



Recurso nº 61/2024 C.A. Principado de Asturias 3/2024

Resolución nº 617/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 16 de mayo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.S.A., en nombre y representación de la UTE GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. – DEPURACIÓN DE AGUAS DEL MEDITERRÁNEO S.L. (“UTE GESTAGUA-DAM”); D. J.A.V., en nombre y representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.; y D. N.C.A. y D. M.E.J., actuando ambos en nombre y representación de DEPURACIÓN DE AGUAS DEL MEDITERRÁNEO S.L. contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de explotación, mantenimiento y conservación del sistema de abastecimiento de la zona central de Asturias*”, con expediente CAA/2021/399, convocado por el Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 1 de septiembre de 2023 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del contrato de explotación, mantenimiento y conservación del sistema de abastecimiento de la zona central de Asturias, licitado por el Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias, entidad de derecho público de carácter asociativo, con personalidad jurídica propia, plena capacidad y carácter administrativo, integrada por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, la Confederación Hidrográfica del Cantábrico y treinta y seis municipios asturianos.

Se trata de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 32.324.297,92 euros.

El plazo de presentación de ofertas concluyó el 4 de octubre de 2023.



Segundo. A dicha licitación concurrieron:

- ACCIONA AGUA, S.A.;
- Compromiso de UTE AGUAS DE VALENCIA S.A. & COBRA INFRAESTRUCTURASHIDRÁULICAS, S.A.;
- Compromiso de UTE ASTURAGUA SERVICIO INTEGRAL DEL AGUA, S.A.U. & SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A.U.;
- FCC AQUALIA S.A.,
- Compromiso de UTE GESTION Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. & DEPURACIÓN DE AGUAS DEL MEDITERRÁNEO S.L. (en adelante, UTE GESTAGUA-DAM); y,
- SACYR AGUA, S.L.

De la licitación, interesa destacar los siguientes extremos:

- La mejor oferta fue presentada por la UTE GESTAGUA-DAM (como se desprende del acuerdo de la Mesa de 8 de noviembre de 2023), a la que se requirió la documentación oportuna, ex artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de cara a la adjudicación del contrato.
- Con fecha de 15 de noviembre de 2023 la licitadora ASTURAGUA, por medio de su representante, solicita vista del expediente de contratación; en concreto, de la proposición presentada por la licitadora propuesta como adjudicataria, así como del informe del Servicio de Abastecimiento.
- Mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 2023 la misma licitadora solicita la exclusión de la empresa propuesta como adjudicataria al considerar que concurre en ella una causa de prohibición para contratar; en concreto, la prevista en el artículo 71.1.d) de la LCSP que establece dicha prohibición para aquellas empresas de 50 o más trabajadores que no cuenten con un plan de igualdad vigente conforme lo previsto en el artículo 45 de



la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. Adjuntan a este escrito, copia de un acta de la Mesa de contratación de la Diputación Provincial de Orense, fechado de 21 de noviembre de 2023, en la que acuerdan la exclusión de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. al no acreditar que cuente con un plan de igualdad en la fecha final de presentación de ofertas (9 de mayo de 2023). Asimismo, también presentó escrito la licitadora FCC AQUALIA S.A., con fecha de 27 de noviembre de 2023 solicitando igualmente la vista del expediente, en concreto, la proposición de la licitadora propuesta adjudicataria.

- A consecuencia de tales escritos, y una vez consultada la base de datos del Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad (en adelante, REGCON) según se refleja en el acta de la sesión de la Mesa a que se alude en el siguiente párrafo, consulta de la que no se deduciría que a dicha fecha GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A. contara con un plan de igualdad vigente e inscrito, se envió nuevo requerimiento el día 27 de noviembre de 2023 *“en complemento de la documentación requerida como propuesto adjudicatario del contrato de referencia”* a las ahora recurrentes, para que en el plazo de tres días aportaran Plan de Igualdad y su registro, en lo que respecta a este recurso.

- La Mesa de contratación, en su sesión de 12 de diciembre de 2023, analizó la documentación aportada en atención a dicho requerimiento, señalando el acta de la misma lo siguiente:

“(…) Dentro del plazo concedido, las licitadoras que concurren en UTE GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A.- DEPURACIÓN DE AGUAS DEL MEDITERRÁNEO, aportan de forma telemática, a través de la PLACSP, un archivo en el que se incorpora un escrito de respuesta al requerimiento y como adjunto al mismo 16 documentos.

(…)

De acuerdo con lo expuesto por la licitadora, los miembros de la Mesa pasan a valorar la posible concurrencia de una eventual causa de prohibición para contratar.



La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 65, al regular las condiciones de aptitud que deben reunir los empresarios que ‘Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas’.

Asimismo, el artículo 71.1 de la LCSP recoge entre las causas de prohibición de contratar en su apartado d) ‘No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o 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’.

Por otra parte, el artículo 140.4 de la LCSP prevé que ‘Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato’.

Una de las cuestiones a determinar aquí es si, para concluir que el licitador no concurre en la prohibición para contratar prevista en el art. 71.1.d) es requisito indispensable que el plan de igualdad esté inscrito o no.

Sobre esta cuestión se han pronunciado los diferentes Tribunales de recursos contractuales, dando lugar a interpretaciones dispares; puesto que, por un lado, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 581/2022, considera que la inscripción del plan de igualdad no es un mero requisito formal,



pues conlleva un previo control de legalidad del contenido de dicho plan por la autoridad laboral, concluyendo que solo a partir de la inscripción en registro, el plan de igualdad goza de virtualidad plena y permite entender cumplida la normativa sectorial vigente en esta materia.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 1664/2022, de 29 de diciembre, y con un criterio que mantiene actualmente, ha considerado que la inscripción del plan de igualdad, si bien es obligatoria conforme a la legislación laboral, no tiene carácter constitutivo, sino únicamente efectos de publicidad), la doctrina de los mismos sí es coincidente en cuanto a que el artículo 71.1.d) de la LCSP sí exige ‘contar’ con un plan de igualdad.

De lo anteriormente expuesto, y de la documentación que ha aportado GESTAGUA en respuesta al requerimiento, la Mesa concluye que no acredita que, a fecha fin de presentación de ofertas (4/10/2023), contara con un plan de igualdad, ya que el aportado, sin perjuicio de que actualmente se encuentra pendiente de su inscripción en el REGCON, está fechado de 20 de octubre de 2023. Tampoco cabe considerar el Plan de Igualdad suscrito con anterioridad y cuya inscripción en el REGCON nunca se llegó a culminar puesto que la propia licitadora reconoce en su escrito que el mismo adolecía de defectos, al menos formales, lo que motivó la necesidad de elaborar uno totalmente nuevo.

En cuanto al intento de la licitadora de solventar la falta del plan de igualdad con la alegación de estar aplicando de forma efectiva las medidas contenidas en dicho Plan de Igualdad o aquellas contenidas en el anterior Plan de Igualdad que no acabó de inscribirse en el REGCON, en palabras del propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 1296/2023) ‘la supuesta fiabilidad o compromiso en la adopción de medidas en materia de igualdad laboral que se alega no puede suplir ni sustituir, en modo alguno, la exigencia legal de “contar” con un Plan de Igualdad, que es lo que requiere el artículo 71.1 d) LCSP”’.

Y concluye acordando –literalmente– la exclusión de la UTE GESTAGUA-DAM, siendo insertada –en la PCSP– el acta de esa sesión el día 19 de diciembre siguiente.



Tercero. Con fecha 11 de enero de 2024 se interpuso recurso especial en materia de contratación por la representación legal de dichas empresas, conjuntamente y por separado, ante el Registro de este Tribunal.

Cuarto. El órgano de contratación remitió, además del expediente administrativo, el informe sobre el recurso interpuesto –de fecha 16 de enero de 2024–, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP. En él se opone a su estimación.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución de 24 de enero de 2024 por la que acuerda la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. Con fecha 24 de enero de 2024, se ha instado por las recurrentes la ampliación de su recurso.

Séptimo. En fecha 18 de enero de 2024 la secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 25 de enero de 2024 se presentan alegaciones por la entidad ASTURAGUA, SERVICIO INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA, S.A.U., oponiéndose a la estimación del recurso.

Octavo. Mediante nuevo escrito presentado el día 1 de marzo de 2024, la empresa alegante interesa el recibimiento del presente procedimiento de recurso a prueba –de índole documental– a fin de que, además de admitir los documentos que acompañan al mismo, se libre oficio al órgano de contratación para que éste se pronuncie acerca de supuestas irregularidades que una organización sindical podría haberle participado en la negociación del plan de igualdad aprobado por su competidora.

Noveno. El día 14 de marzo de 2024, a requerimiento previo de este Tribunal, se ha completado por el órgano de contratación el expediente administrativo, en lo referente a la documentación aportada por las mercantiles aquí actoras en atención al requerimiento que



–en fecha 27 de noviembre de 2023– les dirigió el órgano de contratación, aludido en el Antecedente segundo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con los artículos 46.2 y 4 de la LCSP y 10 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), así como en virtud del Convenio de colaboración entre el entonces Ministerio de Hacienda y Función Pública y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29/10/2021).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto impugnabile en esta vía, al tratarse de un acuerdo de trámite cualificado –la exclusión del licitador–, acto expresamente recurrible conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP en tanto que determina la imposibilidad para dicha parte de continuar el procedimiento, en el seno de un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, en relación con el artículo 44.1.a) de la misma.

Tercero. Las recurrentes ostentan la debida legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, en tanto que empresas apartadas de la licitación, conforme a lo establecido en los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del RPERMC.

Cuarto. El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto. Las recurrentes interesan la anulación de su exclusión, al considerar que la falta de inscripción en el Registro de convenios del Plan de Igualdad de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. no le priva de efectos, e invocan la resolución núm. 6/24 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, que en relación con el procedimiento de contratación incoado por la Diputación Provincial de Orense a que alude el Antecedente segundo –con la estimación del recurso especial–, vino a reintegrar a dicha empresa al procedimiento de contratación.



Manifiestan así que la citada empresa aprobó un Plan de Igualdad para el período 2022-2025 que ha venido aplicándose a lo largo de todo este tiempo si bien no llegó a ser inscrito en el REGCON, en vista de lo cual –en fecha 20 de octubre de 2023– se aprobó una revisión del Plan, para un período distinto (2022-2023), cuya inscripción ante el REGCON se solicitó el día 7 de noviembre siguiente, concluyendo que, en todo caso, disponía de un Plan de Igualdad vigente al tiempo de formular su oferta.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación invoca –en su informe al recurso– la Resolución 1252/2023, de 28 de septiembre, de este Tribunal en la que –con alusión a las anteriores nºs 1664/2022, de 29 de diciembre, y 1529/2021, de 5 de noviembre– se afirma citando precisamente aquélla, la cual –a su vez– extracta esta última:

“(…) la obligación exigible a los licitadores, a efectos de resultar adjudicatarios, es contar efectivamente con el plan de igualdad requerido, y no que dicho plan esté inscrito en el registro correspondiente. La inscripción del plan de igualdad, si bien es obligatoria conforme al artículo 46 de la LO 3/2007 y del artículo 11 del R.D. 901/2020, lo es a los efectos de publicidad (artículo 11.3 de esta última norma), y no tiene carácter constitutivo. En este sentido, es claro el artículo 9 del citado R.D. cuando afirma que el periodo de vigencia o duración de los planes de igualdad será determinado, en su caso, por las partes negociadoras y no podrá ser superior a cuatro años; no estando condicionado ni afectado en forma alguna por su inscripción. Cabe añadir, además, que el órgano de contratación, una vez analizado el plan de igualdad aportado y en el uso de las facultades generales de valoración probatoria, ha considerado plenamente eficaz, desde un punto de vista probatorio, el referido plan, al no percibir ninguna tacha de irregularidad en el mismo, que aparece firmado y fechado, y con el sello de la entidad licitadora, por lo que su existencia y vigencia ha de ser admitida a todos los efectos”.

Y en el citado informe, tras relatar los avatares que ha padecido la inscripción del Plan de Igualdad de la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. en el REGCON y referir una serie de consideraciones personales de quien lo suscribe, descuellan entre aquellos que *“(…) respecto del (Plan) actual de 20 de octubre de 2023, que está en trámite de inscripción y que este órgano de contratación había dado por bueno, se ha emitido con fecha de 12 de diciembre de 2023 un requerimiento por parte de la Dirección General de*



Trabajo en el que refieren que, una vez analizado el texto remitido, 'No se ha hecho referencia a las materias resaltadas en negrita (clasificación profesional, auditoría salarial, retribuciones y prevención del acoso sexual y por razón de sexo), por lo que debe concluirse que el plan de igualdad no cumple con los requisitos mínimos previstos en el R.D. 901/2020'.

En suma, viene en él a concluirse que:

“Sin perjuicio de lo anterior, este órgano de contratación asumió la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en cuanto a la no exigencia de inscripción del plan de igualdad para determinar si una empresa está o no incurso en prohibición de contratar; pero, en este caso concreto, al haber advertido al menos esa deficiencia en el Plan de Igualdad de abril del 2022, consideró que carecía de eficacia, y en cuanto al Plan de Igualdad de 20 octubre de 2023, al encontrarse suscrito con posterioridad a la fecha fin del plazo de presentación de ofertas, igualmente no cabía tenerlo en consideración por cuanto que, a tenor de lo dispuesto en el art. 140.4 de la LCSP, ‘Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato’.

En términos similares se expresa la empresa alegante, que ha comparecido en el trámite de audiencia a interesados solicitando la desestimación del recurso.

Séptimo. Conocidas las posturas de cada parte, procede recordar la doctrina sentada por este Tribunal conforme a la cual la inscripción de los planes de igualdad, si bien resulta obligatoria por mor de los artículos 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y 11 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, lo es a los efectos de publicidad (apartado 3 de este último precepto), y no tiene carácter constitutivo (por todas, Resolución nº 701/2023, de 8 de junio).



Muy recientemente, y en supuesto en buena medida asimilable al aquí planteado, en consonancia con dicha doctrina, se ha tenido ocasión de razonar –Resolución nº 112/2024, de 1 de febrero– cuanto sigue:

“En cuanto al Plan de Igualdad aportado, es cierto que su fecha es posterior al final del plazo para presentación de las ofertas, puesto que su aprobación tuvo lugar el 18 de septiembre de 2023 y su inscripción en el Registro y Depósito de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad (REGCON), el 17 de noviembre posterior.

Respecto a esta cuestión, la mercantil actora aduce en su recurso que ‘(i)gualmente, tal y como manifestábamos en la contestación al requerimiento de 20/09/2023, CMM GUARD cumple con su obligación de disponer de un plan de igualdad vigente conforme a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, y en definitiva con lo recogido en los Pliegos del presente concurso.

Como reconoce el propio anuncio recurrido, se trata del Plan de Igualdad acordado 2023-2027 aprobado definitivamente el 18/09/2023, cuya mesa negociadora se constituyó el 22/05/2023 entre la empresa y las centrales sindicales UGT, CCOO y USO, y presentado al REGCON en esa fecha y posteriormente de nuevo el 07/11/2023, actualmente inscrito, como se puede comprobar accediendo al REGCON.

Con base en el artículo 72.1 LCSP, la solicitud de la inscripción del Plan de Igualdad 2023-2027 ante el Registro de Planes de Igualdad es motivo suficiente para no hallarse incurso en una prohibición de contratar del artículo 70.1 d) LCSP o bien para que desaparezca la subsistencia de la prohibición de contratación, como ya viene decidiéndose por este TACRC y otros Tribunales de Contratación Pública como el de Madrid.

Así las cosas, y con aplicación de la doctrina self-cleaning, se debe tener en cuenta, que en el caso que nos ocupa, CMM GUARD ha acreditado la adopción de un importante paquete de medidas tendentes a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, la disponibilidad de ambos planes de igualdad, la dilatada negociación con las centrales sindicales de buena fe y con la mayor diligencia para la ratificación del plan de igualdad adaptando las exigencias normativas, que, por la complejidad de la negociación no ha podido culminarse hasta septiembre de 2023, presentándolo al REGCON por dos veces, y



estando pendiente de inscripción en breve.

En definitiva, la doctrina del self-cleaning permite a una entidad que, inicialmente estaba incurso en prohibición de contratar, aplicar medidas correctoras que restauren su fiabilidad, tales como en el caso que nos ocupa puede ser la inscripción del plan de igualdad vigente en el REGCON.

Por ello, entendemos que ha quedado sobradamente acreditada la fiabilidad y la adopción de medidas en materia de igualdad por la documentación aportada. Teniendo el órgano de contratación, la obligación de valorar las razones expuestas por el licitador derivado de lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, conforme a lo cual se establece: ‘Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación’. Por tanto, se puede y debe aplicar el artículo 57.6 de la citada Directiva, sin contravenir lo dispuesto en la LCSP, por lo que nada justificaría que el Tribunal pretendiese desplazar la debida aplicación del derecho europeo’.

Cabe, en este punto, aludir a la Resolución nº 1395/2023, de 27 de octubre, en la que se razona:

‘(...) téngase en cuenta que la LCSP exige disponer de un Plan de Igualdad que cumpla con lo dispuesto en el artículo 45 de la L.O. 3/2007. Por tanto, no contempla directamente contar con dicho plan inscrito ni tampoco, por remisión de dicho precepto, resulta exigible tal inscripción. Siendo esto así, al revestir las prohibiciones de contratar el carácter de actos restrictivos de derechos, en tanto que limitativos de la concurrencia, ello obliga a interpretar el artículo 71.1.d) de la LCSP –en lo tocante a esta cuestión– del modo más favorable a evitar la restricción de dicho principio; de ahí que este Tribunal haya optado –en múltiples pronunciamientos (valga, por todas, su reciente Resolución nº 1026/2023, de 28 de julio)– por estar a la aprobación, y no a la inscripción, de los planes de igualdad como obligación cuyo incumplimiento determina considerar a una empresa incurso en prohibición de

contratar’.

Y sobre el momento y modo en que corresponde acreditar la concurrencia –o no– de una prohibición para contratar, cabe recordar que conforme a dos de las conclusiones del aludido Acuerdo de Pleno de este Tribunal de 5 de abril de 2022, durante la licitación, el órgano de contratación puede exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no sólo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, así como que –en caso de apreciar la existencia de una prohibición para contratar– ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado tal circunstancia, confiriéndole la oportunidad de probar su fiabilidad antes de apartarle del procedimiento.

Por ninguna de estas actuaciones optó, en el supuesto aquí analizado, el órgano de contratación que, directamente, trató de verificar la concurrencia –o no– de las dos prohibiciones para contratar en cuestión por sus propios medios en vez de hacerlo a través del mismo propuesto como adjudicatario. Sin embargo, de la consulta del expediente administrativo se desprende que tal verificación no era precisa: en efecto, con la documentación aportada por la actora en contestación al requerimiento a que alude el Antecedente cuarto, de fecha 20 de septiembre de 2023, ya se acreditó no sólo la situación de estar al corriente con la Seguridad Social, como se ha razonado en el Fundamento anterior, sino también que dicha empresa disponía de Plan de Igualdad el cual, como también se ha expuesto, había sido aprobado el día 18 de septiembre anterior de modo que no incurría en la prohibición regulada en el artículo 71.1.d) de la LCSP por lo que respecta a los mencionados planes, conforme a la doctrina de este Tribunal sobre los mismos ya reseñada”.

La diferencia es que aquí, con buen criterio, el órgano de contratación sí puso de manifiesto al licitador la eventual situación de prohibición de contratar en la que podía estar incurso y, oído éste, la Mesa concluyó que tal situación sí concurría; llegando a dicha conclusión, según ya se ha expuesto, porque “(...) no acredita que, a fecha fin de presentación de ofertas (4/10/2023), contara con un plan de igualdad, ya que el aportado, sin perjuicio de que actualmente se encuentra pendiente de su inscripción en el REGCON, está fechado de 20 de octubre de 2023. Tampoco cabe considerar el Plan de Igualdad suscrito con



anterioridad y cuya inscripción en el REGCON nunca se llegó a culminar puesto que la propia licitadora reconoce en su escrito que el mismo adolecía de defectos, al menos formales, lo que motivó la necesidad de elaborar uno totalmente nuevo”.

Pues bien, tal conclusión es compartida por este Tribunal y ello por cuanto se expone seguidamente.

En efecto, porque conforme al aludido Acuerdo de Pleno de 5 de abril de 2022, sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar, en él se distingue, por un lado y de cara a la interpretación del artículo 140.4 de la LCSP a la luz del Derecho comunitario:

“(…)

Los motivos de exclusión se regulan en la Directiva 2014/24/UE artículos 57 y siguientes, diferenciando los motivos de necesaria trasposición al derecho interno (primer apartado y el párrafo primero del segundo) de aquellos cuya trasposición es facultativa.

Los motivos de necesaria trasposición son una relación de conductas tipificadas como delito (las cuales han sido incorporadas junto con otros tipos delictivos, en el apartado primero del artículo 71 de la LCSP). Los motivos de facultativa trasposición se encuentran enumerados en el apartado cuarto.

Mención aparte merece, la causa de exclusión consistente en el incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Esta causa será de necesaria trasposición al derecho interno, cuando dicho incumplimiento ‘haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del estado miembro del poder adjudicador’. Fuera de ese supuesto, es decir, cuando el incumplimiento se pueda demostrar por cualquier medio de prueba en derecho, este será un motivo de exclusión de facultativa trasposición.

Ahora bien, en ambos casos, la causa de exclusión no se aplicará si el licitador cumple sus obligaciones de pago o celebra un acuerdo vinculante con vistas a los pagos correspondientes, incluidos en su caso intereses y multa.

A continuación, con carácter imperativo para las causas de necesaria trasposición y potestativo para las restantes, el apartado quinto del artículo 57 establece la exclusión del licitador (operador económico en terminología de la Directiva) en cualquier momento del procedimiento, si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo en una causa de exclusión. Es decir, el Derecho comunitario impone y aconseja en función de la causa de exclusión, que su apreciación no se limite a un momento sino al período completo de licitación.

Ahora bien, la decisión de exclusión se matiza para todos los motivos (sean de necesaria o facultativa trasposición al derecho interno) por lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva, cuando establece que el licitador podrá presentar pruebas de que las medidas por él adoptadas son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente en los términos de lo dispuesto en los artículos 58 y 60 de la Directiva. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación. Esta previsión tiene efecto directo y, como tal, ha de ser incorporada al Derecho interno tal y como ha señalado la Sentencia del TJUE de fecha 14 de enero de 2021.

Interesa destacar como el artículo 60 de la Directiva precisa que los certificados de antecedentes penales y el certificado administrativo en lo atinente al cumplimiento de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social se aceptarán como prueba suficiente con relación a los motivos de exclusión necesarios.

A la vista de lo anterior y a efectos de interpretar lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP sobre la cuestión suscitada, consideramos:

- que el artículo 57 contempla expresamente que en cualquier momento del procedimiento pueda apreciarse la existencia de un motivo de exclusión, como consecuencia de los actos cometidos u omitidos antes o durante la licitación.*
- que el operador económico podrá aportar prueba para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Esta afirmación resulta aplicable a todos los motivos de exclusión y la consecuencia es que si las pruebas se consideran suficientes el operador económico no quedará excluido del procedimiento de contratación (...)."*



Por otro lado, en dicho Acuerdo se vino a concluir que:

“- Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.

- Los licitadores deberán no encontrarse incursos en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.

- El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.

- Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

- Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.

- Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión (...).”

De modo que, descendiendo al caso concreto, por la parte aquí actora –en contestación al requerimiento a que alude el Antecedente segundo, de fecha 27 de noviembre de 2023– se acreditó que la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. disponía de Plan de Igualdad el cual, como también se ha expuesto, había sido aprobado el día 20 de octubre anterior. Dicho documento viene firmado por representantes de la empresa y de los trabajadores, constando –del lado sindical– hasta siete firmas, cuatro manuscritas y tres digitales.

Y no sería óbice de cara a determinar la concurrencia de la prohibición de contratar en cuestión, conforme a la Sentencia del TJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-387/19, *RTS infra and Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, que se alude en el citado Acuerdo de Pleno de este Tribunal de fecha 5 de abril de 2022, que la aprobación del Plan haya sido posterior al vencimiento del plazo para presentar proposiciones, por cuanto a todo licitador



debe dársele la opción de probar su fiabilidad a fin de demostrar que no se halla en situación de prohibición de contratar al tiempo de celebrar el contrato.

Ahora bien, por lo que se refiere en concreto a la cuestión de los posibles defectos –que haya podido padecer, en su negociación y aprobación, el plan aportado por la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A., cabe concluir que aunque aquéllos se invocan ahora por el órgano de contratación no fueron tenidos en cuenta por la Mesa en el momento que decidió la exclusión de la parte actora, por cuanto que pese a que el tenor del acuerdo impugnado alude –en su página 3– a que fue consultada la base de datos del REGCON el mismo día de la sesión (12 de diciembre de 2023), no obra consulta alguna en tal sentido en el expediente administrativo, figurando a este respecto únicamente comunicación del citado Registro –relativa al plan aprobado el 20 de octubre de 2023 y fechada a 12 de enero de 2024 (documento 19.3) y no a 12 de diciembre de 2023, como sostiene el órgano de contratación en su informe al recurso–.

De dicha comunicación se desprende que ese Plan de Igualdad aportado por las recurrentes en el procedimiento de contratación (cuyo período de vigencia, literalmente, es 2022-2023 si bien –en el escrito de recurso– se alude a que, en realidad, aquél correspondería a 2023-2024), al tiempo en que les fue conferido el trámite para demostrar la fiabilidad de su oferta, adolecía de irregularidades –en cuanto a su contenido– relativas a determinadas materias (clasificación profesional, auditoría salarial, retribuciones y prevención del acoso sexual y por razón de sexo), reguladas en el artículo 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al que se remite el artículo 45 de dicha norma legal, extremo que puede ser constitutivo de una tacha de legalidad, en el sentido indicado por la Resolución 1252/2023, de 28 de septiembre, ya aludida, que permitiría al órgano de contratación considerar que la citada mercantil estaba incurso en la prohibición regulada en el artículo 71.1.d) de la LCSP, al no haber acreditado que el contenido de tal Plan es conforme con el artículo 45 de dicha Ley Orgánica 3/2007. Y tal conclusión es distinta a la que llega en el supuesto analizado en el recurso 288/2024, en el que –aún tratándose del mismo órgano de contratación y de la empresa cuyo plan de igualdad se discute– el acto impugnado es posterior no sólo a la aprobación de aquél sino a su inscripción en el REGCON, a diferencia de lo que aquí sucede.

Al hilo de esto último, este Tribunal considera que pueden plantearse dos escenarios en el momento de determinar la concurrencia de la prohibición de contratar en cuestión: el primero, que el Plan de igualdad ya se haya inscrito por el REGCON, en cuyo caso nada obstaría para considerarlo *prima facie* vigente habida cuenta del carácter declarativo, que no constitutivo, de tal inscripción; el segundo, que esté pendiente de inscribir, en cuyo supuesto el órgano de contratación habrá de valorar si el Plan en cuestión reúne los requisitos que en cuanto al alcance y contenido, así como por la necesidad de negociación, exige el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, pudiendo constituir –en caso de duda al respecto– un indicio de que en aquél concurre una tacha de irregularidad las posibles objeciones al mismo que el REGCON haya planteado en aplicación de dicho precepto, tal y como ha acontecido en el supuesto aquí analizado.

En consecuencia, procede rechazar este motivo de recurso y desestimar éste, confirmando la decisión de excluir la oferta de las empresas recurrentes.

Octavo. En cuanto a la práctica de la prueba interesada por la empresa comparecida en el trámite de audiencia a interesados, tal pretensión debe ser rechazada al no haberse solicitado en el escrito de alegaciones conforme prescribe el artículo 30.1 del RPERMC; de ahí que haya de ser declarada improcedente con arreglo a lo dispuesto ex artículo 56.4 de la LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.S.A., en nombre y representación de la UTE GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. – DEPURACIÓN DE AGUAS DEL MEDITERRÁNEO S.L.; D. J.A.V., en nombre y representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.; y D. N.C.A. y D. M.E.J., actuando ambos en nombre y representación de DEPURACIÓN DE AGUAS DEL MEDITERRÁNEO S.L. contra su exclusión del procedimiento “*Servicios de explotación, mantenimiento y conservación del sistema de abastecimiento de la zona central de Asturias*”, con expediente CAA/2021/399, convocado



por el Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento para la contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES