



Recurso nº 032/2010

Resolución nº 008/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 2 de febrero de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Doña I. F., en representación de KONGSBERG NORCONTROL IT AS contra la resolución del órgano de contratación de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima de 26 de octubre de 2010, por la que se adjudicaba provisionalmente el contrato de “Suministro en estado operativo de equipamiento electrónico para la renovación del Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo de Cádiz”, EM-10-400, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima convocó mediante anuncio remitido al Diario oficial de la Unión europea el día 16 de julio de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de “Suministro en estado operativo de equipamiento electrónico para la renovación del Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo de Cádiz” en la que presentó oferta la recurrente.

Segundo. Previos los trámites preceptivos, con fecha 26 de octubre de 2010 el citado órgano de contratación adjudicó provisionalmente el contrato a la empresa EMTE SISTEMAS S.A., dejando sin valorar la oferta de la recurrente por no cumplir el requisito exigido en el apartado 7 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares consistente en estar inscrito en el Registro de Instaladores de Telecomunicación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en la fecha de publicación de la licitación.

Tercero. Contra dicha resolución KONGSBERG NORCONTROL IT AS interpuso recurso ante este Tribunal con fecha de entrada en el registro del órgano de contratación el 5 de noviembre de 2010, por el que solicitaba la nulidad del pliego de cláusulas administrativas particulares, y su admisión a la licitación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, ha dado traslado del recurso a las otras empresas participantes en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estiman oportuno, formulen las alegaciones que a su derecho convengan sin que se haya evacuado este trámite por las interesadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Corresponde la competencia para resolver el presente recurso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a pesar de haber sido presentado y dirigido al propio órgano de contratación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de conformidad con el *cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Segundo. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Tercero. Asimismo, el recurso ha sido presentado dentro de plazo toda vez que no figura entre las actuaciones del expediente de contratación la fecha en que fue notificada al recurrente la resolución recurrida.

Cuarto. Por lo que respecta al objeto del recurso este se interpone contra actos relativos al procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por razón de su importe por lo que debe considerarse válidamente interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310.1 de la Ley mencionada.

Quinto. El presente recurso plantea una cuestión directamente relacionada con el procedimiento de adjudicación al haber sido excluida de la licitación la recurrente al no cumplir con uno de los requisitos del pliego de cláusulas, lo que le da ocasión para

recurrirlo por considerar que adolece de nulidad radical. Junto a esta pretensión articula la recurrente la de que sea admitida y valorada su propuesta al mismo tiempo que se declara la nulidad del pliego.

Sexto. En apoyo de su pretensión la recurrente aduce que la exigencia de previa inscripción en el Registro de Instaladores de Telecomunicaciones conculca el principio de libre concurrencia. Por su parte, la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima considera que la exigencia del requisito de inscripción deriva de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y desarrollado en el Real Decreto 244/2010, de 5 de marzo.

Séptimo. Centrada la cuestión en los términos referidos, la cuestión a dilucidar para resolverla será en principio la de en qué concepto debe ser incluida la exigencia de inscripción en el Registro de Instaladores de Telecomunicaciones, si en el requisito determinante de la capacidad del licitador o en el de solvencia técnica.

A este respecto debe ponerse de manifiesto en primer lugar que resulta errónea la apreciación que hace la recurrente al considerar que la exigencia del requisito de inscripción en el Registro indicado debe considerarse como un requisito de solvencia, puesto que por sus características tiene la condición de autorización para ejercer la actividad lo que nos debe llevar a concluir que su exigibilidad es condición de capacidad o aptitud para contratar y no de solvencia. Es decir, su aplicación resulta de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley de Contratos del Sector Público: *“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*.

A este respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 42.2 de la Ley General de Telecomunicaciones a que anteriormente se ha hecho referencia expresamente dispone que *“Podrán prestar servicios de instalación o mantenimiento de equipos o sistemas de telecomunicación las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad, cuando, en el segundo caso, así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de personas*

físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior”.

Ello significa que desde el punto de vista general debe admitirse a la recurrente como licitadora toda vez que, aún cuando es una empresa radicada en Noruega, Estado que no tiene la condición de miembro de la Unión Europea, forma parte del Espacio Económico Europeo y, por consiguiente, está amparada por el tratado internacional que lo crea y que obliga a España a reconocerle la misma condición legal que a los estados comunitarios.

Sin embargo, ello no es obstáculo para que se le pueda exigir el correspondiente título habilitante para el ejercicio de la actividad de instalador de telecomunicaciones de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo y Ley antes citadas: *“Los interesados en su prestación deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, presentar al Registro de empresas instaladoras de telecomunicación una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad técnica y a la cualificación profesional para el ejercicio de la actividad, medios técnicos y cobertura mínima del seguro en los términos que se determinen reglamentariamente”.*

Ahora bien, aunque como vemos la norma citada contiene la exigencia de un determinado requisito en cuanto al ejercicio de la actividad objeto del contrato que motiva este recurso, tal requisito no consiste exactamente en lo que el pliego de cláusulas de la licitación establece. Es decir, la Ley no exige la previa inscripción en el Registro sino simplemente la previa presentación de una declaración responsable indicadora de las características técnicas de la empresa. Desde este punto de vista y en principio, la exigencia del pliego en cuestión no puede considerarse ajustada a la Ley.

Esta circunstancia exige que deba plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos de cláusulas exijan requisitos de habilitación que vayan más allá de lo legalmente establecido. A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca como el primero la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestra Ley de

Contratos de modo expreso en los artículos 1 y 123, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo. Pues bien, partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, la Ley de Contratos del Sector Público, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia debe ser interpretado de forma restrictiva. En consecuencia, el precepto de la Ley de Contratos del Sector Público que antes se mencionó, el artículo 43.2, de conformidad con el cual *“los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*, debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece. A tal respecto, habrá de entenderse que si el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que para ejercer la actividad de instalador de telecomunicaciones debe cumplirse el requisito de haber presentado una declaración responsable con las indicaciones que la propia norma establece, no puede entenderse que la exigencia se extiende a la previa inscripción en el Registro.

Sentado esto, es claro que el apartado 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares al exigir la previa inscripción en el Registro de Instaladores de Telecomunicaciones ha ido más allá de la exigencia establecida en la Ley y consiguientemente debe considerarse nulo.

Ello no obstante, podría aún plantearse la posibilidad de que haya sido establecido como un requisito de solvencia, y, en base a ello, entender que la exigibilidad del mismo nace de la discrecionalidad de que puede gozar el órgano de contratación para fijar en el pliego los criterios en base a los cuales puede ser determinada ésta. Sin embargo, tal afirmación tampoco sería admisible toda vez que los medios de acreditación de la solvencia, lejos de poder fijarse de forma discrecional por el órgano de contratación, se encuentran igualmente tasados en la Ley, concretamente en los artículos 51 y siguientes, sin que puedan establecerse otros distintos de los indicados en dichos artículos.

Consiguientemente, aún cuando el requisito de inscripción en el Registro indicado se haya incluido en el apartado del pliego que regula los medios para acreditar la solvencia, es evidente que no puede ser considerado más que como un requisito que afecta a la aptitud general para contratar del empresario y, en tal sentido, considerar que no se ajusta a lo exigido en la Ley.

Octavo. Lo que no procede es acoger la segunda pretensión articulada por la recurrente, es decir que se le admita al procedimiento de adjudicación pues, estimado el recurso en cuanto a la nulidad de una de las cláusulas del pliego, procede dejar sin efecto la tramitación del procedimiento de adjudicación debiendo convocarse nueva licitación para el caso de que se desee adjudicar el contrato objeto de este recurso.

Noveno. El conjunto de fundamentos de derecho expuestos en los apartados anteriores debe llevarnos a la estimación parcial del recurso por considerar que el apartado 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares es contrario a la disposición del artículo 43.2 de la Ley de Contratos del Sector Público interpretado conjuntamente con el 42.2 de la ley General de Telecomunicaciones.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por Doña I. F., en representación de KONGSBERG NORCONTROL IT AS contra la resolución del órgano de contratación de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima de 26 de octubre de 2010, por la que se adjudicaba provisionalmente el contrato de “Suministro en estado operativo de equipamiento electrónico para la renovación del Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo de Cádiz”, EM-10-400, declarando la nulidad del apartado 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares que sirvió de base a la licitación al exigir la previa inscripción en el Registro del Instaladores de Telecomunicaciones para poder participar en la licitación, en lugar de limitarse a exigir la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones y consiguientemente la necesidad de convocar nueva licitación en la que deba servir de

base un nuevo pliego adaptado a los pronunciamientos de esta resolución, desestimándolo en cuanto a la petición de que se le admita al procedimiento de licitación.

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 sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.