

Recurso 258/2024
Resolución 315/2024
Sección Primera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 2 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TRANS-ASISTENCIA DE LA CHICA S.L.**, contra la exclusión de la citada entidad acordada en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de gestión del depósito judicial público de Sevilla”, promovido por la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública, (Expte. CONTR 2023 0000705618), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de marzo de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación -por procedimiento abierto y tramitación ordinaria- del contrato de servicios citado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 1.118.507,56 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en la sesión de la mesa de contratación de 19 de junio de 2024, se acordó la exclusión de la entidad TRANS-ASISTENCIA DE LA CHICA S.L. de la licitación. La exclusión fue notificada a la citada empresa el 24 de junio de 2024.

SEGUNDO. El 15 de julio de 2024, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por TRANS-ASISTENCIA DE LA CHICA S.L. (TRANS-ASISTENCIA, en adelante) contra su exclusión.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 16 de julio de 2024, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras la reiteración posterior, ha tenido entrada en esta sede.

Este Tribunal, a petición de la entidad recurrente, acordó el 19 de julio de 2024 la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante escritos de 24 de julio de 2024, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento de adjudicación por plazo de cinco días hábiles para la formulación de alegaciones, no habiéndose recibido en el plazo otorgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

La entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de empresa que ha licitado y ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la exclusión acordada por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

La recurrente solicita la anulación del acuerdo de exclusión. Con carácter previo a la exposición de los motivos del recurso, hemos de tener en cuenta la siguiente secuencia temporal de actuaciones practicadas en el procedimiento de adjudicación, según se desprende del expediente de contratación remitido:

- 1)** La proposición de TRANS-ASISTENCIA resultó ser la primera en el orden de clasificación de las ofertas, razón por la que se le requirió la documentación previa a la adjudicación.
- 2)** En lo que aquí interesa, la ahora recurrente presentó un Anexo XVI certificando que tenía menos de 50 personas trabajadoras en su plantilla.
- 3)** En el acta de la sesión de la mesa de contratación de 8 de mayo de 2024, consta lo siguiente:



“En el examen de la documentación aportada, la Mesa observa que en la certificación de personas trabajadoras con discapacidad se señala que la empresa tiene menos de 50 personas en plantilla, pero sin indicar el número global de personas trabajadoras de plantilla ni el número particular de personas trabajadoras con discapacidad ni el porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad. Asimismo, se comprueba que esta certificación resulta contradictoria con la inicialmente aportada por la entidad licitadora en el expediente de contratación denominado “Servicio de depósito de vehículos intervenidos judicialmente y embarcaciones que tengan la consideración de género prohibido intervenidos por los órganos judiciales pertenecientes a los partidos judiciales de la provincia de Málaga” (CONTR 2023/701590), en la que se indica que la empresa cuenta con 169 personas trabajadoras en plantilla.

Seguidamente, los miembros de la Mesa ponen de manifiesto el resultado de la sesión celebrada a las 10:00 horas del día de la fecha para la vista de la subsanación de la documentación previa a la adjudicación del citado expediente CONTR 2023/701590, conforme al requerimiento efectuado con fecha 30 de abril de 2024, para la aportación (entre otros) del preceptivo plan de igualdad inscrito en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo (REGCON) al tiempo de finalización del plazo de presentación de ofertas. En dicho trámite, D. (...) presenta declaración responsable alegando lo siguiente:

“Que en el anexo XVI CERTIFICACIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD, presentado en el expediente CONTR 2023 701590 es erróneo, se había elaborado contando con otras empresas del grupo.

Que al ser requeridos el pasado día 30 de abril del presente para la subsanación de dicho expediente, se comprueba que la empresa TRANS ASISTENCIA DE LA CHICA S.L. no tiene más de 50 trabajadores y por lo tanto no está obligada a tener ninguna persona discapacitada en plantilla ni tampoco está obligada a disponer de un PLAN DE IGUALDAD, aunque la empresa CLICK DATOS nos está elaborando dicho plan.”.

En vista de esta declaración y de la demás documentación presentada, la Mesa de Contratación para el expediente CONTR 2023/701590 ha acordado requerir a la entidad licitadora para que efectúe las aclaraciones oportunas.

Conforme a lo anterior, apreciada la necesidad de que Trans-Asistencia de la Chica, S.L., aclare cuál es efectivamente el número de trabajadores en plantilla con el que cuenta, la Mesa de Contratación acuerda suspender la presente sesión hasta la conclusión del trámite de subsanación de la documentación previa a la adjudicación del expediente CONTR 2023/701590”.

4) En el acta de la sesión de la mesa de contratación de 13 de junio de 2024 consta lo siguiente:

“(..) tras haber quedado acreditado en el expediente “Servicio de depósito de vehículos intervenidos judicialmente y embarcaciones que tengan la consideración de género prohibido intervenidos por los órganos judiciales pertenecientes a los partidos judiciales de la provincia de Málaga” (CONTR 2023/701590) que la empresa cuenta con 50 o más trabajadores en plantilla a la fecha del plazo de finalización de ofertas, al no haber concluido el proceso de escisión conforme a lo alegado por el representante de la entidad licitadora, los miembros de la Mesa acuerdan requerir a Trans-Asistencia de la Chica, S.L., para que aporte la siguiente documentación:

- Certificación de personas trabajadoras con discapacidad, debidamente cumplimentada e indicando si cuenta con al menos un dos por ciento de personas trabajadoras con discapacidad o si se ha optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas debiendo aportarse, en este último caso, copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas (cláusula 10.7 apartado 2 letra i del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).



- Plan de igualdad inscrito en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo (REGCON) a la fecha del presente requerimiento. No obstante, se considerará suficiente la solicitud de inscripción del plan de igualdad siempre que, a la fecha de este requerimiento, hayan transcurrido tres meses o más desde que se presentó la solicitud, sin que hubiera recaído resolución expresa sobre la procedencia de la inscripción (cláusula 10.7 apartado 2 letra j del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares)”.

5) En respuesta al citado requerimiento de la mesa, la ahora recurrente presentó un Anexo XVI certificando que “Tiene menos de 50 personas trabajadoras en su plantilla, siendo el número global de personas trabajadoras de plantilla de 39, el número de personas trabajadoras con discapacidad de 1 y el porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad de 2,56%”.

Asimismo, aportó el texto de un plan de igualdad aprobado el 6 de octubre de 2023 donde figura que el número de empleados era 80, y un escrito de alegaciones en el que plantea como cuestión previa y a efectos meramente aclaratorios que:

- La empresa se encuentra en proceso de escisión tal y como se acreditó en otro expediente que se ha traído a colación en la presente licitación.
- La rama empresarial que le corresponde a la recurrente permanecerá inalterada en su integridad manteniendo todas las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y solvencia.
- Sin perjuicio de que la elaboración de un plan de igualdad no es requisito obligatorio para empresas con menos de 50 trabajadores, viene formalizando las medidas necesarias para su aprobación, actuando con diligencia pese a no ser necesario.
- De la Resolución 26/2023 de este Tribunal se extrae que la exclusión que conlleva la prohibición de contratar no puede ser automática, debiendo otorgarse un plazo para aportar medidas correctoras. En este caso, la fiabilidad empresarial resulta de los siguientes extremos:

- La empresa cuenta con un plan de igualdad vigente -el anteriormente referido-.

- Ha adoptado un importantísimo paquete de medidas tendentes a garantizar la igualdad y se está procediendo a la nueva negociación de un plan adaptado a las exigencias del Real Decreto 901/2020, existiendo un compromiso cierto y real para aprobarlo y registrarlo a la mayor brevedad. “Por ello acreditadas las medidas correctoras no ha lugar a la exclusión en ningún caso siendo lo esencial la cumplimentación de las medidas necesarias para el cumplimiento del plan de igualdad”.

6) En el acta de la sesión de la mesa de contratación de 19 de junio de 2024, a la vista de la anterior documentación aportada por TRASN-ASISTENCIA, se hizo constar lo siguiente:

“En primer lugar, se da lectura al escrito de alegaciones presentado por la citada entidad, en el que manifiesta que se encuentra en proceso de escisión y que la rama empresarial que corresponde a la licitadora de la presente licitación quedará con menos de 50 trabajadores en plantilla por lo que no tendrá obligación de contar con un plan de igualdad, a pesar de lo cual aduce estar realizando diversas acciones para implementar la igualdad de género en la empresa.



Por tanto, reconocido por la propia licitadora que el proceso de escisión no se encuentra finalizado, se procede a examinar si ha cumplido con el requerimiento efectuado por la Secretaría de la Mesa, conforme a la sesión celebrada el día 13 de junio de 2024:

- Respecto al plan de igualdad inscrito en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo (REGCON) a la fecha del presente requerimiento (cláusula 10.7 apartado 2 letra j del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), Trans-Asistencia de la Chica, S.L., presenta un acta de constitución del Comité de Igualdad de la empresa, de fecha 3 de octubre de 2023, y un plan de igualdad, de fecha 6 de octubre de 2023, en el que se indica que la empresa tiene 80 empleados. No obstante, no se acredita la inscripción de dicho plan en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo (REGCON) ni que se haya presentado la solicitud de su inscripción.

- En cuanto a la certificación de personas trabajadoras con discapacidad (cláusula 10.7 apartado 2 letra i del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), Trans-Asistencia de la Chica, S.L., presenta nueva certificación en la que persiste en manifestar que tiene menos de 50 personas trabajadoras en su plantilla considerando el resultado del proceso de escisión no concluido.

A la vista de la documentación aportada, la Mesa concluye que Trans-Asistencia de la Chica, S.L., no ha subsanado la documentación previa a la adjudicación conforme al requerimiento efectuado, por lo que se acuerda por unanimidad su exclusión de la licitación”.

Expuestos los antecedentes necesarios, procede, a continuación, exponer las alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

Se opone a su exclusión, esgrimiendo, en síntesis, los siguientes argumentos:

1) Con carácter previo a la exposición de los motivos del recurso, señala que, en fase de subsanación, acreditó, a través de certificados emitidos por el organismo competente, que no contaba con más de 50 trabajadores en plantilla a la fecha de la licitación. Además, alega que, sin ser obligatorio, acreditó la suscripción de un plan de igualdad y afirma que adjunta al recurso el citado plan y su solicitud de inscripción de 3 de mayo de 2024.

2) Vulneración de la unidad administrativa. Imposibilidad manifiesta de confundir expedientes administrativos y dictar actos contradictorios.

TRANS-ASISTENCIA alega que se parte de la confusión ilegítima de expedientes, resolviendo uno en base a otro, sin declaración de integración de documentación o material probatorio alguno, en una suerte de resoluciones dictadas prescindiendo del procedimiento legalmente establecido. Asimismo, manifiesta que se da por sentado que la empresa contaba con más de 50 trabajadores cuando el expediente de contratación tomado en consideración (CONTR 2023/701590 correspondiente al depósito judicial de la provincia de Málaga) no ha podido determinar -por no ser objeto del mismo- el número de trabajadores que se encuentran en plantilla.

Concluye, pues, que la resolución de exclusión se ha motivado en base a un expediente administrativo distinto sin la previa declaración de incorporación de material probatorio, por lo que aquel acto se encuentra viciado de nulidad.

3) Error en la valoración de la prueba.



La recurrente aduce que está en proceso de escisión y que no aporta certificados del resultado de los trabajadores que tendría tras la escisión habida cuenta que los certificados son emitidos con fecha de la licitación. Asimismo, señala que el registro del plan de igualdad no es necesario siempre que se justifique que se están adoptando medidas necesarias para el fin que persigue el mismo.

A continuación, se centra en el requerimiento de 13 de junio de 2024 en el que se solicitaba certificación de personas trabajadoras con discapacidad, debidamente cumplimentada y el plan de igualdad inscrito en el REGCON a la fecha del requerimiento o solicitud de inscripción siempre que, a la fecha de este requerimiento, hubiesen transcurrido tres meses o más desde que se presentó la solicitud, sin que hubiera recaído resolución expresa sobre la procedencia de la inscripción.

Al efecto, señala que aportó certificación de personas trabajadoras con discapacidad y que la Administración solo resuelve que *“persiste en manifestar que tiene menos de 50 trabajadores en su plantilla considerando el procedimiento de escisión no concluido”*. Concluye que todo lo requerido fue justificado en tiempo y forma y que desconoce a qué se refiere la mesa de contratación cuando indica que no se considera suficiente la documentación aportada; denegación basada en una argumentación abstracta y contraria a la sana lógica.

3) Existencia de un plan de igualdad.

Alega que acudió a una entidad consultora, la mercantil CLICK DATOS, para el asesoramiento y confección en su caso del plan de igualdad y que la citada mercantil, una vez informada de que la rama de la actividad dedicada al depósito de vehículos contaba con una plantilla inferior a 50 trabajadores, le informó que no era exigible legalmente contar con el plan. Asimismo, cita la Resolución 26/2023 de este Tribunal que, a su vez, alude a lo dispuesto el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24 sobre la posibilidad de los licitadores de presentar pruebas relativas a la suficiencia de las medidas correctoras o “self-cleaning” adoptadas en demostración de su fiabilidad.

Al efecto, concluye que *“La doctrina del Tribunal de Contratación se pone de relieve con el único fin de poner de manifiesto la flexibilidad que existe incluso en los casos que sí se exige contar con un plan de igualdad aprobado, que NO es el caso, por no superar los 50 trabajadores pero que ponemos de relieve a fin de que se entienda que nuestra entidad ha adoptado medidas correctoras con el fin único de garantizar la igualdad que aunque no se le impone de manera legal si entendemos que atiende a un buen fin y a una mejora a la hora de ejecutar la prestación”*.

4) Improcedencia de la exigibilidad del plan de igualdad cuando se justifica que la empresa no cuenta con más de 50 trabajadores y además ha acreditado las medidas correctoras oportunas.

La recurrente aduce que la Administración se ha extralimitado al exigir el plan de igualdad cuando se ha declarado y justificado que este no resulta obligatorio. No obstante, señala que viene formalizando medidas necesarias para su aprobación. Insiste en que la exclusión no puede ser automática y que su fiabilidad e idoneidad derivan de los siguientes extremos:

- Tiene un plan de igualdad vigente
- Ha adoptado un importante paquete de medidas tendentes a garantizar esa igualdad.
- Se está procediendo a una nueva negociación para la aprobación de un plan adaptado a las exigencias del Real Decreto 901/2020.
- Existe un compromiso cierto y real para aprobar y registrar el plan a la mayor brevedad



II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo los siguientes:

1) **En primer lugar**, el órgano de contratación resume los antecedentes del supuesto examinado indicando, en síntesis, que el 8 de mayo de 2024, se reúne la mesa de contratación para el examen de la documentación previa a la adjudicación presentada por la recurrente, observándose que en la certificación de personas trabajadoras con discapacidad se señala que la empresa tiene menos de 50 personas en plantilla, pero sin indicar el número global de personas trabajadoras de plantilla ni el número particular de personas trabajadoras con discapacidad ni el porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad. Asimismo, se comprueba que esta certificación resulta contradictoria con la inicialmente aportada por la recurrente en el expediente de contratación denominado “Servicio de depósito de vehículos intervenidos judicialmente y embarcaciones que tengan la consideración de género prohibido intervenidos por los órganos judiciales pertenecientes a los partidos judiciales de la provincia de Málaga” (CONTR 2023/701590), en la que se indica que la empresa cuenta con 169 personas trabajadoras en plantilla.

Al apreciarse la necesidad de que TRANS-ASISTENCIA aclarase cuál es efectivamente el número de trabajadores en plantilla con el que cuenta, la mesa de contratación de la licitación en liza (Servicio de gestión del depósito judicial público de Sevilla -CONTR 2023/705618-) acordó suspender la sesión hasta la conclusión del trámite de subsanación de documentación previa a la adjudicación del expediente CONTR 2023/701590.

El 13 de junio se reanudó la sesión al quedar acreditado en el expediente de la provincia de Málaga que la empresa contaba con 50 ó más trabajadores en plantilla a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, por no haber concluido el proceso de escisión según reconocimiento de la propia licitadora. Es por ello que se le requirió el plan de igualdad inscrito en el REGCON o su solicitud de inscripción, presentando un acta de constitución del Comité de Igualdad de la empresa de 3 de octubre de 2023 y un plan de igualdad de 6 de octubre de 2023, en el que se indica que la empresa tiene 80 empleados; si bien no se acreditó su inscripción ni la solicitud a tal efecto. Asimismo, presentó nueva certificación manteniendo que dispone de menos de 50 personas trabajadoras en su plantilla, considerando no concluido el proceso de escisión. A la vista de esta documentación, la mesa acordó la exclusión de la recurrente por entender que la recurrente no había subsanado conforme al requerimiento efectuado.

2) **En segundo lugar**, el órgano de contratación efectúa las siguientes consideraciones frente a los motivos del recurso:

- Finalizadas las subsanaciones y aclaraciones solicitadas por la Mesa de contratación del expediente correspondiente al depósito de Málaga, es cuando se reanuda la sesión para la vista de la documentación previa a la adjudicación del expediente correspondiente al depósito de Sevilla, con fecha 13 de junio de 2024. La decisión adoptada en esta sesión, en cuanto a la documentación previa a la adjudicación que la recurrente debía subsanar, se tomó teniendo en cuenta exclusivamente las declaraciones y documentación que la misma presentó ante los sucesivos requerimientos para la aclaración del número real de trabajadores -requisito que afecta a su capacidad, con independencia del procedimiento de licitación de que se trate-.

Asimismo, esgrime que la recurrente, alegando una supuesta confusión de expedientes y nulidad de lo actuado, pretende que la mesa de contratación correspondiente al depósito de Sevilla, compuesta por los mismos miembros que la mesa del depósito de Málaga salvo por las personas de la Secretaría, hubiera dado por válida la



declaración de personas con discapacidad en la que se manifestaba contar con menos de 50 trabajadores, obviando toda la documentación y declaraciones efectuadas en el expediente de depósito de Málaga, donde se puso claramente de manifiesto que la empresa se encontraba incurso en prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP al contar con 50 o más trabajadores, y 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.

También incide el órgano de contratación en que toda la documentación, declaraciones y manifestaciones relativas al expediente de contratación de Málaga, cuya falta de incorporación formal al expediente de Sevilla reprocha la recurrente, son actuaciones de ella misma y que por tanto conoce. Asimismo, señala que *“Apreciándose la misma causa de exclusión en ambos procedimientos, resulta llamativo que solo se haya recurrido la exclusión de la licitación del contrato del depósito de Sevilla, decisión que solo se encuentra justificada en el interés de la recurrente por continuar durante la tramitación del presente recurso en el servicio del depósito judicial público de Sevilla, ya que es la empresa que actualmente lo gestiona”*.

- La recurrente trata de eludir su obligación de contar con un plan de igualdad inscrito en el REGCON por contar con más de 50 trabajadores, del modo siguiente:

1. En su primer escrito de aclaración, afirma que cumplimentó erróneamente el Anexo al consignar el número de 169,11 trabajadores, pues incluyó a todos los de las empresas del grupo, si bien cuenta con menos de 50.

2. Advertido que en el Anexo VI había manifestado que no pertenecía a ningún grupo de empresas, cambia su versión y afirma que la empresa se encuentra en un proceso de escisión por ramas de actividad, y que la rama de actividad dedicada al depósito de vehículos cuenta con menos de 50 trabajadores.

3. Cuando el órgano de contratación le traslada su exclusión por el hecho de que esa escisión no puede ser tenida en cuenta si no se ha formalizado, en el seno del recurso vuelve a cambiar su versión para señalar que en ningún caso han afirmado que los certificados de los trabajadores se refieran a los que tendría tras la escisión, sino que, en todo caso, y aún sin escisión, tiene menos de 50 trabajadores.

- Respecto a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, no se acredita la inscripción del plan ni su solicitud de inscripción y el propio plan no ofrece garantías en cuanto al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Real Decreto 901/2020, ya que no ha sido examinado por la autoridad laboral. Finalmente, en cuanto a las otras medidas correctoras alegadas, no se ha ofrecido ninguna acreditación de las mismas. Por ello, no se puede estimar que la recurrente haya demostrado fiabilidad. En cualquier caso, no se procedió a su exclusión automática pues tuvo numerosas oportunidades para aclarar su situación y alegar cuanto estimase conveniente.

SEXO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes y los antecedentes necesarios para resolver la controversia, hemos de centrar los términos de este debate que, en realidad, pese a las extensas argumentaciones de recurrente y órgano de contratación se ciñen a determinar si TRANS-ASISTENCIA está o no incurso en prohibición de contratar, extremo que niega la recurrente al considerar que su empresa dispone de menos de 50 trabajadores, si bien el órgano de contratación no ha considerado acreditada tal afirmación con base en la documentación que ha examinado y obra aportada.



Al respecto, el artículo 71.1 d) de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que *“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...) 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”*.

Como hemos indicado, el núcleo de la controversia versa sobre la no aplicación a la recurrente de esta prohibición al manifestar que no cuenta en su plantilla con 50 o más trabajadores.

Pues bien, sobre la cuantificación del número de personas trabajadoras de la empresa, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 3 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. El citado precepto dispone:

“1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para el cálculo del número de personas que dan lugar a la obligación de elaborar un plan de igualdad, se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y personas con contratos de puesta a disposición.

En todo caso, cada persona con contrato a tiempo parcial se computará, con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más.

A este número de personas deberán sumarse los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad que, habiendo estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores, se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo. En este caso, cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más.

2. El cómputo derivado de los cálculos previstos en el apartado anterior deberá efectuarse a efectos de comprobar que se alcanza el umbral de personas de plantilla que hace obligatorio el plan de igualdad, al menos, el último día de los meses de junio y diciembre de cada año”.

En el expediente obrante en este Tribunal figuran varios certificados de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre plantilla media de trabajadores en situación de alta en la empresa TRANS-ASISTENCIA a 6 de febrero de 2024 y 3 de mayo de 2024, respectivamente. Asimismo, los certificados corresponden, por lo menos, a tres códigos de cuenta de cotización diferentes. Así las cosas, no es posible conocer si estos certificados engloban la plantilla de todos los centros de trabajo de la empresa y, por otro lado, los mismos no aparecen emitidos el último día de los meses de junio y diciembre, como prescribe el precepto reglamentario que hemos transcrito.

Desde esta perspectiva, y nada más valorando los certificados obrantes en el expediente, no es posible verificar que los mismos correspondan a los únicos centros de trabajo de la empresa recurrente; ni que el número de trabajadores que se indica en los certificados sea el mismo que el de las fechas que el precepto reglamentario señala a tales efectos.

En cualquier caso, la empresa aduce en su escrito de recurso que está en proceso de escisión, lo que parece dar a entender que el mismo no ha culminado; razón por la que el número de trabajadores de todos los centros de trabajo debería computar a efectos de determinar si está obligada o no a disponer de un plan de igualdad -como prevé el artículo 3 de la norma reglamentaria-, máxime cuando a mayor abundamiento había declarado previamente en otro expediente que contaba con 169 personas trabajadoras en plantilla.



Es más, la recurrente esgrime que, pese a no ser obligatorio contar con un plan de igualdad por el número de trabajadores en plantilla, acreditó la suscripción del mismo e, incluso, alega en el recurso que adjunta el citado plan y su solicitud de inscripción de 3 de mayo de 2024. No obstante, ninguno de estos documentos se ha acompañado con el escrito de impugnación.

Lo único que sí se aportó a la licitación y obra en el expediente de contratación es un plan de igualdad suscrito el 6 de octubre de 2023 que hemos de suponer adaptado -dada su fecha de aprobación- a la nueva normativa en materia de igualdad, pero del que no consta su preceptiva inscripción en el REGCON, ni siquiera su solicitud de registro.

En definitiva, la recurrente, de un lado, no ha acreditado fehacientemente que no venga obligada a contar con un plan de igualdad y, de otro lado, el plan aportado a la licitación resulta insuficiente a los efectos de considerar que aquella no está incurso en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP.

En este sentido, es reiterada la doctrina del Tribunal (v.g. Resoluciones 503/2022, 581/2022, 26/2023, 138/2023, 303/2023 361/2023, 540/2023, 602/2023 y 631/2023 y 13/2024, entre otras), conforme a la cual la obligación de contar con un plan de igualdad (PI) a los efectos de no incurrir en prohibición de contratar pasa por que el citado plan se halle inscrito en el registro correspondiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

Para llegar a tal conclusión, este Tribunal ha aplicado el marco normativo vigente (fundamentalmente, los artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), los artículos 2.2, 11, disposición transitoria única y disposición final tercera del Real Decreto 901/2020, los artículos 6.1 y 8 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, así como los artículos 71.1 d) y 140.4 de la LCSP)

Asimismo, también hemos indicado en nuestras resoluciones que el efecto excluyente de la licitación que determina la circunstancia de estar incurso en esta prohibición de contratar no es automático, pues previamente debe otorgarse al licitador afectado la posibilidad de presentar pruebas de suficiencia de las medidas correctoras o “self-cleaning” que haya podido adoptar para demostrar su fiabilidad. No obstante, ya señalábamos en nuestra Resolución 26/2023 que *“En cualquier caso, procede advertir de los notables esfuerzos realizados por las instancias europeas y nacionales en los últimos años para fomentar una contratación pública sostenible y socialmente responsable, dotando así de una mayor visibilidad a los aspectos sociales y medioambientales y concienciando a las empresas de la importancia de su cumplimiento. Por ello, si bien las medidas de self-cleaning constituyen una exigencia derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad (artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132.1 de la LCSP) tendentes a evitar el efecto excluyente de la licitación -particularmente, en supuestos donde la infracción normativa carezca de entidad suficiente-, la adecuada garantía del principio de igualdad de trato entre licitadores y la evitación de un margen de discrecionalidad excesivo por parte de los órganos de contratación para decidir qué medidas son o no adecuadas, exigiría que las mismas, en supuestos como el enjuiciado, demostraran que ya se está en condiciones de contar con un plan de igualdad adecuado a la legislación vigente con ocasión del trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP”*.

De este modo, en nuestra Resolución 264/2023, de 12 de mayo, veníamos a concretar que se acredita no estar incurso en la prohibición de contratar -que estamos examinando- a través de un PI ajustado a la normativa e inscrito en el registro a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, si bien el licitador incurso en esta prohibición de contratar por no disponer a la citada fecha de un PI inscrito en el REGCON puede evitar el



efecto excluyente de la licitación aportando con posterioridad durante el curso de la licitación la inscripción y registro del citado plan. Es más, se añadía en dicha resolución que <<En cualquiera de los dos supuestos, se considerará suficiente la solicitud de inscripción del PI siempre que, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas o a la fecha de expiración del plazo del requerimiento que se efectúe con posterioridad, durante la licitación, deba entenderse transcurrido el plazo para la inscripción y publicación del plan>>.

A la vista de cuanto se ha expuesto, (i) no resultando acreditado fehacientemente que TRANS-ASISTENCIA, actualmente en proceso de escisión como reconoce en su propio escrito de recurso, cuente con menos de 50 trabajadores en su plantilla y (ii) resultando que el PI que aportó a la licitación ni consta inscrito en el REGCON ni se ha acompañado solicitud de registro alguna; hemos de concluir que, conforme a la normativa y doctrina expuesta, la recurrente está incurso en la prohibición de contratar examinada, sin que las medidas por ella pretendidas para evitar el efecto excluyente tengan virtualidad, pues no ha demostrado que, al tiempo del requerimiento de documentación previa a la adjudicación, haya solicitado ni siquiera la inscripción del referido plan.

Por otro lado, no puede acogerse ninguno de los argumentos del recurso por las razones siguientes:

- La resolución de exclusión no se ha adoptado con base en un expediente administrativo distinto. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la recurrente ha participado en dos licitaciones promovidas por la misma administración contratante y casi coetáneas en el tiempo. Es indudable, pues, que en el examen de determinadas exigencias comunes a toda licitación -como es precisamente la acreditación de no estar incurso en causa de prohibición de contratar- la mesa pueda haberse percatado de la situación que un determinado licitador ha acreditado en otro expediente. En cualquier caso, dicho órgano colegiado ha sido respetuoso y garantista en su actuación en el procedimiento, pues la situación del licitador derivada del otro expediente solo le ha llevado a ser cauteloso en el examen de la prohibición de contratar, dando a la recurrente plena posibilidad de acreditar y/o aportar documentación que le permitiera demostrar que no se hallaba incurso en esta prohibición de contratar que estamos analizando.

- No ha habido error en la valoración de la prueba. La propia recurrente ha reconocido que se encuentra en proceso de escisión. No ha acreditado que este haya culminado y que, computando todos sus centros de trabajo, disponga de menos de 50 trabajadores.

- El plan de igualdad aportado no está inscrito, ni en proceso de inscripción y las medidas tendentes a demostrar la fiabilidad de la recurrente deberían acreditar que, en esta fase final de la licitación, está ya en condiciones de contar con un plan de igualdad inscrito o con solicitud de inscripción en los términos antes analizados.

Así pues, con base en todas las consideraciones realizadas, el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO. Sobre la apreciación de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

En su informe al recurso, el órgano de contratación estima que la recurrente se ha conducido en la licitación con notoria temeridad y mala fe, y que estas se hacen extensivas a la interposición del recurso y a la solicitud de la medida cautelar de suspensión. Por ello, interesa de este Tribunal que se imponga a TRANS-ASISTENCIA multa en la medida que obtendrá el beneficio de continuar con la gestión del depósito judicial público de Sevilla, a razón de 22.887,61 euros mensuales, hasta que el recurso sea resuelto y se pueda firmar el correspondiente contrato.



Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP establece que: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».*

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que *«El primero (mala fe) tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica *«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».*



En el supuesto examinado, hemos de circunscribir la apreciación de la temeridad o mala fe a la interposición del recurso y solicitud de medida cautelar, como prescribe el artículo 58.2 de la LCSP y no al procedimiento de licitación como, asimismo, manifiesta el órgano de contratación.

En lo que se refiere a la presente impugnación, ciertamente el recurso es prolijo y confuso en su argumentación, y no aporta la documentación que expresamente afirma adjuntar. Pero un examen global de los argumentos esgrimidos no permite apreciar la temeridad ni la mala fe determinantes de la imposición de multa. La recurrente ha intentado demostrar de modo infructuoso que no está incurso en la prohibición de contratar, sin que sus argumentos hayan sido suficientes ni hayan prosperado y la confusión que se ha podido generar en el recurso puede ser fruto también de la dificultad que presenta esta prohibición de contratar, al haber proliferado en escaso tiempo una cuantiosa doctrina de los tribunales de recursos contractuales que, dada la casuística existente, resulta a veces difícil de abarcar.

Por lo demás, la medida cautelar se adoptó el 19 de julio, levantándose la suspensión mediante la presente resolución de 2 de agosto. Ello supone que la licitación haya estado suspendida por un breve plazo, poco más de 15 días.

No procede acordar, pues, la imposición de la multa solicitada por el órgano de contratación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TRANS-ASISTENCIA DE LA CHICA S.L.** contra la exclusión de la citada entidad acordada en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de gestión del depósito judicial público de Sevilla”, promovido por la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública (Expte. CONTR 2023 0000705618).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal el 19 de julio de 2024.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

