

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 7 de marzo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U. (en adelante, COMSA) contra el acuerdo de la mesa de contratación de 6 de febrero de 2024 por la que se acuerda su exclusión del Lote 1 del procedimiento de licitación del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 5 de septiembre de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 5.395.895,89 euros y dispone de un plazo de ejecución de 2 años.

Segundo. – A la presente licitación se recibieron cinco ofertas, entre ellas la de la recurrente.

Realizada la apertura y evaluación de las ofertas recibidas, la mesa de contratación con fecha 16 de enero de 2024 realizó propuesta de adjudicación del Lote 1 del contrato a favor de COMSA.

Junto con el requerimiento de documentación de propuesto adjudicatario de fecha 18 de enero de 2024 se requirió, para que acreditara el cumplimiento de 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.

La mesa de contratación en su reunión de 6 de febrero de 2024, tras la revisión de la documentación presentada por la recurrente, determinó que, si bien la empresa disponía de un plan de igualdad a fecha de fin de presentación de ofertas, (5 de enero del 2024), no había acreditado ni la inscripción del mismo en el REGCON, ni había solicitado su inscripción en dicho registro. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP la Mesa realizó propuesta de adjudicación del Lote 1 a favor del licitador siguiente.

La mesa de contratación de 6 de febrero de 2024 acuerda su exclusión del procedimiento de licitación para el Lote 1.

El 14 de febrero de 2024, la recurrente presentó escrito de alegaciones y adjuntaba el justificante de fecha 13 de febrero de 2024 de presentación de un plan de igualdad de la empresa en el REGCON.

El 19 de febrero de 2024 se comunicó a la empresa que el escrito denominado por ellos de “alegaciones a la mesa” era extemporáneo

El 27 de febrero de 2024 COMSA presentó recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo.

Tercero. - El 3 de marzo de 2024 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de

8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión se notificó el 8 de febrero de 2024, e interpuesto el recurso el 27 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - El recurso se fundamenta en la indebida exclusión de la licitación en base a los siguientes argumentos:

Los Pliegos de la Licitación no exigen la acreditación de la inscripción del Plan de Igualdad en el REGCON.

En la fecha fin de presentación de ofertas, COMSA disponía de un Plan de Igualdad plenamente válido y eficaz, negociado y suscrito con la representación legal de los trabajadores y adaptado a la normativa vigente como lo reconoce la propia mesa de contratación.

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. Señala que esta tesis es aceptada uniformemente por los Tribunales de Contratación Pública.

Subsidiariamente, el órgano de contratación debería haber adjudicado en cualquier caso el contrato a COMSA y en el trámite del artículo 150.2 LCSP, haber otorgado al licitador la posibilidad de remediar el defecto advertido, dotándole de un trámite de subsanación en el que el licitador pudiera acreditar haber adoptado medidas de “self cleaning”. De hecho, en nuestro caso, ya puede acreditar haber inscrito su Plan de Igualdad en el REGCON, por lo que (aun aceptando “quad non” que la inscripción era exigible) la adjudicación hubiera recaído en todo caso a su favor.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la mesa de contratación, en su reunión de 6 de febrero de 2024, determinó que COMSA disponía de un plan de igualdad, pero no había acreditado la inscripción del mismo, ni había presentado solicitud de inscripción en el REGCON. Por ello, conforme con criterio fijado del TCAP

en su Acuerdo de 4 de mayo de 2023, se consideró que no había acreditado que contaba con un plan de igualdad.

Como alega la recurrente en su escrito de recurso y en la documentación que adjunta, el 13 de febrero de 2024 se presentó para su registro en el REGCON, un nuevo plan de igualdad de la empresa, si bien esta presentación es posterior a la fecha de presentación de la documentación de propuesto adjudicatario, es decir el día 2 de febrero de 2024.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la recurrente esta incurso en prohibición para contratar en los términos del artículo 71.1.d) al no disponer de un plan de igualdad conforme a la normativa vigente.

La LCSP establece en su artículo 71.1.d) dentro de las prohibiciones para contratar:

...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 hombre...

Respecto a la alegación realizada por la recurrente en cuanto a que los pliegos no exigían la acreditación de la inscripción del Plan de Igualdad en el REGCON, hay que señalar que el PCAP incorpora el Anexo III “Declaración responsable múltiple”,

en uno de cuyos apartados se hace referencia a la declaración de contar con un plan de igualdad conforme a la normativa vigente.

En nuestra Resolución 118/2023, de 16 de marzo decíamos: *“Por consiguiente, la obligación del licitador es contar con un plan de igualdad en los términos legalmente exigido, de modo que esta obligación no se agota por la presentación de una declaración responsable, ya que esta no es sino una forma de acreditar la veracidad del cumplimiento de dicha obligación, que obviamente puede ser contrastada por el órgano de contratación a través de los mecanismo que le otorga la LCSP, en concreto los artículos 140.3 y 201 y desde luego por este Tribunal en sede de recurso especial”.*

Por tanto, aunque los pliegos no contengan tal exigencia, el órgano de contratación puede exigir a los licitadores la acreditación de las exigencias legales, en este caso en materia de planes de igualdad.

Respecto a la alegación referida a que en la fecha fin de presentación de ofertas, COMSA disponía de un Plan de Igualdad plenamente válido y eficaz, negociado y suscrito con la representación legal de los trabajadores y adaptado a la normativa vigente, la recurrente señala que consta en el expediente de contratación, el Plan de Igualdad de COMSA, suscrito por la empresa con la representación legal de los trabajadores el pasado 14 de febrero de 2012, así como las prórrogas del citado Plan, suscritas por las mismas partes el pasado 21 de diciembre de 2012, el 20 de diciembre de 2016, y el 30 de octubre de 2020. Reseñar que, en esta última prórroga, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.2.b) del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los Planes de Igualdad, se procedió además a reformar el Plan de Igualdad para adaptarlo a las exigencias de dicho Real Decreto.

La razón de que el Plan de Igualdad no constara inscrito en el REGCON en la fecha fin de presentación de ofertas estriba en que, la empresa elaboró su Plan de Igualdad en el año 2012 adaptado a la normativa vigente por aquel entonces (artículos 45 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2007), la cual, como es bien sabido, no exigía la publicidad de dicho Plan.

Expirada la vigencia máxima del Plan de Igualdad del año 2012, la empresa ha efectuado diversas prórrogas del plan de igualdad, en los años 2012 a 2016; 2016 a 2020, 2020 a 2023, diciembre 2023 a 29 de febrero 2024. El REGCON no admitía la inscripción de las prórrogas, razón por la cual COMSA pospuso la inscripción del mismo hasta elaborar un Plan Nuevo.

Frente a estas alegaciones hay que destacar que la Disposición transitoria única del Real Decreto Real 901/2020 dispone que los planes de igualdad vigentes al momento de su entrada en vigor (14 de enero de 2021), 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 esta norma, previo proceso negociador.

De la regulación expuesta se colige que, a partir del 14 de enero de 2022, los planes de igualdad vigentes al momento de entrada en vigor del Real Decreto deben hallarse adaptados a la normativa vigente, siendo su inscripción obligatoria en el REGCON.

El recurrente hace referencia en sus alegaciones a sucesivas prórrogas, entre ellas 2020 a 2023, diciembre 2023 a 29 de febrero 2024, señalando que en la prórroga del 30 de octubre de 2020 se procedió además a reformar el Plan de Igualdad para adaptarlo a las exigencias de dicho Real Decreto. Sin entrar a comprobar tal extremo ni poner en duda la extraordinaria diligencia de la recurrente, resulta sorprendente que en octubre de 2020 se produzca la adaptación del plan a una norma que se publicó en el BOE el 13 de octubre de 2020, que entraría en vigor el 14 de enero de 2021.

En cualquier caso, prorrogar un plan significa incrementar su plazo de vigencia con el mismo contenido, de modo que adaptar el plan a las nuevas exigencias legales convocando para ello a la comisión negociadora supone dar a luz un nuevo plan que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto debe ser objeto de inscripción. Dicho artículo establece de modo inequívoco: “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”.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal el citado plan con sus prórrogas no cumple las exigencias legales.

Respecto a la alegación referente a que la obligación sobre 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, procede traer a colación la reciente Resolución de este Tribunal 79/24, de 29 de febrero, en la que decíamos: “...Con relación al Plan de Igualdad III, aprobado y presentado en el REGCON el 13 de septiembre de 2023 y en trámite de inscripción, la recurrente considera que la inscripción en el REGCON solo tiene efectos de publicidad no siendo tal inscripción constitutiva de conformidad con cuanto establece el artículo 11.3 de Real decreto 901/2020. En apoyo de su tesis, aporta doctrina del TACRC y el informe 6/2023, de 15 de diciembre, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Ciertamente la exigencia de la inscripción en el REGCON del plan de igualdad a efectos de su acreditación no es una cuestión pacífica entre los tribunales de resolución de recursos contractuales, pudiendo encontrarse criterios diferentes, a falta de criterios jurisprudenciales que unifiquen la doctrina sobre la materia.

El criterio de este Tribunal ha sido expuesto en numerosas resoluciones, entre otras, 260/23, 421/23, 001/24, 30/24 y 31/24. Incluso quedó plasmada en un acuerdo interpretativo del Tribunal de 4 de mayo de 2023, que sostiene la obligación de la inscripción en el REGCON.

A este respecto, el artículo 11.1 del Real Decreto 901/2022 establece: “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”.

El legislador, cuando introduce en el ámbito de la contratación pública que determinados incumplimientos son causa de prohibición para contratar, trata de incentivar a las empresas licitadoras al cumplimiento de las mismas (cumplimiento obligaciones tributarias y de seguridad social, planes de igualdad etc.), de manera de los órganos de contratación deben ser diligentes en exigir su acreditación por los medios establecidos.

El Real Decreto 901/2020, establece una regulación exhaustiva y completa de las exigencias que deben concurrir en los planes de igualdad, siendo imprescindible para su comprobación y análisis unos conocimientos especializados de los que este Tribunal carece. Por ello, consideramos necesario que los planes aprobados deban ser sometidos al análisis jurídico de funcionarios especializados en la materia, que determinen si son ajustados a derecho. Considerar suficiente la presentación de un plan de igualdad, sin que haya sido sometido a los órganos competentes en la materia para su análisis, puede dar lugar, como de hecho ha sucedido, a que se aprueben o se confeccionen planes de igualdad “ad hoc” para sortear la prohibición para contratar, sin que reúnan las exigencias legales, dado que ni los órganos de contratación ni los tribunales de resolución de recursos en materia de contratación tienen la competencia técnica para acreditar tal extremo.

Respecto al criterio mantenido por este Tribunal considerando suficiente la presentación del plan de igualdad en el REGCON para su tramitación, que se recogía en el citado acuerdo interpretativo, hay que señalar que ese criterio tenía un carácter coyuntural, sin vocación de permanencia, para dar solución a posibles retrasos en la tramitación de los planes de igualdad por el REGCON. Al no mantenerse las circunstancias que lo aconsejaron, este Tribunal en su Acuerdo de 15 de febrero de 2024, sobre el criterio interpretativo que nos atañe decíamos. “Tercero.- A fecha del presente acuerdo, las entidades obligadas por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo, tienen que estar en disposición de cumplir con lo dispuesto con la Ley, por lo que este Tribunal considera que ya corresponde exigir

para acreditar la situación de cumplimiento la aportación del certificado de inscripción en el REGCOM o en su defecto, la acreditación del transcurso del plazo de silencio administrativo de tres meses por cualquier medio válido en derecho”.

Como hemos señalado anteriormente, el Real Decreto 901/2020 entró en vigor el 14 de enero de 2021, considerando que en Plan de Igualdad III se presentó en el REGCON el 13 de septiembre de 2023, han transcurrido más de dos años y medio, tiempo más que suficiente para que de un modo diligente se hubieran cumplido las exigencias legales...”

Respecto a otorgar al licitador la posibilidad de remediar el defecto advertido, dotándole de un trámite de subsanación en el que el licitador pudiera acreditar haber adoptado medidas de “*self cleaning*”, este Tribunal se ha manifestado al respecto en diversas resoluciones. Sirva por todas la Resolución 173/2023, de 27 de abril:

...El artículo 72.5 de la LCSP dispone que: “Cuando conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. 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 artículo 57.2 de la Directiva 2014/24/UE establece: “Asimismo, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o por requerimiento de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social.

El presente apartado dejará de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas”.

El artículo 57.6 de la misma Directiva señala “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”.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia reciente, con las que este Tribunal manifiesta su conformidad, invocando la aplicabilidad directa de lo dispuesto en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, incluso un licitador incurso en una prohibición de contratar podrá presentar todas aquellas pruebas que estime oportunas a fin de acreditar la suficiencia de las medidas correctoras o “self-cleaning” que hayan adoptado para demostrar su fiabilidad y evitar la exclusión.

La Sentencia del TJUE de 14 de enero de 2021, en el Asunto C-387/19, afirma la aplicación directa del artículo 57 de la Directiva 2014/23 a nuestro ordenamiento jurídico. Es este pronunciamiento del que se han servido ha sido la base de la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales para descartar la exclusión automática de licitadores, reconociendo, en este orden, la posibilidad de que los mismos, incluso en aquellos casos en los que se encuentren en prohibición para contratar, restauren la fiabilidad de su empresa y de su oferta aportando aquellos documentos que acrediten, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras que hubiera adoptado el licitador restablecen su fiabilidad.

El artículo 57 citado no solo conlleva 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.

En este sentido, la Resolución 1374/2021, de 14 de octubre, del TACRC 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”.

Del mismo modo, en la resolución 500/22, de 6 de mayo el TACRC dice: “Por tanto, el órgano de contratación que aprecie la existencia de la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.d) de la LCSP, deberá conceder audiencia al interesado para permitir que éste, en su caso, justifique que la deuda ha sido pagada, aplazada, fraccionada o suspendida como consecuencia de su impugnación.

En el trámite del artículo 150.2 de la LCSP los interesados pueden presentar certificados positivos de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; certificados que normalmente tendrán una validez de 6 meses. Pero también pueden autorizar al órgano de contratación para que sea éste quien consulte la situación del propuesto como adjudicatario. En este caso, de resultar negativa la consulta, se debe dar la posibilidad al licitador de acreditar estar al corriente, incluyendo la facultad de regularizar su situación tributaria y con la Seguridad Social, tal y como hemos visto establece la Directiva 2014/24/UE...

Más recientemente, en términos similares sea pronunciado el TARCJA en su Resolución 26/2023, de 27 de enero:

...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”.

Ciertamente, este Tribunal ha mantenido en algunas de sus resoluciones una doctrina contraria a la posibilidad de aplicar medidas autocorrectora, en base a una interpretación literal del artículo 72.5 de la LCSP, que circunscribe esta posibilidad a las prohibiciones de contratar que exigen una declaración previa, no obstante, en vista de la jurisprudencia del TJUE y la doctrina expuestas, debemos matizar dicho criterio considerando pertinentes dichas medidas autocorrectivas”.

(...) El Acuerdo del Pleno del TACRC de fecha 5 de abril de 2022, referente a la aplicación de las prohibiciones para contratar señala “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. Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial”.

(...) El artículo 57.3 de la Directiva citada anteriormente señala que “Los Estados miembros podrán también establecer una excepción a la exclusión obligatoria prevista en el apartado 2 cuando tal exclusión resulte claramente desproporcionada, en particular cuando las cantidades adeudadas en concepto

de impuestos o cotizaciones a la seguridad social sean reducidas o cuando el operador económico haya sido informado del importe exacto adeudado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social en un momento tal que no le dejara posibilidad de tomar medidas como las previstas en el apartado 2, párrafo tercero, antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta”.

Con esta excepción, el legislador europeo pone de relieve la necesidad de llevar a cabo una interpretación estricta y proporcionada de las causas de exclusión, debiendo valorar la conveniencia o no de su aplicación en función de factores tan relevantes como la cuantía de la deuda o la imposibilidad de la empresa de subsanar su error a tiempo...

En base a la doctrina expuesta, 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.

Por consiguiente, se estima parcialmente el recurso presentado, procediendo a la anulación de la adjudicación, retrotrayendo las actuaciones al momento de la acreditación de contar la empresa COMSA con un plan de igualdad en los términos recogidos anteriormente, concediéndole el plazo de tres días hábiles a tal efecto y continuando el procedimiento en los términos que legalmente proceda.

Sexto. - Al haberse dictado resolución no procede pronunciamiento sobre las medidas cautelares solicitadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público,

el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación de la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U. contra el acuerdo de la mesa de contratación de 6 de febrero de 2024 por la que se acuerda su exclusión del lote 1 del procedimiento de licitación del contrato e “Servicio de mantenimiento integral de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local”.

Segundo. - 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.