



EB 2023/084

Resolución 165/2023, de 15 de septiembre, 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 ZAINZEN, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicios técnicos, administrativos y de gestión conducentes a la eficaz limpieza del Edificio de Gestión Centralizada de EJ/GV de Lakua en Vitoria-Gasteiz”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de abril de 2023 la empresa ZAINZEN, S.A. (en adelante, ZAINZEN 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 adjudicación del contrato de “Servicios técnicos, administrativos y de gestión conducentes a la eficaz limpieza del Edificio de Gestión Centralizada de EJ/GV de Lakua en Vitoria-Gasteiz”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo día 12 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 21 de abril.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 24 de abril, se recibieron el 5 de mayo las alegaciones de GARBIALDI, S.A. (en adelante, GARBIALDI), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.D.S.N. 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 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

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, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).



SEXTO: Alegaciones del recurso

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

- a) La oferta de la adjudicataria incumple el contenido de los pliegos que rigen la licitación al ser la misma insuficiente para la realización del servicio con la calidad y frecuencia exigida en los mismos. Tal aseveración se deduce del propio informe de valoración de las ofertas técnicas en el que textualmente se señala que “El número de efectivos indicados está muy por debajo de plantilla habitual del centro. Se juzga que es inverosímil llevar a cabo el servicio con la calidad y frecuencia exigida con el número de operarios propuesto”. En consecuencia, una oferta que no permita el cumplimiento del objeto el contrato en los términos en los que ha sido establecido debe ser excluida.
- b) La adjudicataria del contrato está incurso en prohibición de contratar por no contar con el preceptivo Plan de Igualdad entre Hombre y Mujeres inscrito en el REGCON, pues la inscripción del Plan de Igualdad tiene carácter constitutivo de conformidad con la normativa de aplicación.
- c) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación y con la retroacción del procedimiento se proceda a la exclusión de la adjudicataria, y se continúe con los trámites establecidos en el artículo 150.2 LCSP con el resto de las proposiciones admitidas.

SÉPTIMO: Alegaciones de GARIBALDI

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por las siguientes razones:

- a) Los pliegos no exigen un mínimo de efectivos u operarios para la prestación de los servicios, sino un mínimo de horas anuales que la oferta de GARIBALDI supera, por lo que la calidad y frecuencia de los servicios queda asegurada. Por



otro lado, debe indicarse que en el apartado 1.1.a.2 de la oferta existe un error tipográfico, pues donde se dice “e especialistas” debiera decir “3 especialistas”, tal y como se expresa en la página 39 de la oferta técnica (Organización de Medios Humanos) en la que se señala que el número de especialistas es de 3.

b) GARIBALDI sí cuenta con un Plan de Igualdad que está siendo objeto de aplicación entre el personal de la empresa, si bien por falta de acuerdo con la parte sindical no se ha procedido a su inscripción. Por otro lado, en el requerimiento que el órgano de contratación realizó con ocasión del trámite del artículo 150.2 LCSP no se requería la inscripción del mismo ni tal circunstancia se deriva de la redacción del PCAP. En definitiva, la inscripción en el REGCON del Plan de Igualdad no tiene carácter constitutivo y, por lo tanto, no cabe interpretar que su ausencia constituya incurrir en la prohibición de contratar del artículo 71.1 d) LCSP.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La oferta de la adjudicataria no incumple el contenido de los pliegos, pues este contrato ha sido diseñado no como una obligación de medios, sino como una obligación de resultado sobre las dos prestaciones que estructuran el mismo: (i) servicio de limpieza en el que se detallan los espacios y elementos a limpiar con sus frecuencias y (ii) la gestión de recursos humanos, tales como bajas, vacaciones, formación, etc. Es por ello, que el PPT no impone obligación alguna de puesta a disposición de medios humanos o materiales con carácter de requisito inexcusable para la adjudicataria, siendo la organización y la dotación de los mismos de su propia responsabilidad. Téngase en cuenta, además, que el PPT únicamente establece un límite máximo de número de personal (anexo III). En consecuencia, la previsión en la oferta de GARIBALDI de una dotación de efectivos inferior a la habitual no puede calificarse automáticamente como un incumplimiento de los requisitos del pliego y será en fase de ejecución del



contrato dónde podrá verificarse, en su caso, el incumplimiento de los requisitos de calidad y frecuencia de las limpiezas descritas en el PPT.

b) Asimismo, hay que indicar que la recurrente hace una lectura parcial del informe de valoración, pues en el mismo, además de señalar la debilidad en cuanto al número de efectivos, se señala que GARBIALDI presenta un cronograma realista tiempo y suficiente en hitos, así como, que los medios materiales a disposición del centro son correctos, variados y cubren todo tipo de necesidades.

c) Por otro lado, la carencia de registro del Plan de Igualdad en el REGCON no es causa automática de prohibición de contratar, en contra de lo afirmado por la recurrente en su recurso. Al respecto, debe comenzarse por señalar que con ocasión del trámite del artículo 150.2 LCSP se requirió a GARBIALDI para que, entre otras acreditaciones, presentara el Plan de Igualdad. En contestación al requerimiento la hoy adjudicataria presentó una declaración que literalmente decía Que, actualmente, el Plan de Igualdad está en proceso de elaboración y negociación. Nos comprometemos a su aportación en el momento en que haya finalizado el proceso y haya sido inscrito. Además, se aportó el documento titulado “Plan de Igualdad 2022-2026”, en el que, además declara que se está en fase de negociación con la representación sindical, se aprecia como indicio que existe un diagnóstico de diciembre de 2021 con una serie de tablas pormenorizadas y una estrategia de promoción de la igualdad con medidas de seguimiento y evaluación y código de buenas prácticas.

d) Ante esta tesitura, el órgano de contratación ha aplicado el principio del Derecho Contractual Comunitario de que todo operador tiene derecho a aportar pruebas para acreditar que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte. En consecuencia, el órgano de contratación ha estimado suficiente prueba de fiabilidad de GARBIALDI la declaración de la efectiva existencia de un Plan de Igualdad en fase de elaboración y negociación en la empresa, junto con el propio texto del Plan y con fundamento en el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 ha considerado que sería desproporcionada la exclusión de su



oferta, aun existiendo objetivamente la causa de prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente solicita la exclusión de la adjudicataria, por un lado, por incumplimiento del pliego al ser insuficientes los medios humanos propuestos para la realización del servicio con la calidad y frecuencia exigidas y, por otro, por no tener debidamente inscrito en el registro correspondiente el Plan de Igualdad, lo que supone incurrir en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP para las empresas de 50 o más trabajadores

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.

a) Sobre el incumplimiento del pliego en lo relativo a los medios humanos propuestos

Se solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria por considerar que con los medios humanos propuestos por GARBIALDI no se puede prestar el servicio con la calidad y frecuencia exigidas por el PPT. Esta petición de la recurrente se basa en la mención que se efectúa en el informe de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y en la que se indica literalmente que “El número de efectivos indicados está muy por debajo de plantilla habitual de dentro. Se juzga que es inverosímil llevar a cabo el servicio con la calidad y frecuencia exigida con el número de operarios propuesto”.

Este motivo impugnatorio ha de ser desestimado. La recurrente confunde la valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación especificados en el PCAP, que tiene por objeto identificar a la oferta económicamente más ventajosa, con las obligaciones que son propias del contratista, que se verificarán en la fase de ejecución del contrato, una vez éste haya sido adjudicado y



formalizado. Así, el PPT en su apartado 7, en relación con los medios humanos, únicamente indica que existe una plantilla máxima a disposición de la empresa, por lo que no cabe interpretar que dicho documento contractual imponga un número mínimo de personal para la prestación del servicio, siendo esta una cuestión puramente organizativa de la propia empresa contratista. Es por ello, que la referencia a un número menor de personal para la ejecución de la prestación que otras propuestas, únicamente puede conllevar a una menor valoración de la oferta en el criterio de adjudicación debatido (“Planificación inicial y puesta en marcha del servicio”), si a juicio del informante técnico dicha cuestión es relevante. En definitiva, no existe un número mínimo de personas a proponer para la prestación del servicio como prescripción técnica, por lo que no cabe hablar de incumplimiento alguno que pueda conllevar a la exclusión de la oferta, tal y como solicita la recurrente.

b) 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 adjudicación impugnado porque la normativa de aplicación contempla la inscripción del Plan de Igualdad como un acto de carácter constitutivo y, dado que la adjudicataria no tenía debidamente realizada la citada inscripción a fecha de presentación de las ofertas, debe entenderse que se encuentra incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP y debe ser excluida. Debe reseñarse que el motivo de recurso se basa exclusivamente en la falta de la inscripción del Plan y no en ninguna otra irregularidad que pudiera afectarle.

A la vista de las alegaciones de los interesados y con base en el principio de congruencia de lo alegado en el recurso, se exponen a continuación las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión que se basan en la doctrina de este OARC/KEAO al respecto (ver sus Resoluciones 114, 125 y 137/2023) que conducen a la desestimación de este motivo impugnatorio 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. En este sentido, debe indicarse que 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).
- 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, en principio, 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, que generalmente es también un documento pactado) 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).

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ZAINZEN, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicios técnicos, administrativos y de gestión conducentes a la eficaz limpieza del Edificio de Gestión Centralizada de EJ/GV de Lakua en Vitoria-Gasteiz”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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 irailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de septiembre de 2023