

Recurso 575/2023
Resolución 631/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 15 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U.** contra el acuerdo de exclusión, de 31 de octubre de 2023, adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: cadera y rodilla, con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, respecto a los **lotes 6 y 7**, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CCA: 6.CQ+QXQB (0001323/2022)), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de marzo de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 10.652.379,43 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, la mesa de contratación acordó, en sesión celebrada el 31 de octubre de 2023, la exclusión de la entidad empresarial ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U. El acta de la mesa se publicó en el perfil de contratante el 9 de noviembre de 2023.

SEGUNDO. El 29 de noviembre de 2023, ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U. (ZIMMER, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión antes citado.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 30 de noviembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada con posterioridad en esta sede.

Mediante Resolución, de 7 de diciembre de 2023, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha presentado en plazo la entidad EXACTECH IBÉRICA S.L.U. (EXACTECH, en adelante).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

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

En este extremo, no puede acogerse la petición de inadmisión del recurso esgrimida por el órgano de contratación en su informe. La recurrente impugna el acuerdo de la mesa por el que se la excluye de la licitación y tal acto es susceptible de recurso especial conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 b) de la LCSP, siendo indiferente que dicha exclusión derive de una propuesta de adjudicación que, como tal, no genera derecho a favor del operador económico. Lo determinante es que ZIMMER ha resultado excluida de la licitación y ello le habilita legalmente a impugnar tal decisión de la mesa.

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.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

Solicita la anulación del acuerdo de la mesa de contratación por el que se acuerda su exclusión, en los lotes 6 y 7 del contrato, con retroacción de las actuaciones y consiguiente admisión de su oferta. Subsidiariamente, insta la



anulación de su exclusión con retroacción de las actuaciones a fin de que se declare la validez de las medidas autocorrectoras implementadas y se acuerde la admisión de su proposición.

Funda estas pretensiones principal y subsidiaria en los siguientes argumentos:

1) La causa que motivó la exclusión fue no contar con un plan de igualdad (PI) vigente ni haber solicitado su inscripción en el Registro. Sin embargo, aportó declaración veraz de tener implantado un PI en la empresa y, por tanto, vigente.

Asimismo, alega que disponía de un PI ya inscrito en el registro con vigencia de 2018 a 2022 y que las medidas de igualdad a implantar no difieren entre este PI y el actualizado que se ha comenzado a negociar. Incide en que solo quedan pendientes las novedades introducidas por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres; es decir, lo relativo a la auditoría retributiva.

Alega que, conforme a la disposición final primera del citado Real Decreto, *<<En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del presente real decreto, se aprobará, a través de una orden dictada a propuesta conjunta de las personas titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo>>* y, sin embargo, esta herramienta de valoración de los puestos de trabajo no se puso a disposición por parte del legislador hasta abril de 2022. Incide en que este retraso en la valoración de los puestos, como consecuencia del incumplimiento de los compromisos del legislador, demoró el proceso relativo a la auditoría retributiva; de modo que el retraso se funda en un funcionamiento deficiente de la Administración totalmente ajeno a ZIMMER. En definitiva, hasta abril de 2022 no se pudo dar comienzo a la utilización de la herramienta y no se pudo avanzar con la preparación del PI acorde a las nuevas exigencias legales.

Asimismo, el REGCON (Registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad) y restantes instituciones competentes en la materia no dieron por válida la posibilidad de actualizar el antiguo PI, sino que en la práctica se obligó a las empresas a aprobar uno nuevo con las exigencias temporales y formales que ello conlleva. No obstante, ZIMMER ha demostrado en todo momento su firme compromiso con la igualdad y desde que fue consciente de la imposibilidad de adaptar el antiguo plan y de la necesidad de crear uno nuevo, constituyó la comisión negociadora en marzo de 2023, solicitando la inscripción del PI el 23 de noviembre de 2023 en el REGCON. Y concluye que *<<a día de hoy, se ha realizado la inscripción del nuevo Plan de Igualdad, debidamente elaborado y acorde a las exigencias de la normativa>>*.

Finalmente, esgrime que los artículos 71.1 d) de la LCSP y 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres no prevén la obligatoria inscripción del PI. Por tanto, una actuación excesivamente rigorista de la Administración contratante conduce a una situación contraria a los principios elementales de la contratación pública, privando a la Administración de la oferta que, una vez propuesta como adjudicataria, ha demostrado ser la que presenta mejor calidad – precio.

2) Subsidiariamente, ZIMMER aduce que resultó excluida irregularmente, toda vez que no se le concedió plazo para la aportación de medidas autocorrectoras o self-cleaning. Asimismo, manifiesta que *<<Cabe señalar que ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. acreditó, a través del trámite de subsanación, que se encuentra implementado no solo medidas relativas a la igualdad sino medidas efectivas para la actualización de Plan de Igualdad, así como la efectiva aplicación de las mismas.*

Ello debe ser considerado como una “medida autocorrectora” que, una vez más, acredita el máximo respeto por parte de esta casa comercial hacia las medidas de igualdad de género y el objetivo de la norma. Es decir, esta casa comercial ha acreditado de forma reiterada su fiabilidad al respecto>>.



Alega que, en el trámite de subsanación, ZIMMER adjuntó actas de la tercera y cuarta reunión de la comisión negociadora del I plan de igualdad, constatándose que la única modificación que restaba realizar respecto al PI anterior era la relativa a la auditoría retributiva. Así concluye que << (...) en mayo de 2023, de forma simultánea a la fecha final para la presentación de ofertas en este Expediente, ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. había implantado todas y cada una de las medidas que debían constar en el Plan de Igualdad, siendo por tanto necesaria la apreciación por parte de este Tribunal de las medidas autocorrectivas. Por último, adjuntamos como Documentos N° 16 y 17, “Protocolo sobre protección de las víctimas de violencia de género” y “Protocolo acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo”, respectivamente, documentos que no hacen sino demostrar la efectiva aplicación de todas las medidas necesarias.

Por todo lo expuesto, no podemos sino solicitar al Tribunal la retroacción de actuaciones al momento oportuno, instando al organismo a la admisión de las medidas autocorrectoras expuestas en el presente recurso, revocando la exclusión y confirmando la adjudicación en favor de ZIMMER BIOMET SPAIN, S.L.U. a los lotes nº 6 y 7>>.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo, en síntesis, que con la documentación aportada por ZIMMER en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP y en el posterior trámite de subsanación, no se tiene por cumplido el requisito de disponer de un PI y ello en base a lo siguiente: << a) La información aportada es contradictoria en la medida que existen actas de la misma fecha y hora (07 de febrero de 2023, a las 10.00 horas) donde se reúnen las mismas personas para finalidades diferentes. Son actas, de escaso contenido, donde una redacción somera y parca no permite obtener conocimiento de las actuaciones practicadas ni del estado de trabajo o situación en que se encuentra lo relativo al Plan de Igualdad.

b) No aportan documentación o información que permita a la Mesa de Contratación disponer que, en el plazo de presentación de ofertas del expediente en cuestión, y que como se ha señalado fue el 17 de mayo de 2023, hayan presentado solicitud, al menos, de inscripción del mismo, y que hubiera transcurrido al menos tres o más meses sin resolución expresa.

c) Lo único que se aporta son “meras declaraciones” de intenciones, pero nada que justifique la existencia del citado Plan. No consta, ni aporta comunicación de registro alguno, sino meras actuaciones internas, pero sin resultado alguno constatable. Es más, si se acude al Registro de Convenios <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaPublicaEstatual> no se contempla ninguna información relativa a tal extremo, y relacionada con la recurrente, en esa dirección web>>.

Asimismo, el órgano de contratación sostiene que no pueden aplicarse medidas correctoras o self-cleaning, apoyándose para ello en lo señalado en nuestra Resolución 443/2023.

III. Alegaciones de la entidad interesada.

Se opone a los motivos del recurso esgrimiendo, en síntesis, lo siguiente:

1) Al tiempo de presentación de las ofertas, ZIMMER no disponía de un plan de igualdad, ni tampoco al día de hoy, no figurando con su NIF ninguna entrada en el REGCON, pues introduciendo el mismo en la página web del REGCON se obtiene como resultado que no existen trámites asociados a dicho NIF. En cambio, si se introduce el NIF de EXACTECH, se obtiene que su PI fue registrado el 7 de marzo de 2023.



Por otro lado, la recurrente ha presentado tres actas de negociación del I plan de igualdad, no del segundo o de una actualización del primero. Además, el supuesto PI de ZIMMER no está vigente al limitarse al periodo 2018-2022 y tampoco consta que haya sido inscrito.

2) La alegación relativa a que el retraso en la aprobación de un PI actualizado a la nueva normativa tiene su origen en que la Administración del Estado se demoró en la aprobación de la guía de uso de la herramienta de valoración de puestos de trabajo es inaceptable; y ello por varios motivos: <<El primero es que lo que supuestamente se tardó en poner a disposición de las empresas fue una mera guía de uso de la herramienta, no la herramienta en sí.

- El segundo es que, como hoy aclara el artículo 1.2 de la Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, dicho procedimiento no es obligatorio para las empresas que pueden implantar otros sistemas de valoración que cumplan el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre; es sólo una ayuda para cumplir con los requerimientos de esta norma. Así el citado artículo 1.2 dispone lo siguiente: “La implementación del citado procedimiento por parte de las empresas tendrá carácter voluntario y se llevará a cabo a través de la herramienta elaborada al efecto para evaluar la contribución de cada puesto de trabajo al conjunto de la organización”.

- En tercer lugar, aunque se aceptase esta peculiar argumentación, la empresa recurrente tuvo tiempo más que suficiente para negociar, aprobar e inscribir su plan de igualdad antes del término del plazo para presentar las ofertas. La prueba estriba en que EXACTECH tiene su plan de igualdad inscrito desde el 7 de marzo de 2023. Si se admitiese la argumentación sostenida por ZIMMER BIOMET SPAIN, se estaría generando un notable agravio comparativo entre dicha empresa y las que, como mi representada, cumplieron diligentemente con sus obligaciones legales y laborales>>.

3) ZIMMER tuvo oportunidad de demostrar su fiabilidad proponiendo medidas autocorrectoras y no lo hizo. No es admisible que la recurrente, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP y en la posterior subsanación, se limite a hacer una mera declaración responsable afirmando que dispone de un PI y que está en proceso de completar otro conforme a la normativa actual sin aportar prueba alguna de su existencia.

Y concluye que la actitud de la recurrente, que reiteradamente ha intentado afirmar que tenía un plan de igualdad vigente al tiempo que en las actas de las negociaciones con sus agentes sociales confiesa que se está negociando el primer plan de igualdad, o que asegura que tiene un plan aprobado y con inscripción solicitada, pero no aporta los documentos que lo avalen, demuestra mala fe y deberían llevar a activar la potestad que al Tribunal le confiere el artículo 58.2 de la LCSP.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen; si bien con carácter previo hemos de tener en cuenta los siguientes extremos de interés para la resolución de la controversia suscitada que se desprenden del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación:

1) En la sesión de la mesa de contratación, de 26 de septiembre de 2023, se acordó proponer la adjudicación de los lotes 6 y 7 del contrato a la entidad ZIMMER.

2) En el requerimiento de documentación previa a la adjudicación, de 3 de octubre de 2023, se solicitó a ZIMMER, entre otra documentación, <<En el caso de empresas de 50 o más trabajadores, certificado de inscripción del 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, o en su caso, referencia a la publicación del plan de igualdad que permita verificar que la



inscripción se ha producido a través del acceso público a la base de datos regulada en el artículo 17 del Real Decreto 713/2010>>.

3) La mesa de contratación, en sesión de 20 de octubre de 2023, procedió al examen de la documentación previa a la adjudicación aportada por ZIMMER, acordando lo siguiente: <<No dispone de plan de igualdad vigente, ni acredita su vigencia conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, o bien certificado que acredite que por el número de trabajadores de la empresa son se requiere el mismo>>.

4) En escrito de 24 de octubre de 2023, se requiere a ZIMMER subsanación en los términos en que literalmente se acordó por la mesa de contratación.

5) En contestación al requerimiento, la recurrente aporta un compromiso para la efectiva implantación del plan de igualdad en el que se señala, en lo que aquí interesa, << (...) Siguiendo las novedades legislativas, ajustaremos el diseño, negociación, aprobación y registro tanto al Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, (...) como a los RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y al 902/2020, de 13 de octubre, de Igualdad retributiva>>. Asimismo, aporta una comunicación en la que indica que << (...) actualmente la empresa y la comisión negociadora han comenzado con las negociaciones del nuevo Plan de Igualdad (adjunto les remitimos las actas de las reuniones celebradas al respecto), contando mientras tanto con el anterior Plan de Igualdad.

(...)

Por tanto, en la fecha abajo referenciada [26 de octubre de 2023], el Plan de Igualdad se encuentra prácticamente finalizado a falta de aportar las últimas medidas y la formalidad del texto definitivo para su posterior registro (...)>>.

6) En la sesión de la mesa de contratación de 31 de octubre de 2023, se acordó la exclusión de ZIMMER por no cumplir el aspecto relativo al plan de igualdad.

Pues bien, tras la exposición del “*iter procedimental*” de requerimientos realizados a ZIMMER con relación a la documentación atinente al PI, hemos de referirnos al criterio de este Tribunal en esta materia (Resoluciones 503/2022, 581/2022, 26/2023, 138/2023, 303/2023 361/2023, 540/2023 y 602/2023, entre otras), conforme al cual la obligación de contar con un plan de igualdad a los efectos de no incurrir en prohibición de contratar pasa por que el citado plan se halle inscrito en el registro correspondiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas. Para llegar a tal conclusión, este Tribunal ha aplicado el marco normativo vigente concretado básicamente en las siguientes normas:

- 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 a 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).

-El artículo 3 del Real Decreto 713/2010 crea el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (REGCON) de ámbito estatal o supraautonómico con funcionamiento a través de medios electrónicos y prevé que las comunidades autónomas creen y regulen sus propios registros en el ámbito de sus competencias. Asimismo, el artículo 4 del Real Decreto establece que se trata de registros administrativos de carácter público, siendo de acceso público los datos inscritos en ellos salvo los relativos a la intimidad de las personas; y su artículo 17 regula la base de datos central de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, que deberá permitir que pueda realizarse la consulta y darse acceso público a los datos incorporados a los referidos registros.

Por otro lado, en el marco de la contratación con el sector público, el artículo 71.1 d) de la LCSP 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 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».

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, hemos indicado en nuestras resoluciones que el efecto excluyente de la licitación que determina la circunstancia de estar incurso en esta prohibición de contratar no es automático, pues previamente debe otorgarse al licitador afectado la posibilidad de presentar pruebas de suficiencia de las medidas correctoras o “self-cleaning” que haya podido adoptar para demostrar su fiabilidad (véase al respecto la Resolución 26/2023 de este Tribunal). Y en nuestra Resolución 264/2023 veníamos a concretar que se acredita no estar incurso en la prohibición de contratar que estamos examinando a través de un PI ajustado a la normativa e inscrito en el registro a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, si bien el licitador incurso en esta prohibición de contratar por no disponer a la citada fecha de un PI inscrito en el REGCON puede evitar el efecto excluyente de la licitación aportando con posterioridad durante el curso de la licitación la inscripción y registro del citado plan. Es



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

Pues bien, sobre esta base normativa y doctrinal, hemos de analizar la controversia que ahora se plantea. Al respecto, son datos objetivos del expediente de contratación que ZIMMER no presentó, con la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos ni con la presentada tras el requerimiento de subsanación posterior, documentación que permitiese acreditar que disponía de un PI acorde a la legislación que actualmente rige en la materia, debidamente inscrito en el REGCON.

En tal sentido, no ha acreditado disponer de dicho PI registrado, ni a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas (lo que hubiese permitido constatar que no estaba incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP), ni a la fecha del requerimiento de subsanación de la documentación previa a la adjudicación en el trámite del artículo 150.2 del citado texto legal (lo que hubiese permitido evitar el efecto excluyente de la licitación, para el caso de no haber cumplido con esta exigencia al tiempo de concluir el plazo de presentación de proposiciones).

Estos extremos son concluyentes y definitivos para la desestimación del recurso especial interpuesto, puesto que ZIMMER **(i)** no ha acreditado ante el órgano de contratación que no estaba incurso en prohibición de contratar a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas; **(ii)** ni que, aun estándolo, había evitado ese efecto excluyente automático presentando medidas que evidenciaran la aprobación e inscripción del plan en un momento posterior de la licitación y hasta el trámite del requerimiento de subsanación en la fase procedimental del artículo 150.2 del texto contractual.

Así las cosas, cuantos argumentos puedan esgrimirse en el escrito de recurso no pueden prosperar; no obstante, lo cual, serán objeto de examen.

La recurrente insiste en que aportó declaraciones veraces de tener implantado un PI en la empresa y que disponía de un PI ya inscrito en el registro con vigencia de 2018 a 2022. No obstante, las declaraciones no arrojan manifestación alguna acerca de la existencia de un PI concluido, aprobado e inscrito en el REGCON. Por otro lado, la mera referencia a un PI inscrito no tiene validez alguna si se trata de un plan cuya vigencia finalizó en 2022.

Por otro lado, ZIMMER pretende imputar su demora en disponer de un PI debidamente adaptado a las normas vigentes a la tardanza provocada por el propio legislador al incumplir su obligación de aprobación de un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 902/2020.

No obstante, como ya indicamos en nuestra Resolución 540/2023 *<<no puede acogerse tampoco el argumento de la recurrente de que la actualización o adaptación del PI se demoró por causas ajenas a la empresa, que tienen su origen en una deficiente actuación de la Administración, la cual desarrolló tardíamente mediante orden ministerial el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo.*

Ante la situación descrita en el recurso, TELEFLEX podría accionar en la vía procedente solicitando, en su caso, responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración si es que así lo estima, pero en modo alguno puede invocar ante este Tribunal que la demora en la obligatoria adaptación a la legalidad vigente del PI aportado a la licitación no le es imputable, para de este modo sostener la validez de un plan que, según la normativa vigente que antes hemos expuesto, no puede considerarse válido al no haberse revisado en el plazo reglamentario>>.



Asimismo, como bien señala la entidad interesada, la recurrente tuvo tiempo suficiente para negociar, aprobar e inscribir el PI antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas, e incluso durante el curso de la licitación, sin que pueda escudarse en una demora de legislador para justificar tanto su tardanza, como el incumplimiento de obligaciones legales en cuanto a la aprobación e inscripción del PI con arreglo a las normas mencionadas en la presente resolución. Es más, otras empresas sí han podido aprobar e inscribir sus PI pese a esa supuesta tardanza del legislador.

Tampoco es válido el argumento de que los artículos 71.1 d) de la LCSP y el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007 no se refieren a la inscripción obligatoria del PI. Ya hemos señalado de modo reiterado que el precepto legal sanciona con la prohibición de contratar al licitador que no disponga de un PI acorde a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007. Este precepto se incardina en el contexto de una norma con rango de Ley Orgánica que en su articulado prevé la obligatoria inscripción del PI, amén de la extensa regulación posterior acometida por el Real Decreto 901/2020. En definitiva, no cabe interpretar el artículo 71.1 d) del texto legal sin cohonestarlos con las citadas normas reguladoras de esta materia.

ZIMMER también aduce que debió considerarse como medida autocorrectora tendente a evitar su exclusión, la aportada en fase de subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. Tal alegación no puede admitirse. Tras el requerimiento de subsanación aportó un compromiso para la efectiva implantación de un PI y un comunicado sobre el comienzo de las negociaciones de un nuevo plan de igualdad, lo que evidencia que ni siquiera existía en ese momento un PI aprobado, por lo que mucho menos inscrito.

Por último, la recurrente manifiesta que solicitó la inscripción del PI el 23 de noviembre de 2023 en el REGCON, fecha que es posterior a la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación. Es decir, esta actuación de la recurrente en el registro se produce de modo extemporáneo tras su exclusión de la licitación, de modo que no pudo ser tomada en consideración por la mesa de contratación a la hora de adoptar el acuerdo impugnado.

Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe ser desestimado, sin que se aprecie en su interposición mala fe o temeridad como manifiesta la entidad interesada. No se aprecia ánimo torticero en el recurso ni contumacia en el mantenimiento del mismo en contra de un criterio reiterado del Tribunal. La recurrente ha intentado ejercer su derecho de defensa frente a la exclusión con alegaciones no compartidas por el Tribunal y que pueden resultar forzadas en algún caso, pero que responden a su intento por agotar todos los argumentos a su alcance para conseguir la revisión de la decisión impugnada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZIMMER BIOMET SPAIN S.L.U.** contra el acuerdo de exclusión, de 31 de octubre de 2023, adoptado por la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro de prótesis osteoarticulares: cadera y rodilla, con destino a los centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud”, respecto a los **lotes 6 y 7**, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. CCA: 6.CQ+QXQB (0001323/2022)).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada mediante Resolución de este Tribunal de 7 de diciembre de 2023.



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

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

