

Recurso 497 /2022
Resolución 26/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 27 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **DRAGADOS S.A.**, **MANUEL ALBA S.A.** y **COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS S.A.** -que intervienen en la licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas- **contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de obras** denominado «Conducción de Abastecimiento de Agua desde el Embalse de Guadalcaçín hasta el Partidor de la Peruela. T.M. de San José del Valle (Cádiz). Fase I . Presa de Guadalcaçín - Chimenea de Equilibrio» promovido por la actual Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural (Expte.CONTR 2021 994731), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de febrero de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 24 de febrero, el citado anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, siendo el valor estimado del contrato 8.930.543,95 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.

En la sesión de la mesa de contratación, de 10 de noviembre de 2022, se acordó la **exclusión de las entidades licitadoras indicadas en el encabezamiento, que intervinieron en la licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas (en adelante, UTE recurrente).** La citada acta se publicó en el perfil de contratante el 17 de noviembre de 2022. Asimismo, en el escrito de recurso se hace constar que se notificó la exclusión el citado 17 de noviembre.

SEGUNDO. El 5 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE.

La Secretaría del Tribunal, mediante oficio del mismo día 5 de diciembre, dio traslado del recurso al órgano de contratación, solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración,



fue recibida en esta sede en sucesivos días, siendo el último de ellos el 30 de diciembre, fecha en que se remite el informe al recurso.

El 2 de diciembre de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente con carácter previo a la interposición del recurso.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados, mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 15 de diciembre de 2022, con traslado del escrito de recurso, no se han recibido en el plazo otorgado.

Siendo necesario para la resolución del recuso que se completara el expediente de contratación, mediante oficio de 11 de enero de 2023 de la Secretaría del Tribunal se solicitó al órgano de contratación la documentación aportada el 4 y 7 de noviembre de 2022, respectivamente, por dos de las empresas de la UTE recurrente, en respuesta al requerimiento de aclaración formulado por la mesa de contratación.

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.

De conformidad con el artículo 48 de la LCSP y 24 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, ostentan legitimación para la interposición del recurso las entidades recurrentes que han intervenido en la licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas y han resultado excluidas del procedimiento.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto 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) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la UTE recurrente.

Solicita de este Tribunal la anulación de su exclusión de la licitación y, en su virtud, que:



-Ordene su admisión por no estar ninguna de las empresas que conforman la agrupación incursas en prohibición de contratar.

- Con carácter subsidiario a la anterior petición, ordene su admisión al haber acreditado DRAGADOS, S.A. y COBRA, INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. su fiabilidad.

- Con carácter subsidiario a las anteriores peticiones, ordene a la mesa que analice la documentación presentada por DRAGADOS, S.A. y por COBRA, INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. en contestación al requerimiento de 31 de octubre de 2022 y, a la vista de dicha documentación, valore la fiabilidad de las citadas empresas para ejecutar el contrato.

Pues bien, con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes, procede señalar los siguientes datos de interés obrantes en el expediente remitido al Tribunal:

1. El apartado 10.7.2 letra j) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) prevé, como documentación previa a la adjudicación, la acreditativa de la elaboración y aplicación efectiva de un plan de igualdad en los casos y forma establecidos en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) en su redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Conforme al citado apartado, la acreditación de este extremo se podrá realizar por alguno de los siguientes medios:

-Copia del plan de igualdad firmado por las personas componentes de la comisión negociadora.

-Copia del acta de la comisión negociadora por la que se aprueba el plan con expresión de las partes que lo suscriban.

- Declaración de la persona representante de la empresa indicando la referencia de publicación del plan de igualdad o del convenio en que aquel se inserte en el boletín oficial correspondiente.

- Poseer la persona licitadora el distintivo “Igualdad en la Empresa” y encontrarse el mismo vigente.

2. La oferta de la UTE fue seleccionada como la más ventajosa y se le requirió la documentación previa a la adjudicación. Tras su presentación, se detectó por la mesa -en lo que aquí interesa- que la entidad COBRA, INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. (COBRA, en adelante) debía acreditar la vigencia del plan de igualdad pues «Según el aportado, concluyó su vigencia en 2014, no constando prórroga o renovación, en su caso. Deberá de acreditarse, igualmente, la inscripción en el registro correspondiente» y que DRAGADOS, S.A. (DRAGADOS, en adelante) debía igualmente acreditar la vigencia del plan. «Según el aportado, concluyó su vigencia el 14/01/2022, no constando prórroga o renovación, en su caso. Deberá de acreditarse, igualmente, la inscripción en el registro correspondiente».

3. En el acta de la sexta sesión de la mesa de contratación se hace constar que COBRA aporta un plan de igualdad distinto al inicial que no se encuentra firmado por los componentes de la comisión negociadora, ni se acredita su vigencia ni inscripción y DRAGADOS subsana el extremo relativo a la vigencia del plan pero no la efectiva inscripción del mismo. Asimismo, se indica en el acta que la mesa, haciendo uso de la facultad recogida en el artículo 95 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, acuerda conceder un plazo de cinco días naturales para que las citadas empresas justifiquen la inscripción del plan o, al menos, la solicitud de inscripción efectuada en el plazo de presentación de ofertas, con la prevención expresa de exclusión del procedimiento.

4. En respuesta a la solicitud de aclaración concedida por la mesa de contratación, COBRA y DRAGADOS presentan escritos en los que, entre otras cuestiones, ponen de manifiesto que, aun cuando se considerase que estuvieran incursas en prohibición de contratar, no cabe su exclusión automática de la licitación sin antes



permitirles justificar su fiabilidad. A tal efecto, invocan el efecto directo del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, describiendo las medidas adoptadas para acreditar la citada fiabilidad e idoneidad.

5. En la séptima sesión de la mesa de 10 de noviembre de 2022, se acordó la exclusión de la UTE. En el acta se indica lo siguiente: «No ha subsanado correctamente los extremos a que se refería la notificación correspondiente, al no presentar ni la inscripción ni la solicitud de inscripción del Plan de Igualdad con fecha anterior al fin de plazo de presentación de ofertas.

La Mesa además entiende como NO válidas las alegaciones presentadas por la UTE DRAGADOS, S.A. -MANUEL ALBA, S.A. - COBRA, INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.» y, a tal efecto, se extracta en el acta parte del contenido de la Resolución 503/2022 de este Tribunal a propósito de la prohibición de contratar de las empresas cuyo plan de igualdad no se halle inscrito.

Pues bien, sobre la base de estos antecedentes, la recurrente funda el recurso en los siguientes motivos:

1) Incongruencia omisiva y ausencia de motivación adecuada de la exclusión al no darse respuesta a las siguientes alegaciones formuladas en su momento ante la mesa:

- Aplicación directa del art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE que permite a los licitadores, aun estando incursos en una prohibición de contratar, justificar su fiabilidad ante el órgano de contratación.
- La suficiencia de las justificaciones ofrecidas por dos de las empresas integrantes de la unión temporal (DRAGADOS y COBRA) acerca de su fiabilidad en atención a la diligencia desplegada en la negociación de un nuevo plan de igualdad con los representantes de los trabajadores y la efectiva aplicación en la empresa de medidas de promoción de la igualdad conforme al plan de igualdad vigente, medidas que cumplen sobradamente con las exigencias derivadas de la Ley Orgánica 3/2007.

La recurrente sostiene (i) que la mesa se limitó a razonar que existía prohibición de contratar de acuerdo con la doctrina de este Tribunal en su Resolución 503/2022 y (ii) que, aun cuando se podría argumentar una desestimación tácita de aquellas alegaciones, dada su trascendencia se hubiese necesitado una respuesta expresa. Por tanto, concluye que «la Resolución de Exclusión incurre en una incongruencia manifiesta al omitir toda respuesta a la principal alegación de esta parte frente a su exclusión (causa petendi) por lo que nos encontramos ante la exclusión inmotivada del licitador que ha presentado la mejor oferta que le ha generado una clara indefensión al no haberse valorado en absoluto su principal línea de defensa frente a la exclusión».

2) Aun cuando se considerase que las empresas concurrentes a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE estuviesen incursas en causa de prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP por no tener inscrito el plan de igualdad, no por ello se les puede excluir automáticamente sin requerirles al efecto y ofrecerles la oportunidad de acreditar ante el órgano de contratación su fiabilidad, derivada del respeto a la legislación laboral y, en concreto, de las medidas de que disponen para garantizar la igualdad en el seno de sus empresas.

A juicio de la UTE recurrente, esta fiabilidad e idoneidad deriva de los siguientes extremos que ya fueron expuestos y acreditados ante el órgano de contratación:

-Cuentan con un plan de igualdad vigente.

- Tienen adoptado un importantísimo paquete de medidas tendentes a garantizar esa igualdad en aplicación del plan de igualdad y los acuerdos alcanzados con la representación legal de los trabajadores (RLT, en adelante).



- Están negociando con la RLT de buena fe y con la mayor diligencia la aprobación de un nuevo plan de igualdad adaptado a las exigencias del RD 901/2020 que, por la complejidad de la negociación, no ha podido culminarse al día de la fecha.

- Han expresado su compromiso de aprobarlo y registrarlo a la mayor brevedad, adelantando, en la medida de lo posible, la aplicación de todos aquellos extremos que se vayan consensuando con la RLT.

Sostiene que la necesidad de ofrecer esa posibilidad de justificar la propia fiabilidad y la correlativa obligación del órgano de contratación de valorar las razones expuestas por el licitador derivan de lo dispuesto en el art 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, conforme al cual *«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»*; precepto que, a juicio de la recurrente, surte efecto directo en la medida que, en este punto, existe una deficiente transposición de la Directiva 2014/24/UE en la vigente LCSP, cuyo artículo 72.5 limita la posibilidad de justificar determinadas circunstancias para evitar la prohibición de contratar a aquellos supuestos en que sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición.

Y añade la UTE recurrente que el citado artículo de la Directiva no conlleva la inaplicación de ningún precepto legal, pues solo evita una interpretación del artículo 75.2 de la LCSP que limite la posibilidad de acreditar la fiabilidad a las prohibiciones que necesitan de un procedimiento para su declaración con exclusión de las que son directamente aplicables por el órgano de contratación. Concluye así que *«se puede y se debe aplicar el art. 57.6 Directiva 2014/24/UE sin que ello implique contravenir lo dispuesto en la LCSP, por lo que nada justificaría que ese Tribunal pretendiese desplazar la debida aplicación del Derecho europeo»*.

Además, señala que el art. 57.6 de la Directiva 2024/24/UE conlleva no solo la posibilidad del licitador de presentar espontáneamente la justificación de su fiabilidad en cualquier momento anterior a la adjudicación, sino también la obligación del órgano de contratación de requerirlo al efecto antes de acordar su exclusión. Transcribe, en este punto, el fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de enero de 2021 (Asunto C-387/19) que señala: *«El artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24/UE (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica según la cual un operador económico está obligado a aportar espontáneamente, en el momento de la presentación de su solicitud de participación o de su oferta, la prueba de las medidas correctoras adoptadas para demostrar su fiabilidad a pesar de la existencia, respecto a él, de un motivo de exclusión facultativo recogido en el artículo 57, apartado 4, de esta Directiva, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2015/2170, cuando dicha obligación no resulte ni de la normativa nacional aplicable ni de la documentación del contrato. En cambio, el artículo 57, apartado 6, de la citada Directiva, en su versión modificada por el Reglamento Delegado 2015/2170, no se opone a tal obligación cuando esta esté prevista de manera clara, precisa e inequívoca en la normativa nacional aplicable y se ponga en conocimiento del operador económico interesado a través de la documentación del contrato»*.

En consecuencia, sostiene que *«la ilegalidad de la exclusión es, pues, manifiesta al, no ya solo no haber atendido a las explicaciones aportadas espontáneamente por mis representadas, sino y, previamente, por no haberle requerido al efecto de justificar su fiabilidad, esto es, sus medidas y garantías de una efectiva política de igualdad en la empresa, lo que hubiera exigido que, con carácter previo a la exclusión, se le debería haber requerido expresando los términos en los que se podría entender justificada esa fiabilidad»*.

Por último, la recurrente sostiene la posibilidad de justificar la fiabilidad en los casos de infracciones de la legislación laboral que puedan conllevar la incursión en prohibición de contratar. En tal sentido, manifiesta que la



prohibición de contratar a que se refiere la exclusión impugnada es la prevista en el artículo 71.1.d) LCSP (en el caso de empresas de más de 250 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; obligación que también se desarrolla en el Estatuto de los Trabajadores y en el RD 901/2020) y que dicha prohibición se corresponde con la causa de exclusión facultativa contemplada en el art. 56.4.a) de la Directiva 2014/24/UE, que establece que los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2.

Alega que la aplicación del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE al presente caso, habida cuenta que estamos ante una causa de exclusión del art. 57.4.a) de la misma, viene corroborado por la STJUE, de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) que trata de un caso de vulneración de la legislación laboral y concluye que el citado apartado 6 del artículo 57 es un reflejo del principio de proporcionalidad *«y debe permitir que todo operador económico que se encuentre, en particular, en el motivo de exclusión del art. 57.4.a), esté habilitado para presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de ese motivo de exclusión. Como se recoge en el apartado 49 de la tan citada STJUE de 30 de enero de 2020: “El artículo 57, apartado 6, párrafo primero, de la Directiva 2014/24 precisa que, si tales pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no podrá quedar excluido del procedimiento de contratación. Así pues, esta disposición introduce un mecanismo de medidas correctoras (selfcleaning) que pone de relieve la importancia conferida a la fiabilidad del operador económico (sentencia de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18 (TJCE 2019, 110), EU:C:2019:507, apartados 40 y 41)”».*

3) Justificación de la fiabilidad de DRAGADOS y COBRA desde la perspectiva del cumplimiento de la normativa de igualdad de género.

La UTE recurrente alega que, aun cuando se considerase que las empresas integrantes de la agrupación estuviesen incursas en prohibición de contratar con arreglo al artículo 71 de la LCSP por no tener inscrito el plan de igualdad, no por ello se les ha de excluir automáticamente sino que se les debe dar la oportunidad de acreditar ante el órgano de contratación su fiabilidad, derivada de su respeto a la legislación laboral y, en particular, de las medidas de que disponen para garantizar la igualdad en el seno de la empresa; fiabilidad que, a juicio de la recurrente, deriva de una serie de elementos que ya hemos expuesto al resumir el anterior motivo del recurso y que ahora la recurrente desarrolla con mayor detalle respecto de cada una de las dos empresas de la unión temporal.

4) Inexistencia de prohibición de contratar aplicable a las empresas que integran la unión temporal.

La UTE recurrente sostiene que la falta de inscripción en el REGCON del plan de igualdad de dos de las empresas integrantes de la agrupación, además de ser un requerimiento reciente en el tiempo, no debe afectar a la presente licitación porque lo que conduce a la causa de prohibición de contratar es que el licitador, en el caso de que tenga más de 250 trabajadores, no disponga de un plan de igualdad. Aduce que la exclusión va mucho más allá y considera que incurre en prohibición de contratar aquel licitador que no tenga el plan de igualdad inscrito. Se exige, pues, un requisito que el tenor literal de la Ley no contempla, avocándose a una interpretación extensiva de una norma limitativa de derechos y que, además, afecta a un principio esencial y básico de la contratación pública, como es el principio de concurrencia.

Además, señala que esa interpretación (i) es contraria al principio de proporcionalidad porque *«no tiene en cuenta las circunstancias de cada caso y tanto en el caso de Dragados como en el de Cobra nos encontramos con*



que se están negociando planes de grupo de indudable complejidad, por lo que no pueden equipararse a otras empresas que, aunque cuenten con 250 trabajadores, tienen una estructura mucho más sencilla desde el punto de vista estructural y territorial que le facilita el cumplimiento de esa obligación que no depende únicamente de la empresa, sino también de la RLT» y (ii) coloca a las empresas españolas en una situación de desventaja para concurrir a licitaciones frente a las de otros Estados miembros de la Unión Europea, afectando a los intercambios intracomunitarios, en la medida en que las exigencias de contar con un plan de la extensión exigida por la ley española, negociado e inscrito no tiene parangón con otros planes de la Unión.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los motivos del recurso y solicita su desestimación alegando lo siguiente:

1) Respecto al motivo basado en la fiabilidad de las empresas de la UTE conforme al artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, alega que esta fue traspuesta por la vigente LCSP, de modo que *«el precepto de la Directiva aparece prácticamente de forma textual en el artículo 72.5 LCSP»*

Manifiesta que la LCSP realiza la transposición estableciendo la posibilidad de acreditar, en el procedimiento de declaración de prohibición para contratar de las empresas, medidas para responder de las posibles infracciones de las que sean responsables o para evitar futuras infracciones. Y concluye que *«la mesa de contratación al excluir a la empresa incurso en prohibición de contratar cumplió con la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en cuanto que cumplió con la Ley interna que la transpone, sin perjuicio de que en un ulterior procedimiento en el que se declare la prohibición de contratar pueda atenderse a las medidas adoptadas por la empresa para cumplir con la normativa vigente en materia de igualdad»*.

2) En cuanto a la obligación de contar con un plan de igualdad inscrito en el registro correspondiente, el órgano de contratación aduce que la mesa de contratación interpretó que el supuesto analizado era análogo al resuelto por este Tribunal en su Resolución 503/2022, en la que se argumentaba que la inscripción de los planes de igualdad es un requisito sustantivo en orden a la aplicación de la normativa en materia de igualdad.

Asimismo, señala que debe traerse a colación la recomendación realizada, en fecha 28 de noviembre de 2022, por la Comisión Consultiva de Contratación Pública sobre modelos de pliegos de cláusulas administrativas que introducen modificaciones en esta materia, bastando para acreditar que no se está incurso en la referida prohibición de contratar la declaración responsable de la representación de la empresa licitadora de que esta cuenta con un plan de igualdad, sin hacer alusión a la necesidad de que éste se encuentre inscrito, aplicando en sentido estricto el artículo 71.1 d) de la LCSP.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas en el anterior fundamento de derecho las alegaciones de las partes, procede ahora su examen.

En primer lugar, examinaremos el último motivo del recurso donde la UTE recurrente niega que concurra prohibición de contratar en las empresas integrantes de la agrupación y ello porque, de estimarse el motivo, decaería el examen del resto.

Sostiene la UTE que el acto impugnado va más allá del tenor literal del artículo 71.1 d) de la LCSP exigiendo la inscripción del plan de igualdad y considera que esta interpretación extensiva de una circunstancia prohibitiva



resulta limitativa de derechos y afecta al principio de concurrencia, siendo contraria también al principio de proporcionalidad al no tener en cuenta las circunstancias concretas de DRAGADOS y COBRA.

Pues bien, tal motivo no puede estimarse con base en las razones esgrimidas por la recurrente. Como punto de partida, para resolver la cuestión suscitada hemos de atender al siguiente marco normativo:

- Artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) [apartados 1 y 2]: *«1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.*

2. En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral».

-Artículo 46 de la LOI [apartados 4, 5 y 6]: *«Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.*

5. Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro.

6. Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso».

- Artículo 2.2 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 (dictado en cumplimiento del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 46.6 de la LOI): *«En el caso de empresas de cincuenta o más personas trabajadoras, las medidas de igualdad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido previsto en este real decreto».*

- Artículo 11 del Real Decreto 901/2020: *“1. Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes.*

2. A estos efectos se considera Registro de Planes de igualdad de las empresas el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo regulado en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, sin perjuicio de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, creados y regulados por las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias.

3. La citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad.

4. En la solicitud de inscripción de los planes de igualdad, estos tendrán que ir acompañados de la hoja estadística recogida en el correspondiente modelo establecido en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo”.

- Disposición transitoria única del Real Decreto Real 901/2020: *“Los planes de igualdad vigentes al momento de la entrada en vigor del presente real decreto, deberán adaptarse en el plazo previsto para su revisión y, en todo caso,*



en un plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de este real decreto, previo proceso negociador”.

- Disposición final tercera del Real Decreto 901/2020: “Este real decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”. Su publicación tuvo lugar el 14 de octubre de 2020.

- Artículo 6.1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo: «A fin de iniciar el trámite previsto en el artículo 90.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como para proceder a la inscripción del resto de los acuerdos y actos inscribibles previstos en el artículo 2 de este real decreto [los planes de igualdad entre ellos], dentro del plazo de quince días a partir de la firma del convenio, plan de igualdad o acuerdo colectivo, de la fecha de comunicación de iniciativa de negociaciones o denuncia, la comisión negociadora o quien formule la solicitud, debidamente acreditada, deberá presentar través de medios electrónicos ante el Registro de la autoridad laboral competente la solicitud de inscripción correspondiente».

- Artículo 8 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo: «1. La solicitud de inscripción se dirigirá al registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de la autoridad laboral que tenga atribuidas competencias en materia de convenios colectivos de trabajo mediante la conexión electrónica que cada administración establezca en las disposiciones de desarrollo del presente real decreto.

La solicitud de inscripción de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo cuya competencia corresponda al Ministerio de Trabajo e Inmigración se dirigirá al registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo mediante la conexión electrónica que a tal efecto se establezca, utilizando las plantillas automáticas previstas específicamente para ello.

2. Si, presentada la solicitud, se comprobara que la misma no reúne los requisitos exigidos por la normativa vigente, se requerirá por medios electrónicos al solicitante para que, en un plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Comprobado que el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, la autoridad laboral competente, procederá a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente.» (el subrayado es nuestro)

Por otro lado, en el marco de la contratación con el sector público, el artículo 71.1 d) de la LCSP (en su redacción anterior a la reciente modificación operada en su contenido, que es la aplicable en la presente licitación) dispone que «No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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 más de 250 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».



Y el artículo 140.4 del citado texto legal establece 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».

Asimismo, sobre la ausencia de inscripción del plan de igualdad, la Resolución 503/2022 de este Tribunal ya señaló que «(...) no puede darse la razón a la recurrente cuando afirma que el legislador contractual ha cuidado de no extender el requisito del registro al supuesto de prohibición de contratar previsto en el artículo 71 del texto legal, de modo que solo concurriría la circunstancia de prohibición cuando se carece de plan de igualdad, pero no cuando el mismo no se halla inscrito. Esta alegación de la UTE no puede prosperar porque la prohibición concurre en aquellas empresas cuyos planes de igualdad no se acomoden a lo dispuesto en la LOI y disposiciones de desarrollo que prevén ya la inscripción obligatoria de aquellos (artículo 11 del Real Decreto 901/2020). Pero es que, además, el control o comprobación de su acomodo o no a la legalidad ha de verificarlo la autoridad laboral, dictando en caso afirmativo la resolución por la que se ordena el registro y depósito del plan (artículo 8.3 del Real Decreto 713/2020). Así las cosas, sin inscripción en el registro no puede afirmarse que el plan de igualdad sea conforme a la LOI que es lo que predica el artículo 71.1 d) de la LCSP. La inscripción no es, pues, un requisito meramente formal, sino sustantivo que exige la previa comprobación de adecuación a la ley.

Llegados a este punto, hemos de considerar que la UTE recurrente ha incurrido en el supuesto legal de prohibición de contratar del artículo 71.1 d) del texto legal contractual, pues el citado supuesto ha de apreciarse, conforme al artículo 140.4 del texto legal, en el momento de finalización del plazo de presentación de proposiciones, siendo así que en esa fecha las empresas agrupadas carecían de plan de igualdad inscrito en el registro correspondiente».

En el supuesto analizado, consta que DRAGADOS y COBRA – dos de las empresas concurrentes a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE- no disponían de plan de igualdad inscrito al tiempo de finalizar el plazo de presentación de proposiciones por lo que, de conformidad con la normas y doctrina de este Tribunal expuestas, están incursas en la circunstancia de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP. No se trata de una interpretación extensiva de una causa de prohibición, toda vez que la adecuación a la legalidad del plan pasa porque este cumpla todos los requisitos legales y, entre ellos, el relativo a su inscripción en el REGCON.

En segundo lugar, procede analizar el extenso motivo esgrimido por la recurrente sobre la improcedencia de la exclusión automática de la licitación por no tener inscrito el plan de igualdad, sin antes ofrecerle la oportunidad de acreditar su fiabilidad. En este particular, sostiene la recurrente que el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE - relativo a las pruebas de las medidas adoptadas por los operadores económicos para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión- tiene eficacia directa pues, en su transposición, el artículo 72.5 de la LCSP limita la posibilidad de acreditar la fiabilidad a las prohibiciones de contratar que necesitan de un procedimiento previo para su declaración y no a aquellas que son directamente apreciables por los órganos de contratación, como la aquí analizada.

Incide, además, en que el citado artículo de la Directiva, conforme a la STJUE de 14 de enero de 2021 (Asunto C-387/19), conlleva no solo la posibilidad del licitador de presentar espontáneamente la justificación de su fiabilidad en cualquier momento anterior a la adjudicación, sino también la obligación del órgano de contratación de requerirlo al efecto antes de acordar su exclusión. Y por último, defiende la aplicación del artículo 57.6 citado a la presente controversia sobre la base de que este precepto rige para el supuesto de exclusión facultativa del artículo 57.4 a) de la Directiva, supuesto que se corresponde con el del artículo 71.1 d) de la LCSP.

Para dar respuesta a las cuestiones suscitadas en este motivo, hemos de partir del examen del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE cuyo tenor es el siguiente:



«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.»

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

El artículo 57 regula en sus **apartados 1 y 2** las causas de exclusión obligatorias (condena por sentencia firme e incumplimiento de obligaciones en lo referente al pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social) y en su **apartado 4** otras causas que no son obligatorias y, entre ellas, la letra a) señala «*cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18 apartado 2*». El citado artículo 18.2 señala que «*Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X*». (El subrayado es nuestro).

Resulta, pues, que esta causa de exclusión no obligatoria del artículo 57.4 a) de la Directiva, en lo que se refiere al incumplimiento por los operadores económicos de sus obligaciones en materia social o laboral, tiene correspondencia con la prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP que, en la redacción aplicable al supuesto planteado, contempla como circunstancia de prohibición de contratar «*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 más de 250 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*». Es decir, el legislador español ha incluido en el artículo 71.1 d) de la LCSP una circunstancia de prohibición de contratar consistente en el incumplimiento de una obligación en materia social o laboral establecida en nuestro Derecho Nacional; lo cual supone, en el contexto de la Directiva, la previsión de una causa de exclusión no obligatoria de las estipuladas en su artículo 57.4 a).

Pues bien, como ya hemos mencionado, el artículo 57 de la Directiva, en su apartado 6 párrafo primero, aplica la posibilidad de que un operador económico pueda presentar pruebas de la suficiencia de las medidas correctoras



o “self-cleaning” -que haya adoptado para demostrar su fiabilidad y evitar la exclusión- a las situaciones contempladas en sus apartados 1 y 4. Siendo ello así, el incumplimiento de obligaciones laborales previsto en el artículo 57.4 a) sería uno de los casos en que cabe la adopción de medidas correctoras.

No obstante, la prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP -en cuanto al incumplimiento de la obligación de disponer de un plan de igualdad (obligación de índole laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)- no está contemplada expresamente en nuestra legislación contractual como una de las circunstancias de prohibición de contratar respecto de las que cabe evitar el efecto excluyente de la licitación adoptando las citadas medidas correctoras, puesto que el artículo 72.5 de la LCSP circunscribe esta posibilidad a las prohibiciones de contratar que exigen una declaración previa, lo que no acontece en el supuesto analizado donde la prohibición de contratar es de apreciación directa por los órganos de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 72.1 de la LCSP.

Dice así el artículo 72.5 «No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a)». (el subrayado es nuestro).

En este contexto, procede analizar si, como fundamenta la UTE recurrente con cita de varias sentencias del TJUE, surtiría eficacia directa el artículo 57.6 de la Directiva que extiende la aplicación de medidas correctoras en evitación del efecto excluyente de la licitación a supuestos de incumplimiento de obligaciones laborales, como es la aquí examinada.

Al respecto, la Sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2021, dictada en el asunto C-387/19 señala lo siguiente en sus considerandos 47, 48, 49 y 50:

«47 El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que, aun cuando una directiva deje a los Estados miembros un cierto margen de apreciación a la hora de adoptar las normas de aplicación, puede considerarse que una disposición de dicha directiva tiene carácter preciso e incondicional cuando pone a cargo de los Estados miembros, en términos inequívocos, una obligación de resultado precisa y que no está sometida a condición alguna en cuanto a la aplicación de la regla que recoge (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartados 104 y 105, y de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, apartados 57 y 58).

48 En el presente asunto, procede considerar que, al establecer que todo operador económico puede aportar pruebas para acreditar que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte, el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 confiere a los operadores económicos un derecho que, por un lado, está formulado en términos inequívocos y, por otro, impone a los Estados miembros una obligación de resultado que, aun cuando sus condiciones materiales y procesales de aplicación deban ser precisadas por los Estados miembros en virtud del artículo 57, apartado 7, de la citada Directiva, no depende de una transposición en el Derecho interno para poder ser invocada por el operador económico de que se trate y poder ser aplicada en beneficio de este.



49 En efecto, con independencia de las modalidades concretas de aplicación del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, esta disposición establece de manera suficientemente precisa e incondicional, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 46 de la presente sentencia, que el operador económico de que se trate no puede ser excluido del procedimiento de contratación si logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión que le afecte. Por consiguiente, el artículo 57, apartado 6, de esta Directiva establece una protección mínima a favor del operador económico, independientemente del margen de apreciación que se deja a los Estados miembros para determinar los requisitos de procedimiento de dicha disposición (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 17, y de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 105). Ello es tanto más cierto cuanto que, como señaló en esencia el Abogado General en el punto 102 de sus conclusiones, el artículo 57, apartado 6, de dicha Directiva establece los elementos fundamentales del régimen de medidas correctoras y del derecho conferido al operador económico indicando los elementos mínimos que deben probarse y los criterios de evaluación que deben respetarse.

50 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial planteada que el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo».

Así pues, aunque el artículo 72.5 de la LCSP parece de ámbito más restringido que el artículo 57.6 de la Directiva en cuanto a los supuestos en que cabe la presentación de medidas correctoras tendentes a evitar la exclusión del licitador incurso en prohibición de contratar, no hay duda del efecto directo de este último precepto conforme a lo declarado por el TJUE. Tal razonamiento nos lleva a concluir que, en supuestos como el analizado donde un licitador haya incurrido en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP, cabe evitar el efecto excluyente de la licitación si dicho licitador logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad.

En igual sentido al expuesto, respecto de otra causa de prohibición de contratar de apreciación automática por los órganos de contratación, se ha pronunciado la Resolución 1374/2021, de 14 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, además, señala que «(...) incluso aunque no se hubiera contemplado en la LCSP o se considerara que dicha previsión es más limitada que la del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, el TJUE ha afirmado la eficacia directa de dicha previsión en su Sentencia de 14 de enero de 2021 (Asunto C-387/19).

(...)

En este caso, el momento procesal para otorgar dicho trámite de audiencia debe ser el de subsanación de la documentación del artículo 150.2 de la LCSP, pues es el momento en el que el órgano de contratación debió apreciar la concurrencia de la prohibición de contratar, por lo que con carácter previo a acordar su exclusión debió dar audiencia al licitador para que pudiera justificar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente».

Así las cosas, si bien es criterio de este Tribunal -y, en este punto, debe darse la razón al órgano de contratación- que la UTE recurrente (en concreto, dos de las empresas que licitaron con el compromiso de constituirse de dicho modo) está incurso en la circunstancia de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP por no disponer de un plan de igualdad en los términos previstos por la normativa de aplicación que exige, además, su debida inscripción en el REGCON; dado el efecto directo del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE -ante el carácter más restrictivo del artículo 72.5 de la LCSP en cuanto a la aplicación de medidas correctoras tendentes a demostrar la fiabilidad empresarial-, la mesa de contratación, antes de acordar la exclusión de la UTE, debió pronunciarse sobre las medidas propuestas por COBRA y DRAGADOS para demostrar su fiabilidad en respuesta al requerimiento de aclaración acordado por la mesa de contratación.



Ciertamente el artículo 72.5 de la LCSP no contempla esta posibilidad y con apoyo en dicho precepto este Tribunal, en su Resolución 581/2022, desestimó la posibilidad de aplicar medidas autocorrectoras para excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar igual a la aquí analizada. No obstante, el efecto directo declarado por el TJUE respecto del tan reiterado precepto de la Directiva 2014/24 -que no había sido alegado en aquel recurso ni fue objeto de la controversia allí suscitada- exige en el presente caso modular nuestro anterior criterio en el sentido que hemos expuesto en la presente resolución.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso, con los efectos que más adelante se señalarán para el presente supuesto.

En tercer lugar, la recurrente articula un motivo de recurso -expuesto en su escrito con antelación al que acabamos de resolver y estimar- atinente a la incongruencia omisiva y ausencia de motivación adecuada de la exclusión impugnada por no haberse pronunciado sobre las dos alegaciones fundamentales realizadas por las empresas de la unión temporal en contestación al requerimiento de aclaración formulado por la mesa respecto al plan de igualdad. Aduce la UTE recurrente que no cabe estimar que la omisión de respuesta a dichas alegaciones constituya una desestimación tácita de las mismas, dado que la trascendencia de estas hubiese requerido un pronunciamiento expreso, habiéndose originado indefensión a la misma.

Alega que *«En efecto, la Mesa no entra a valorar ni da, consecuentemente, respuesta alguna a las alegaciones de esta parte acerca de la aplicación directa del art. 57.6 Directiva 2014/24/UE, así como de la suficiencia de las justificaciones ofrecidas, tanto por DRAGADOS, como por COBRA, acerca de su fiabilidad en atención a contar con un plan de igualdad vigente y a la diligencia desplegada en la negociación de un nuevo plan de igualdad con los representantes de los trabajadores y la efectiva aplicación en las empresas de medidas de promoción de la igualdad conforme a los planes de igualdad vigentes en dichas empresas, medidas que cumplen sobradamente con las exigencias derivadas de la Ley Orgánica 3/2007».*

Pues bien, la mesa acuerda la exclusión de la UTE por no haber subsanado correctamente los extremos a que se refería el requerimiento efectuado, al no presentar ni la inscripción ni la solicitud de inscripción del plan de igualdad con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas. Asimismo, la mesa de contratación se apoya, en cuanto a la necesidad de inscripción del plan, en la Resolución 503/2022 de este Tribunal, a la que nos hemos referido anteriormente.

Ciertamente, el acuerdo impugnado no considera válidas las alegaciones presentadas por la UTE sin razonar este extremo. Ahora bien, con carácter general, el hecho de que no se dé respuesta expresa a una determinada alegación de las partes, cuando el acto impugnado razona el sentido de su decisión, no supone sin más que haya incurrido en incongruencia omisiva determinante de indefensión material.

Como ya señalara la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2000, de 27 de marzo -con referencia a las resoluciones judiciales pero de igual aplicación al ámbito administrativo- *«El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta a lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal».*

En el supuesto analizado, la falta de respuesta expresa por la mesa de contratación a dos de las alegaciones de las empresas de la unión temporal no supone una desviación ni modificación sustancial de los términos de la controversia. La mesa funda la exclusión en que no hay subsanación en los términos del requerimiento



formulado al efecto, apoyándose en una resolución de este Tribunal. Resulta, pues, claro que no acoge las alegaciones de la recurrente porque las mismas no tienen cabida en el razonamiento principal de dicha decisión, sin que tal proceder haya originado indefensión material para la interposición de un recurso fundado, ni pueda por aquella exclusiva razón anularse el acto impugnado.

Cuestión distinta es que la estimación del anterior motivo y la improcedencia de una exclusión automática, habida cuenta del efecto directo del artículo 57.6 de la Directiva, obligue en este caso concreto a la mesa a pronunciarse sobre las alegaciones vertidas por la recurrente tendentes a demostrar su fiabilidad.

En cuarto lugar, la UTE recurrente defiende que DRAGADOS y COBRA justificaron su fiabilidad desde la perspectiva del cumplimiento de la normativa de igualdad de género, exponiendo ampliamente en el escrito de recurso las medidas aplicadas para favorecer la igualdad efectiva. No obstante, en este punto, hemos de señalar que este Tribunal tiene una función revisora de las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores sin que pueda sustituir a los mismos en las competencias que les atribuye la legislación contractual. Es por ello que la decisión sobre la justificación o no de la fiabilidad empresarial corresponde apreciarla a la mesa de contratación.

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.

A la vista de las consideraciones realizadas a lo largo de este fundamento de derecho y, siguiendo el orden en que se han formulado las pretensiones en el recurso, hemos de desestimar la pretensión principal consistente en que se admita la oferta presentada por las empresas comprometidas a constituirse en unión temporal, habida cuenta que estas se encuentran incursas en prohibición de contratar conforme al artículo 71.1 d) de la LCSP.

También procede desestimar la pretensión subsidiaria primera del recurso de que se admita la oferta por haberse acreditado la fiabilidad de las empresas incursas en prohibición. Ello no es posible conforme a lo anteriormente expuesto sobre la función exclusivamente revisora de este Tribunal.

Por último, sí debe estimarse la pretensión subsidiaria segunda consistente en que este Tribunal acuerde el examen sobre la fiabilidad empresarial de las empresas de la UTE por parte de la mesa de contratación. Así pues, procede anular el acuerdo de exclusión impugnado y retrotraer el procedimiento al momento previo a su adopción para que la mesa analice la documentación presentada por DRAGADOS y por COBRA en contestación al requerimiento de 31 de octubre de 2022 y, a la vista de dicha documentación, valore la fiabilidad de las citadas empresas para ejecutar el contrato.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **DRAGADOS S.A., MANUEL ALBA S.A. y COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS S.A.** -que intervienen en la licitación con el compromiso de constituirse en unión temporal de empresas- contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de obras denominado «Conducción de Abastecimiento de Agua desde el Embalse de Guadalcaçín hasta el Partidor de la Peruela. T.M. de San José del Valle (Cádiz). Fase I . Presa de Guadalcaçín - Chimenea de Equilibrio» promovido por la actual Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural (Expte.CONTR 2021 994731); y en consecuencia, anular dicho acto, con retroacción de las actuaciones para que se proceda en los términos previstos en el último fundamento de derecho de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante la Resolución de 2 de diciembre de de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

