



EB 2023/036

Resolución 114/2023, de 20 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 PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de febrero de 2023 la empresa PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005, S.L. 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 “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Portugalete”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

SEGUNDO: El mismo día 20 de febrero 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 6 de marzo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 7 de marzo, se han recibido, el día 14 de marzo, las alegaciones conjuntas de LAGUNDUZ 2, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD, que se presentaron a la licitación con el





compromiso de formalizar una Unión Temporal de Empresas (UTE), adjudicatarias impugnadas.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.J.M.G. 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, el Ayuntamiento de Portugalete 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) Las empresas LAGUNDUZ 2, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD no disponen de un Plan de Igualdad aprobado, vigente e inscrito en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (en adelante, “el Registro”), que cumpla con los requisitos y condiciones de la normativa sobre igualdad, básicamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, “LO 3/2007”) y el 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 adelante, “Real Decreto 901/2020”). El recurrente alega que el Plan debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos legalmente exigibles; se alega una Resolución de la Directora de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, sobre la obligatoriedad de inscripción de los Planes en la aplicación REGCON.
- b) El cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2007 es una obligación recogida en las cláusulas 35 y 37.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Plan para la igualdad de mujeres hombres en Portugalete se ha incorporado como Anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).
- c) Finalmente, se solicita que se declare nulo y sin efecto el acuerdo de adjudicación impugnado y que se ordene la retroacción de actuaciones para excluir del procedimiento a la UTE adjudicataria y se continúen los trámites hasta la adjudicación del contrato a la recurrente por haber presentado la mejor oferta y la única proposición válida; asimismo, se solicita la apertura de un periodo de prueba.

SÉPTIMO: Alegaciones de LAGUNDUZ 2, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD

Ambas empresas alegan lo siguiente:



- a) LAGUNDUZ 2, S.L. no tiene obligación de contar con un Plan de Igualdad porque, en el momento de la licitación, empleaba a menos de 250 trabajadores.
- b) FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD tenía, a fecha de presentación de la oferta, un Plan de igualdad vigente para el periodo 2019-2022 aprobado en la entidad y conocido por sus profesionales. Se sostiene que los artículos 45 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2007 no requieren el registro al que se refiere el recurrente (la inscripción es obligatoria a efectos de publicidad, pero no constitutiva) y tampoco lo piden los pliegos; se alega el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 125/2022, que considera que la naturaleza de la inscripción registral del Plan de Igualdad es una materia propia del Derecho laboral y no de la contratación pública, y por lo tanto ajena a la competencia de los órganos y tribunales de recurso especial.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) La actual redacción del artículo 71.1 d) de la LCSP, que establece la prohibición de contratar con empresas de 50 o más trabajadores que no cuenten con un Plan de Igualdad conforme a lo dispuesto en la LO 3/2007, entró en vigor el día 1 de enero de 2023 (fecha de inicio de la vigencia de la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, que dio nueva redacción a la LCSP en esta materia). Sin embargo, no es aplicable al contrato impugnado, pues el requerimiento del artículo 140 de la LCSP, que pide la subsistencia de la ausencia de prohibiciones de contratar "en el momento de perfeccionar el contrato" debe entenderse en el sentido de mantener las condiciones de aptitud que ya eran legalmente exigibles en el final del plazo de presentación de ofertas, y no en la necesidad de cumplir con las impuestas por modificaciones legislativas sobrevenidas; otra interpretación sería contraria al principio de seguridad jurídica. Por ello, la exigencia de contar con un Plan de Igualdad será exigible a las empresas de más de 250 trabajadores, según la redacción del artículo 71.1



d) de la LCSP vigente a fecha de finalización de la presentación de ofertas. Dado que Lagunduz 2 S.L. empleaba menos de 250 trabajadores, no tenía obligación de tener un Plan de Igualdad y no estaba incurso en prohibición de contratar, si bien en la declaración responsable correspondiente afirmó disponer de un Plan de Igualdad, aportado a petición del Ayuntamiento y que se adjunta al informe de contestación del recurso.

b) Por lo que se refiere a Fundación Salud y Comunidad, el Ayuntamiento de Portugalete alega que no discute el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro correspondiente, siendo la cuestión si se trata o no de un requisito sustantivo cuyo incumplimiento supone incurrir en una prohibición de contratar. Esta materia excede de las competencias del poder adjudicador por ser de índole laboral (se alega el Acuerdo 125/2022 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, las recurrentes solicitan la exclusión de la oferta de la UTE formada por las empresas LAGUNDUZ 2, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD por estar ambas empresas afectadas 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.”

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 la prohibición de contratar en virtud del artículo 71.1 d) de la LCSP que afectaría a LAGUNDUZ 2, S.L.



Por lo que se refiere a esta empresa, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La recurrente alega que LAGUNDUZ 2, S.L. disponía de más de 50 trabajadores al menos desde 31/12/2020, por lo que le afectaba la obligación, impuesta por el Real Decreto – Ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (que modifica el artículo 45.2 de la LO 3/2007), de contar con un Plan de Igualdad, sin perjuicio de que pudieran aprovechar el periodo transitorio de tres años previsto en la Disposición Transitoria décima segunda de la LO 3/2007, que finalizó el 7/3/2022.
- 2) Como indica el poder adjudicador, el texto del artículo 71.1 d) de la LCSP que debe aplicarse al procedimiento de adjudicación impugnado es el vigente hasta el 31/12/2022, y no el modificado por la Ley 31/2022, vigente desde el 1/1/2023. La diferencia entre ambas redacciones es que la prohibición de contratar a la que se refieren se circunscribe en el primer caso a empresas de más de 250 trabajadores y en el segundo a empresas de más de 50 trabajadores. Dado que las partes no discuten que LAGUNDUZ 2, S.L. no tiene más de 250 trabajadores, no puede serle de aplicación la correspondiente prohibición de contratar.
- 3) La solución expuesta en el apartado 2) anterior es la única conforme con la seguridad jurídica, como bien alega el Ayuntamiento. Este principio requiere que los licitadores tengan la certeza de que las reglas aplicables al procedimiento de adjudicación no se van a alterar en su perjuicio mientras éste se tramite por una norma que, como sucede con la Ley 31/2022, carece en este aspecto de carácter retroactivo. En esta misma línea, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dictada a propósito de la determinación de la Directiva de contratación pública aplicable por razón temporal pero extensible al caso, se deduce que el régimen jurídico de la licitación es el vigente en el momento en que el poder adjudicador determina el procedimiento que va a



seguir que, en la LCSP, coincide con la aprobación del expediente, como establece su artículo 117.1 (ver la STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14 ECLI:EU:C:2016:214, apartado 83, así como la Resolución 93/2016 del OARC / KEAO). Dado que la fecha de aprobación del expediente (29/9/2022) es anterior al 1 de enero de 2023, momento en el que se inicia la vigencia del artículo 71.1 d) de la LCSP en su actual redacción, la prohibición de contratar que establece no afecta a LAGUNDUZ 2, S.L.

4) Lo expresado en los apartados 1) a 3) anteriores hace que sea innecesario que este Órgano se pronuncie sobre el motivo de impugnación basado en la falta de inscripción registral del Plan de Igualdad; no obstante, esta cuestión se tratará a propósito de la impugnación de la capacidad de contratar del otro integrante de la UTE.

b) Sobre la prohibición de contratar en virtud del artículo 71.1 d) de la LCSP que afectaría a FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD

La impugnación de la capacidad de contratar de esta empresa se funda en que su Plan de Igualdad no está inscrito en el registro correspondiente, lo que hace que incurra en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP.

b 1) Sobre la competencia del OARC / KEAO para pronunciarse sobre el alcance del requisito de la inscripción del Plan de Igualdad en el Registro

En contra de que apuntan el poder adjudicador y las alegantes, el OARC / KEAO es plenamente competente para pronunciarse sobre la cuestión planteada. El recurso especial regulado en los artículos 44 a 60 de la LCSP tiene esta condición por las singularidades que en él concurren y que lo alejan del régimen general de los recursos administrativos en materias como su tramitación, el ámbito objetivo o la especial naturaleza del órgano que lo resuelve, entre otras (ver el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, LPAC). Sin embargo, no hay en su normativa limitación alguna de las normas o sectores del ordenamiento jurídico que puede o deben tenerse en cuenta. Por ello, el recurrente



puede basar el recurso y el OARC / KEAO la Resolución correspondiente, en cualquier motivo de nulidad o anulabilidad, incluida en este último caso la desviación de poder (ver el artículo 112.1 de la LPAC en relación con los artículos 47 y 48 de la misma norma). Una vez comprobado que el acto impugnado es uno de los que figuran en el artículo 44 de la LCSP como susceptible de recurso especial, es irrelevante que las normas cuya interpretación debe dilucidarse para resolver el procedimiento pertenezcan o no al ámbito de la “contratación pública”, sea cual sea el alcance o valor (más allá del meramente académico) de este concepto (ver, por ejemplo, la Resolución 45/2017 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28/6/2018, nº 230/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:4209, que la confirma).

b 2) Fondo del asunto

Las recurrentes solicitan la exclusión de la oferta de la adjudicataria porque alegan que no se satisface el artículo 46.5 de la LO 3/2007, que obliga a inscribir el Plan de Igualdad en el Registro. Este motivo de impugnación debe desestimarse 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 las menciones a la LO 3/2007 de las cláusulas 35 y 37.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, invocadas por el recurrente, se refieren a obligaciones del contratista y no a la capacidad de contratar de los licitadores.



- 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). Este extremo no está desmentido por la Resolución de la Directora de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco alegada por la recurrente, cuyo contenido y finalidad nada tienen que ver con el tema que ahora se debate.
- 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 firman 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).



c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse íntegramente. No procede la apertura del periodo de prueba porque para dirimir el debate solo se han tenido en cuenta argumentos jurídicos o datos sobre cuya existencia los interesados no han mostrado discrepancia.

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 pública interpuesto por PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005, S.L.

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 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de junio de 2023