



EB 2024/003

Resolución 115/2024, de 26 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa AQUARBE, S.A.U., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de explotación y conservación de las instalaciones y conducciones de la red primaria de abastecimiento gestionada por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, Lote 2, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de enero de 2024 se presentó 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AQUARBE, S.A.U. (en lo sucesivo, AQUARBE) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de explotación y conservación de las instalaciones y conducciones de la red primaria de abastecimiento gestionada por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, Lote 2, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

SEGUNDO: El día 4 de enero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, 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 15 de enero.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 24 de enero se han recibido las alegaciones presentadas por UTE: GESTION Y TECNICAS DEL AGUA, S.A./CONSTRUCCIONES INTXAUSTI, S.A (en adelante, “La UTE”), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.P.R., que actúa en nombre y representación de AQUARBE.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Con fecha de 4 de marzo, AQUARBE efectúa unas alegaciones complementarias en las que solicita que se tenga por realizadas una serie de manifestaciones sobre hechos nuevos o de nuevo conocimiento respecto al plan de Igualdad de la adjudicataria, aportándose un documento para su incorporación como prueba al procedimiento de recurso (requerimiento de subsanación para el registro del Plan), y solicita la práctica de prueba documental pública relativa a la solicitud de certificado al Consorcio de Aguas de Asturias. Estas alegaciones son extemporáneas y no procede tenerlas en cuenta porque ni el documento de requerimiento para la

subsanción adjuntado ni la práctica de la prueba solicitada pueden aportar nada al objeto de debate que más adelante se sustanciará.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, 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) El acuerdo de adjudicación es contrario a derecho al concurrir en una de las integrantes de “La UTE” una prohibición de contratar, concretamente por no contar con un plan de igualdad vigente a la fecha de presentación de las ofertas. Así, se desprende del acta de la Mesa de Contratación (de la Diputación de Ourense) que se adoptó tras la retroacción de actuaciones realizada en ejecución de la resolución nº 169/2023, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia donde acuerda la exclusión de GESTAGUA por este motivo.
- b) Del relato de los hechos contenidos en dicha acta se desprende, además, que el plan de igualdad es invalidado por la autoridad laboral (REGCON) al observar que existe un déficit en la representatividad de los firmantes. Es decir, que la mesa negociadora no estaba correctamente constituida, ante la falta de representatividad sindical exigida (al no tener representación sindical en todos los centros de trabajo) y, por ello, la necesidad de hacer un llamamiento a todos los sindicatos nacionales y autonómicos. En consecuencia, habría indicios de que no nos encontraríamos ante un plan de igualdad aprobado conforme al artículo 45 de la LO 3/2007, que es lo que exige el artículo 71.1.d) LCSP para no incurrir en causa de prohibición de contratar.

c) Aun en el caso de que no procediera la exclusión automática por estar incurso en prohibición de contratar a la fecha de presentación de ofertas, y ser de aplicación el artículo 57.6 de la directiva 2014/24/UE, no habría quedado acreditada la fiabilidad de GESTAGUA. Y ello porque (i) GESTAGUA era consciente que no tenía un plan de igualdad vigente a la fecha de presentación de ofertas en esta licitación, (ii) en el propio DEUC se ocultó la existencia de una prohibición de contratar en la que estaba incurso, y (iii) la no exclusión fomentaría que ninguna empresa cumpliera los requisitos de capacidad a la fecha de presentar una oferta, evitándose así gastos, tramitaciones y prisas innecesarias.

d) 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 UTE adjudicataria, y subsidiariamente, se ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la adopción del acuerdo de adjudicación para que el poder adjudicador efectúe su propia valoración de los actos cometidos u omitidos por la adjudicataria para determinar si debe ser excluida o no, al concurrir la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) LCSP.

SÉPTIMO: Alegaciones de “La UTE”

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

a) Cuando así le fue requerido expresamente por el CABB, esta parte acreditó ante el Órgano de Contratación que, en el momento de concurrir a la licitación, disponía de un plan de igualdad (el Plan de Igualdad para el periodo 2022-2025), que estaba siendo objeto de aplicación efectiva dentro de la compañía a pesar de no haber culminado su proceso de inscripción (aportando como prueba de ello tanto evidencias de las medidas adoptadas en virtud del Plan como las actas de la Comisión de Seguimiento encargada de velar por la aplicación del Plan) y que, en todo caso, GESTAGUA había procedido a aprobar un nuevo Plan en octubre de 2023 (Plan de Igualdad para el periodo 2023-2024), encontrándose éste actualmente en fase de registro.

b) El acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación de la Diputación de Ourense invocado por la recurrente como prueba de ausencia del Plan de Igualdad por parte de GESTAGUA ha sido anulado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia. Así, se adjunta acta de la Mesa de contratación de la Diputación de Ourense por la que, en cumplimiento de la resolución del Tribunal Administrativo, ha procedido a readmitir a GESTAGUA en la licitación y a formular propuesta de adjudicación a favor de la misma.

c) A los efectos del debate planteado por AQUARBE en el recurso especial, es un hecho acreditado que GESTAGUA contaba con Plan de Igualdad vigente y en aplicación en la fecha de presentación de ofertas (23 de junio de 2023), como se desprende expresamente de las Actas de la Comisión de seguimiento del Plan de Igualdad de GESTAGUA, que prueban sin ningún género de dudas la efectiva implantación del Plan de Igualdad y el adecuado seguimiento de las medidas contempladas en el mismo.

d) GESTAGUA ha aportado al expediente evidencias de que las vicisitudes habidas en la inscripción de los diversos Planes no han evitado que fueran aplicados de forma efectiva dentro de la compañía. Algunas de estas medidas venían ya siendo implantadas en la compañía desde 2011, que después se recogieron en el Plan de 2018 y que desde entonces se vienen aplicando y mejorando sucesivamente en los distintos planes aprobados, esto es, tanto en el “Plan de Igualdad para el periodo 2022-2025” como en el “Plan de Igualdad para el periodo 2023-2024”, y ello debido a esa intención de continuar e incrementar las medidas que GESTAGUA viene aplicando en la empresa desde 2011. Adicionalmente, como prueba fáctica de que tales medidas existían y se aplicaban, de la misma forma que en la actualidad existen y se aplican, se ha aportado copia de algunos de los diferentes protocolos instaurados en la compañía, y que se encuentran a disposición de todos los empleados de GESTAGUA en la intranet de la empresa (la plataforma UNAGUA), en un espacio expresamente dedicado a materia de igualdad de género (denominado, “Espacio de Igualdad”), que, por supuesto, ya existía mucho antes de la fecha de presentación de la oferta.

e) Incluso para el supuesto de que se considerara que la prohibición de contratar se refiere a la falta de inscripción en el REGCON, tesis no coincidente con la del OARC/KEAO, se argumenta que la exclusión de la oferta presentada por GESTAGUA sería contraria a Derecho por vulneración del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE («DCP»).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador expone lo siguiente:

a) El órgano de contratación del CABB, visto los documentos presentados por la empresa GESTAGUA, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 71.1.d) según el cual la acreditación del cumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140, procedió de manera correcta y adjudicó el contrato del Lote 2 a la UTE, dado que había declarado, entre otras cuestiones, que no estaba incurso en prohibición de contratar alguna.

b) Recibido el recurso presentado por la empresa AQUARBE donde se informa que la empresa GESTAGUA carece de plan de igualdad, con fecha 9 de enero de 2024 en aplicación del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, se procedió a solicitar a la empresa GESTAGUA que acreditase su fiabilidad en cuanto a las medidas adoptadas por él respecto al plan de igualdad, y en consecuencia la acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar, documentación que es remitida al OARC/KEAO a los efectos oportunos.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente solicita la exclusión de la adjudicataria por no tener vigente el Plan de Igualdad a fecha de presentación de las ofertas, 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, con base en la congruencia con lo alegado en el recurso, 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

A juicio de este Órgano, el motivo que sustenta el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 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 (en principio, negociada entre la empresa y los representantes de los trabajadores). 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) En el presente caso, la recurrente no discute el carácter constitutivo o no de la inscripción en el REGCON por ser conocedora de la doctrina de este Órgano a los efectos de apreciar la concurrencia de la prohibición de contratar alegada. Sin embargo, niega la existencia o la validez del Plan de Igualdad porque la autoridad laboral lo habría invalidado al observar un déficit de representación de los firmantes. Esta alegación no puede

aceptarse, pues, como bien indica GESTAGUA, el REGCON no es la autoridad competente para invalidar o anular un plan de igualdad. El REGCON puede denegar la inscripción si aprecia defectos que impiden la misma desde el plano formal, pero si apreciase que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros debe dirigirse de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, por aplicación analógica del art. 90.5 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, los planes de igualdad negociados y aprobados por las comisiones negociadoras se presumen válidos salvo que un órgano jurisdiccional declare lo contrario, hecho que no consta haber ocurrido en el presente supuesto, ni corresponde a este Órgano juzgar puesto que excede de sus competencias.

- 3) La prueba que la recurrente sustancialmente esgrime para entender que la adjudicataria está incurso en prohibición de contratar por carecer de plan de igualdad vigente a la fecha de presentación de las ofertas se sustenta en un acta de la Mesa de Contratación de la Diputación de Ourense por la que se acordaba la exclusión de GESTAGUA por carecer de un Plan de Igualdad vigente en fechas muy similares al del presente supuesto (9 de mayo de 2023 aquél y 23 de junio 2023 este, respectivamente); sin embargo, hay que señalar que dicho acuerdo de exclusión ha sido anulado por la resolución 6/2024 del TACGAL que estimó parcialmente el recurso presentado por GESTAGUA y en la que ordenó su reincorporación al procedimiento de licitación del cual resultó finalmente propuesta como adjudicataria. En definitiva, dicho poder adjudicador consideró que GESTAGUA no incurría en la prohibición de contratar del artículo 71.1 d), lo que implica que ese elemento de prueba no sirve para probar o acreditar lo alegado por AQUARBE.
- 4) Por otro lado, de la información que consta en el expediente y de la aportada junto con el escrito de contestación al recurso se desprende que (i) GESTAGUA tenía un plan de igualdad 2018-2022 inscrito en el REGCON cuyo plazo de vigencia finalizó el 31 de diciembre de 2022, (ii)

con fecha 14 de marzo de 2022 y con una vigencia de 4 años se aprobó el Plan de Igualdad 2022-2025, si bien no pudo ser inscrito en el REGCON por no haber subsanado la empresa las deficiencias existentes, a juicio del REGCON, y (iii) el hecho de que este último Plan no fuera inscrito no invalida su efectividad, tal y como puede comprobarse por su aplicación efectiva, según resulta de las actas de seguimiento y evaluación por la Comisión de seguimiento constituida al efecto. Así, consta en el acta de 25 enero de 2023 que la Comisión ante la falta de inscripción del plan 2022-2025 acordó ...mantener vigente las medidas implementadas en dicho plan hasta tener efectivamente resuelto el nuevo plan, el cual fue finalmente aprobado el 20 de octubre de 2023. Al respecto del carácter no constitutivo de la inscripción del Plan y, por ende, de que constituya causa de prohibición de contratar, procede recordar la doctrina del OARC (ver sus Resoluciones 114, 125 y 137/2023). En el mismo sentido, la reciente Sentencia número 316/2024 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual considera que las causas de prohibición de contratar, como medidas limitadoras de derechos que son, deben interpretarse restrictivamente y, por ello, rechaza el carácter constitutivo de la inscripción de un plan constando la previa existencia del mismo debidamente aprobado, como causa para incurrir en la prohibición establecida en el artículo 71.1 d).

b) Conclusión

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

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 la empresa AQUARBE, S.A.U., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de explotación y conservación de las instalaciones y conducciones de la red primaria de abastecimiento gestionada por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, Lote 2, tramitado por el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

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, 2024ko ekainaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de junio de 2024