

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

En Madrid, a 4 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don A.D., en nombre y representación de Ingeniería Biomedica Santa Lucia S.P.A. (IBSL), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de octubre de 2015 por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Mantenimiento integral de equipos de electromedicina e instalaciones médicas especiales del Hospital Universitario Severo Ochoa y Centro de Especialidades M^a Ángeles López Gómez”, número de expediente: P.A. 26/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11 y 24 de agosto y 1 de septiembre de 2015 se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el BOE la licitación del contrato “Mantenimiento integral de equipos de electromedicina e instalaciones médicas especiales del Hospital Universitario Severo Ochoa y Centro de Especialidades M^a Ángeles López Gómez”, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 4.854.203,64 euros y su duración es de 48 meses.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el punto 6 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) requiere para acreditar la habilitación profesional precisa para la realización del contrato:

“Certificado de inscripción en el Registro de Empresas Instaladoras y de Mantenimiento de Telecomunicación.

- *Tipo A: Infraestructuras en edificios.*
- *Tipo B: Sistemas de Telecomunicaciones.*
- *Tipo C: Sistemas audiovisuales.*

- Certificado de Empresa de asistencia técnica de equipos e instalaciones de radiodiagnóstico”.

- Autorización por el Consejo de Seguridad Nuclear para la asistencia técnica de los equipos de radiología médica con fines de diagnóstico médico, según establece la normativa vigente”.

Por otro lado, la cláusula 12.1.3 del PCAP señala lo siguiente:

“1.3.- Cuando se trate de empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, la capacidad de obrar se acreditará mediante su inscripción en un registro profesional o comercial, cuando este requisito sea exigido por la legislación del Estado respectivo, o la presentación de las certificaciones que se indican en el anexo I del RGLCAP, para los contratos de servicios.

Tendrán capacidad para contratar con el sector público las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate. Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder realizar la prestación de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito”.

A la licitación convocada se presentaron 3 ofertas entre ellas la de la recurrente.

El 29 de septiembre de 2015 la Mesa de contratación requirió a la recurrente para que subsanara en el plazo de cinco días el defecto de su oferta consistente en no haber presentado Certificado de inscripción en el Registro de Empresas Instaladoras y de Mantenimiento de Telecomunicación y autorización por el Consejo de Seguridad Nuclear para la asistencia técnica de los equipos de radiología médica con fines de diagnóstico médico, según establece la normativa vigente.

Dicho requerimiento fue contestado por la recurrente dentro del plazo establecido para ello, invocando la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, e indicando que *“IBSL posee las certificaciones y autorizaciones requeridas, tal y como consta en el certificado emitido por la Cámara de Comercio de Piacenza aportado en la oferta, que constituye un documento válido en Italia y por lo tanto en España, para acreditar que dispone de las certificaciones y autorizaciones mencionadas.*

Además, para justificar que la empresa IBSL presta el servicio de mantenimiento de equipos de radiodiagnóstico en Italia, se adjuntaron al escrito presentado en la oferta cinco certificados originales de ejecución de servicios de mantenimiento de equipos de radiología, en los tres últimos ejercicios, en hospitales similares o mayores al hospital objeto de esta licitación.”

Por último en el acto público de apertura de la documentación relativa a criterios que dependen de un juicio de valor celebrado el día 6 de octubre se comunicó verbalmente a la recurrente su exclusión del procedimiento de licitación por no haber subsanado los defectos de la documentación administrativa.

Si bien esta decisión no fue notificada formalmente a la recurrente, la misma solicitó con fecha 7 de octubre que le fuera practicada notificación formal a los efectos de interponer el correspondiente recurso, sin que conste dicha notificación en el procedimiento.

Tercero.- Con fecha 20 de octubre de 2015 la licitadora IBSL presentó recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal, previa la presentación del

anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

El mismo día 20 de octubre se requirió al órgano de contratación para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 TRLCSP, remitiera el expediente administrativo acompañado de su informe preceptivo. Dicho requerimiento fue atendido con fecha 22 de octubre.

En el recurso se solicita que se declare nulo el Acuerdo de exclusión por vulnerar los derechos de igualdad y no discriminación al exigírsele aportar un documento no exigido en su país de origen y que por razón de la ubicación de la empresa en Italia no es posible obtener en España.

Por su parte el órgano de contratación en su informe da cuenta de que el 14 de octubre se había solicitado informe a la Dirección General de Industria, Energía y Minas, como órgano competente de la Comunidad de Madrid para la concesión de las autorizaciones a las empresas para la asistencia técnica de equipos de rayos X, reguladas en el Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, sobre esta cuestión y que dicho órgano contestó que el indicado Real Decreto no establece ninguna excepción y que por lo tanto no podrá actuar en España ninguna empresa de venta y asistencia técnica de equipos de Rayos X con fines de diagnóstico médico sin disponer de la autorización establecida reglamentariamente. Por lo tanto, considera que su actuación fue adecuada a Derecho a lo que añade que los pliegos no fueron objeto de impugnación, solicitando en consecuencia la desestimación del recurso.

Cuarto.- Mediante Acuerdo de 28 de octubre de 2015, este Tribunal adoptó la medida cautelar solicitada por la recurrente.

Quinto.- Con fecha 26 de octubre de 2015 por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento. Se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa ASIME, S.A., en las que afirma que “*Resulta probado*

que INGEENNERIA BIOMEDICA SANTA LUCIA S.P.A. no tiene la habilitación exigida por el Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico, para la asistencia técnica de los equipos e instalaciones de rayos X de diagnóstico médico.

De hecho, no puede poseerla en Italia porque no existe esta habilitación en el país de origen de la recurrente, por ende, nada hay que discutir o debatir, ni resulta tampoco de aplicación el Art. 58 TRLCSP, por tanto: Es evidente que INGEENNERIA BIOMEDICA SANTA LUCIA S.P.A. no acredita su capacidad para contratar en este procedimiento resultando procedente su exclusión.” Señala respecto de la circunstancia de que en Italia no se exigible el requisito de autorización que “Si nuestro ordenamiento jurídico es más restrictivo y ello no atrae o no satisface los intereses de empresas extranjeras, no puede invocarse esta causa para hacer cumplir la normativa nacional a las empresas nacionales y no aplicarla a las extranjeras que bien pueden optar por continuar desarrollando su actividad en sus países de origen o por cumplir los requisitos exigidos para contratar con el sector público español”, añadiendo que lo contrario además de provocar desigualdad entre licitadoras nacionales y extranjeros entraña riesgos para la seguridad del paciente.

Por último cabe señalar que asimismo considera que debe desestimarse el recurso puesto que la recurrente que no recurrió en su día los pliegos conocía la obligación de acreditar que poseía la habilitación controvertida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de (IBSL), para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al

tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”, al tratarse de una licitadora excluida del procedimiento de licitación

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues aunque el acuerdo no fue notificado a la recurrente formalmente, tal y como reconoce la misma en el escrito de recurso, conoció su exclusión y los motivos de la misma con fecha 6 de octubre, dándose expresamente por notificado en dicha fecha, por lo tanto el recurso interpuesto el 20 de octubre se ha interpuesto en plazo de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, como es la exclusión de un licitador, en el marco de un contrato de servicios, comprendido en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, “Servicio de mantenimiento y reparaciones” cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, por tanto sujeto a regulación armonizada por lo que es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, se trata de determinar si la exclusión de la recurrente por no aportar Certificado de inscripción en el Registro de Empresas Instaladoras y de Mantenimiento de Telecomunicación y autorización por el Consejo de Seguridad Nuclear es o no ajustada a derecho.

Debe señalarse con carácter previo, a la vista de lo alegado por el órgano de contratación y la empresa ASIME en trámite de alegaciones, respecto del carácter vinculante de los pliegos no impugnados por la recurrente, que si bien es cierto que la exigencia del certificado y la autorización estaba claramente prevista en el PCAP y que tal y como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, los pliegos no impugnados en tiempo y forma, constituyen la ley del contrato y por tanto no cabe

invocar extemporáneamente su anulabilidad; no es menos cierto que en este caso en el mismo PCAP se establece, tal y como se ha recogido más arriba, la forma de acreditar la capacidad de obrar para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea. Por lo tanto conteniendo el PCAP *prima facie* lo que podría considerarse un sistema alternativo de acreditación en principio, sin perjuicio de la corrección en su interpretación y aplicación, dichos pliegos no adolecían de defecto alguno en relación con los motivos hechos valer por la recurrente como fundamento de su pretensión que justificara su impugnación.

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, que no es otra que la de si es exigible a una empresa no radicada en el territorio nacional estar inscrita en el Registro de Empresas Instaladoras y de Mantenimiento de Telecomunicación y que aporte para acreditar su capacidad de obrar autorización del Consejo de Seguridad Nuclear, debemos partir de lo establecido en el artículo 54 del TRLCSP, que bajo la rúbrica “Condiciones de aptitud”, después de señalar que solo podrán contratar con el sector público las personas, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, señala que *“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”*.

La primera conclusión que cabe extraer de la simple sistemática y redacción literal de este precepto, es que las habilitaciones profesionales, si bien se insertan en el ámbito de la aptitud para contratar con el Sector Público, constituyen un plus de capacidad, derivado de las exigencias legales, en este caso de seguridad, del sector en que debe prestarse el contrato de servicios, que determinan la viabilidad de la ejecución del contrato.

En este sentido cabe citar el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, cuando distingue la distinta naturaleza que puede tener la habilitación *“una cuestión es la habilitación empresarial o profesional a que se refiere el artículo 54.2 TRLCSP, relativo a la*

aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trate y que funciona como requisito de capacidad; otra cuestión es la solvencia técnica o profesional, pensada para acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión; y una tercera sería, en este caso, la autorización administrativa exigida a los centros y servicios sanitarios.”

De acuerdo con lo establecido en el artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, bajo la rúbrica “Habilitación para ejercer la actividad profesional” es posible que *“A todo operador económico que desee participar en un contrato público podrá exigírsele que demuestre su inscripción en un registro profesional o mercantil”*. A su vez el artículo 58 del TRLCSP relativo a la aptitud de las empresas comunitarias, establece que *“Tendrán capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate.*

Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito”.

Este artículo 58 responde al principio de libre circulación y prestación de servicio en el ámbito de la Unión Europea, estableciendo unos medios comunes, - la inscripción en los Registros nacionales correspondientes,- para acreditar la capacidad para contratar de las empresas, sea cual sea el Estado en que se ubiquen las mismas, lo que no implica que pueda obviarse la necesidad, en función de la actividad que constituya la prestación objeto del contrato, de acreditar que se cumplen otra serie de exigencias de habilitación como en el presente caso. Resulta más claro si se considera que la capacidad de las licitadoras puede acreditarse con carácter general mediante el mecanismo de la clasificación de empresas, que no

excluiría la necesidad de acreditar, como decimos, otras exigencias de orden legal para el ejercicio de la actividad de que se trate.

Debe entenderse que cuando la Directiva y el TRLCSP utilizan la expresión “habilitación”, se refieren al requisito de capacidad general para el desempeño de la actividad empresarial o profesional, como se deduce de la lectura del Anexo de IX de la Directiva 2004/18/CE, que enumera los registros profesionales o mercantiles de cada Estado miembro, recogiendo una categoría de registros de carácter general para cada Estado, que no contempla entidades u organismos que expiden autorizaciones específicas o sectoriales en función de la actividad a desempeñar.

Como decimos la exigencia de la autorización por el Consejo de Seguridad Nuclear para la asistencia técnica de los equipos de radiología médica con fines de diagnóstico médico y la correspondiente inscripción en el Registro de Empresas de asistencia técnica de equipos e instalaciones de radiodiagnóstico, es exigible en virtud de lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico. En concreto se establece en dicho Reglamento que cualquier actuación relacionada con la venta y asistencia técnica de los equipos e instalaciones de rayos X de diagnóstico médico, incluida su importación, deberá ser realizada por empresas o entidades autorizadas al efecto, correspondiendo según su artículo 9, al órgano competente de la comunidad autónoma en que estén ubicadas las empresas o entidades que deseen obtener la autorización, su concesión previo informe vinculante del Consejo de Seguridad Nuclear.

En todo caso conviene tener en cuenta lo señalado en el preámbulo de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio., invocada por la recurrente cuando afirma que *“Como excepción, se establece que se pueda supeditar el acceso de estos prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal en territorio español al cumplimiento de requisitos cuando éstos no sean discriminatorios por razón de la nacionalidad o domicilio social, estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de*

salud pública o de protección del medio ambiente y sean proporcionados”, cuya regulación se establece en el artículo 5 del mismo texto legal. Teniendo en cuenta el objeto del contrato considera el Tribunal que el Real Decreto 1085/2009 es aplicable y en consecuencia procede exigir la autorización correspondiente a la actividad, por lo que la excepcionalidad del artículo 5 de la ley 17/2009 está justificada por motivos de salud pública y de protección del medio ambiente.

De esta forma siendo imprescindible el cumplimiento de este requisito por motivos de seguridad, no sería admisible que tales requisitos se cumplieran o no en función del lugar donde se ubique la empresa prestadora del servicio.

Por otro lado, invoca la recurrente la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación por razón del territorio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Con carácter previo debe señalarse que este último texto legal no resulta aplicable al caso que no ocupa puesto que, como indica en su exposición de motivos, la misma encuentra su ámbito de aplicación en el mercado nacional, como concreción del artículo 139 de la Constitución que expresamente impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. Así correlativamente su artículo 1 al regular su objeto, lo circunscribe al establecimiento de las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional.

No se vulnera el principio de igualdad cuando se tratan situaciones iguales con los mismos parámetros y desde el punto de vista de la capacidad de obrar, tanto a las empresas ubicadas en el territorio español, como a las comunitarias se les exige estar inscritas en el correspondiente registro, bien se trate del registro mercantil o el de licitadores (que recoge los datos de este último) o en el caso de la recurrente el “Registro della Camera di comercio, industria, agricoltura e artiginato”, que es el Registro que aquella invoca y al que se refiere el Anexo IX C de la Directiva 2004/18/CE. Ello no implica que la inscripción en este último registro

acredite el cumplimiento de requisitos posteriores de carácter legal, que como decimos van algo más allá de la mera capacidad de obrar o de contratar.

Además de lo anterior cabe señalar que en el caso de considerar como correcta la interpretación de la recurrente, se produciría una discriminación frente a las empresas que estando ubicadas en el territorio nacional sí deberían contar obligatoriamente con la autorización correspondiente y la inscripción en el Registro. Nada impide a pesar de lo indicado por la recurrente, que solicite o que obtenga a través de distintos mecanismos de estrategia empresarial, (sucursales, asociaciones entre empresas, etc.) la autorización controvertida, de reunir los requisitos necesarios para ello, al objeto de acreditar que cumple con las mismas exigencias que el resto de operadores económicos.

Por todo lo anterior cabe considerar que la actuación de la Mesa de contratación fue correcta y desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Desestimar el recurso especial interpuesto don A.D., en nombre y representación de Ingeniería Biomedica Santa Lucia S.P.A. (IBSL), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de octubre de 2015 por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Mantenimiento integral de equipos de electromedicina e instalaciones médicas especiales del Hospital Universitario Severo Ochoa y Centro de Especialidades M^a Ángeles López Gómez”, número de expediente: P.A. 26/2015.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en sesión de su Pleno del día 28 de octubre de 2015.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- 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 49 del TRLCSP.