, el órgano de contratación, ante la eventual concurrencia de una prohibición de contratar en la entidad propuesta como adjudicataria, le requiere para que, en aplicación de las medidas self-cleaning contempladas en la Directiva 2024/24/UE y aplicables en nuestro Ordenamiento Jurídico por el efecto directo de la misma, acredite que dispone de un plan de igualdad o presente las alegaciones que considere oportunas; resultando que, el órgano de contratación, como se ha indicado, considera que las pruebas aportadas son suficientes, lo cual, de acuerdo con la doctrina de las medidas self-cleaning, es conforme a Derecho.

El factor decisivo para que las medidas de *self-cleaning* puedan constituir una alternativa válida a la exclusión es su suficiencia, es decir, que gocen de la entidad necesaria para garantizar que el operador económico vuelve a ser digno de la confianza de la Administración. La Directiva sobre contratación pública no aporta muchos criterios en base a los cuales enjuiciar la suficiencia o no de estas medidas, sino que se limita a señalar que han de evaluarse teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta, es decir, caso por caso. Por lo que es el órgano de contratación quien, en virtud de la discrecionalidad técnica, considera que las medidas o pruebas aportadas son suficientes.

De ahí que la Directiva exija que la declaración de insuficiencia de las medidas se encuentre debidamente motivada (artículo 57.6), Pero, igualmente, de conformidad con el principio de igualdad y de seguridad jurídica, el órgano de contratación debe motivar cuales son las razones por las que considera que esas medidas son suficientes y fiables. De modo que los operadores económicos puedan conocer las razones que justifican tanto la posible exclusión como la admisión de las medidas y, en caso de que la decisión del poder adjudicador sea impugnada, los órganos de control puedan ejercer la función revisora que nos corresponde.

Por ello, este Tribunal no es competente para sustituir la voluntad del órgano de contratación, puesto que las facultades revisoras de este Tribunal Administrativo están vinculadas esencialmente al plano jurídico y no al de la realidad fáctica, siempre y cuando no se trate de un error material, de una actuación arbitraria o que haya incurrido en una falta de motivación.

Por lo tanto, resulta plenamente conforme a Derecho la actuación del órgano de contratación al requerir a GESTAGUA las oportunas medidas *self-cleaning*, acordando - dentro de su ámbito competencial y de su discrecionalidad

técnica- que las pruebas aportadas dejan clara la voluntad de la empresa de contar con una Plan de Igualdad, incluso con carácter previo a su introducción como prohibición de contratar en nuestra legislación de contratos, de mantenerlo actualizado e inscrito en el registro correspondiente, de negociarlo con los representantes de los trabajadores y de proceder a su inscripción, y por lo tanto disponiendo de un plan de igualdad negociado en el momento de finalización de ofertas.

Si bien la motivación no es exhaustiva es más que suficiente, dado que se conocen las razones por las cuales el órgano de contratación considera las pruebas aportadas como suficientes y permite verificar su adecuación a Derecho. Así, tal y como se refleja en el informe del órgano de contratación anteriormente citado, la Mesa de contratación analizó la existencia de estos planes de igualdad y que los mismos no eran meros formalismos, que había voluntad y negociación con los representantes de los trabajadores, aplicación del mismo, seguimiento e intención de inscripción, resultando que GESTAGUA ha contado con sucesivos Planes de Igualdad desde el año 2011 (en el expediente administrativo constan diversos Planes de Igualdad con firmas de representantes legales de trabajadores, y los justificantes de registro para inscribir los Planes de Igualdad), y ha aprobado uno nuevo que ya está inscrito en el REGCON

Por último, no podemos obviar que la recurrente trae a colación la Resolución del TACRC 617/2024, en la que se declara la exclusión a derecho de GESTAGUA en otro procedimiento de licitación, puesto que el órgano de contratación consideró que GESTAGUA no disponía de Plan de Igualdad y que las pruebas aportadas por la entidad en el contexto de medidas del self-cleaning no eran suficientes para que quedase acreditada su fiabilidad. Pues bien, en el presente caso no podemos considerar aplicable la citada Resolución, dado que existe un elemento esencial que hace que nos encontremos antes supuestos de hecho distintos, ya que en el recurso aquí examinado, tal y como se ha indicado,

el órgano de contratación, en el ejercicio de sus competencias y dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, sí que ha considerado suficientes las pruebas aportadas por GESTAGUA en el cumplimiento de las medidas de igualdad de género, a diferencia de lo ocurrido en el recurso resuelto por el TACRC, en el que órgano de contratación no considero suficientemente fiables las pruebas aportadas, con las precisiones que ya se han puesto de manifiesto.

En conclusión, teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas, constando que actualmente hay un Plan de Igualdad existente, que no se determina expresa y claramente por la LCSP el carácter preceptivo de la inscripción (a pesar de que, tal y como indica el órgano de contratación, la entidad cuenta ya con Plan de Igualdad vigente e inscrito), que los Pliegos no la exigen y que el órgano de contratación ha valorado positivamente la documentación presentada, al amparo, además de los principios de proporcionalidad, concurrencia e interpretación restrictiva de las causas de exclusión, hemos de concluir la desestimación del recurso planteado, entendiendo la improcedencia de anular la adjudicación.

De conformidad con lo expuesto,

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, en sesión celebrada el 6 de septiembre de 2024, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por “GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE, S.L” frente a la adjudicación del procedimiento de contratación denominado «Concesión del servicio de abastecimiento de agua y



Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

alcantarillado para el municipio de Ejea de los Caballeros», promovido por esa Entidad Local.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- 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

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.