



EB 2023/062

Resolución 125/2023, de 28 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por URGATZI, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Santurtzi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de marzo de 2023 la empresa URGATZI, S.L. (en adelante, URGATZI o “la recurrente”) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Santurtzi.

SEGUNDO: El día 15 de marzo el OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 16 de marzo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 20 de marzo, se han recibido, el día 24 del mismo mes, las alegaciones de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. (en adelante EULEN).



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4RXE-WD4X bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4RXE-WD4X en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: El procedimiento de adjudicación se halla suspendido por la Resolución B-BN 14/2023, de 27 de marzo, de la Titular del OARC / KEAO.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.C.D.C.V. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de exclusión de ofertas.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Santurtzi tiene la condición de poder adjudicador y, concretamente, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La recurrente entiende que el acuerdo de exclusión es contrario al ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

- La prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP, en la interpretación restrictiva que requiere, no exige la inscripción del Plan de Igualdad; además, ni los pliegos de la licitación ni la Mesa de contratación puedan ampliar el ámbito de las prohibiciones de contratar establecidas en la Ley.
- URGATZI cuenta de manera efectiva con un Plan de Igualdad vigente y en aplicación, y ha desplegado toda la diligencia necesaria para cumplir con las obligaciones legalmente exigibles.
- La inscripción del repetido Plan de Igualdad, conforme a la normativa de aplicación, no es constitutiva para la existencia del Plan y su entrada en vigor en la empresa, por lo que URGATZI cumple con la exigencia establecida en la LCSP y no incurre en prohibición de contratar.
- La negativa a la inscripción del Plan por parte de REGCON no ha puesto fin a la vía administrativa, estando pendiente la resolución del recurso de alzada y no es firme.
- Los motivos de la negativa a la inscripción por parte de REGCON han sido desacreditados por los Tribunales, y el Plan de Igualdad presentado por URGATZI reúne las condiciones para ser inscrito debidamente.
- Subsidiariamente, la Mesa de contratación ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 57.6 DCP y no ha concedido a la recurrente la posibilidad efectiva de justificar su fiabilidad y acreditar que estaba en condiciones de contar con un Plan de Igualdad adecuado a la legislación vigente.

b) Finalmente, se solicita que se revoque el acuerdo de exclusión impugnado y, dado que ya han sido abiertas las ofertas económicas y no es posible una valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor, se proceda a la cancelación de la licitación.



SÉPTIMO: Alegaciones de EULEN

EULEN alega, de forma resumida, lo siguiente:

- a) La exclusión de URGATZI por no contar con un Plan de Igualdad inscrito es conforme a derecho, según se desprende del artículo 45 y concordantes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Además, el PCAP no se refiere solamente al citado artículo 45 (a diferencia de la resolución 1664/2022 del TACRC invocada por la recurrente), sino también a los concordantes, esto es, el artículo 46 de la LO 3/2007, así como el artículo 11 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. En definitiva, de toda la regulación mencionada y de los propios pliegos se deduce la obligatoriedad de la inscripción del Plan de Igualdad para no incurrir en la prohibición de contratar del artículo 71.1d) LCSP.
- b) Por otro lado, el órgano de contratación sí que concedió trámite de subsanación a URGATZI y lo que pretende la recurrente es que se le conceda una subsanación de la subsanación, lo cual no es posible.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) A la vista de la documentación aportada por URGATZI relativa a la obligatoriedad de contar con un Plan de Igualdad, se constató que dicha licitadora no disponía del mencionado Plan en los términos exigidos por la normativa de aplicación. Ha de tenerse en cuenta, asimismo, que en la declaración complementaria del Anexo I del Pliego se hace referencia de forma expresa al “artículo 45 de la LO 3/2007 y los concordantes de la Ley”, es decir y



a los efectos que nos ocupan, han de entenderse de aplicación el artículo 46 de la mencionada LO y el artículo 11.1 del RD 901/2020, circunstancia conocida y aceptada por la recurrente.

b) Por otro lado, las circunstancias relativas a las prohibiciones de contratar deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, siendo manifiesto que, a dicha fecha, la recurrente no disponía del Plan de Igualdad en los términos legalmente exigidos. En este sentido, y constituyendo una de las causas de nulidad del artículo 39 LCSP los contratos celebrados que incurren en alguna de las prohibiciones de contratar del artículo 71 de la misma Ley, no cabía para la Mesa de contratación otra actuación que no fuera la de la exclusión de la oferta de URGATZI para no incurrir en un vicio de nulidad que invalidase todo el procedimiento. Se alega en apoyo de lo argumentado la Resolución 581/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente solicita la anulación del acuerdo de exclusión porque entiende que el hecho de no tener inscrito en el registro correspondiente el Plan de Igualdad no implica estar afectada por la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP para las empresas de 50 o más trabajadores y consistente en “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.” Debe reseñarse que la exclusión impugnada se basa exclusivamente en la falta de inscripción del Plan y no en ninguna otra irregularidad que pudiera afectarle.

A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión que se basan en el antecedente establecido en la Resolución 114/2023.



a) Sobre la prohibición de contratar en virtud del artículo 71.1 d) de la LCSP y el alcance del requisito de la inscripción del Plan de Igualdad en el Registro

La recurrente solicita la anulación del acuerdo de exclusión impugnado, fundamentalmente, porque la normativa de aplicación no contempla la inscripción del Plan de Igualdad como un acto de carácter constitutivo, por lo que no cabe entender que se encuentre incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP. Este motivo de impugnación debe estimarse por las razones que se exponen a continuación:

- 1) El artículo 71.1 d) de la LCSP establece la prohibición de contratar por “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”. El citado artículo 45, como su propio título indica, se refiere a cuestiones como los casos en los que es obligatorio contar con un Plan y su procedimiento de elaboración (negociada entre la empresa y los representantes de los trabajadores). Sin embargo, no hace ninguna referencia a la obligación de publicación, que figura en otro precepto de misma Ley, concretamente el artículo 46.5, así como en el artículo 11.3 del Real Decreto 901/2020. Tampoco los pliegos que rigen la licitación hacen mención específica a la obligación de la inscripción registral; debe señalarse que de la mención al “artículo 45 y concordantes” a que se hace referencia en la letra h) del Anexo I del PCAP no puede concluirse taxativamente que la inscripción del Plan sea obligatoria o se deduzca de forma clara y transparente dicha obligación, por lo que y, dado que nos encontramos ante una norma limitativa de derechos (configura una prohibición de contratar), su interpretación debe ser restrictiva y no cabe ampliar o extender su propia literalidad. Por otro lado, este Órgano ya ha dictaminado que las causas de exclusión deben estar claramente consignadas en el pliego, además de ser proporcionadas y, en virtud del principio de transparencia, ser suficientemente precisas como para ser interpretadas de la misma forma por todos los licitadores mínimamente diligentes, lo que no sucede en este caso (ver, por ejemplo,



la Resolución 39/2022 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07 y la Resolución 067/2014 del OARC / KEAO). En este sentido, es excesivo deducir del uso incidental de la palabra “concordantes” que el poder adjudicador haya tenido la intención de ampliar la prohibición de contratar debatida, ampliación que, por otra parte, está vedada a los pliegos (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC/KEAO 49/2012 y 27/2016).

- 2) Por otro lado, la inscripción registral del Plan no es un requisito constitutivo del mismo, de tal manera que se pueda decir que sin dicha inscripción el Plan tiene una tacha de invalidez. Este alcance constitutivo de la inscripción no está expresamente recogido en la normativa aplicable, como cabría esperar de un requisito tan esencial e inhabitual en los registros administrativos; por otro lado, del artículo 9 del Real Decreto 901/2020, que afirma que el periodo de vigencia o duración de los planes se determinará por las partes negociadoras y no podrá ser superior a cuatro años, se deduce que la validez del Plan es independiente de su inscripción (ver, por ejemplo, la Resolución 1664/2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).
- 3) Asimismo, debe tenerse en cuenta que los Planes de Igualdad recogidos en la LO 3/2007 no dejan de ser un producto de la negociación colectiva, igual que lo son los convenios colectivos a los que se refieren los artículos 82 a 92 del Estatuto de los Trabajadores (ET) (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 26/1/2021, nº 95/2021, ECLI:ES:TS:2021:350 y los apartados 1 y 2 del artículo 85 del ET). Para dichos convenios se exige, como requisito formal cuyo incumplimiento se sanciona con la nulidad, la formalización por escrito (artículo 90.1 del ET). Por el contrario, la presentación del convenio ante la autoridad laboral dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen es “a los solos efectos de registro” (artículo 90.2 del ET). De esta redacción se deduce que la inscripción es declarativa y que



el convenio (y, por las mismas razones, el Plan de Igualdad) se perfecciona por el consentimiento de las partes, sin perjuicio de su posible impugnación ante los órganos del orden jurisdiccional social (artículo 90, apartados 5 y 6, del ET).

b) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe estimarse, anulándose el acuerdo de exclusión impugnado y, dado que ya han sido abiertas las ofertas económicas y no es posible una valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor, debe cancelarse la licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por URGATZI, S.L. con los efectos establecidos en la letra b) del Fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma



(artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko ekainaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de junio de 2023