
INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA EXIGENCIA EFECTUADA POR EMPRESA NACIONAL DE RESIDUOS RADIOACTIVOS S.A, S.M.E (ENRESA) EN SUS SOLICITUDES DE PRESUPUESTOS PARA CONTRATOS DE PROYECTOS TÉCNICOS DE QUE LOS OFERTANTES DISPONGAN DE LA CERTIFICACIÓN ISO 9001:2015

Expediente: UM/059/21

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torre

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 6 de octubre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 11 de agosto de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha informado de una barrera al ejercicio de la actividad económica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), consistente en la exigencia efectuada por la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A., S.M.E. (ENRESA), en sus solicitudes de presupuestos de contratos para la redacción de proyectos técnicos, de que los ofertantes dispongan necesariamente del certificado ISO 9001:2015.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Constituye el objeto de reclamación la exigencia por parte de ENRESA, en diferentes solicitudes de presupuestos para la elaboración de proyectos técnicos, de que los ofertantes dispongan del certificado ISO 9001: 2015.

Concretamente, en el apartado 5 de las peticiones de presupuesto adjuntadas por el reclamante a su escrito de reclamación se recoge lo siguiente:

5. DOCUMENTACIÓN REQUERIDA

El ofertante presentará junto a la oferta certificación ISO 9001:2015 en cuyo alcance estará incluido "Redacción de proyectos".

En caso de serles adjudicados los trabajos, será imprescindible para poder trabajar en la instalación que obre en poder de Enresa la documentación del cuadro adjunto (Anexo III), la cual les será requerida según el alcance de los mismos.

Las peticiones de presupuesto se refieren a proyectos de ingeniería relativos a la reparación de filtraciones de agua y de sustitución de tuberías contraincendios en determinados edificios titularidad de ENRESA en el Centro de Almacenamiento de El Cabril sito en Hornachuelos (Córdoba). En dicho Centro se almacenan residuos radioactivos de muy baja, baja y media actividad¹.

El reclamante considera que la exigencia de un certificado concreto supone una vulneración de la LGUM.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICOS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: "*b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*".

La actividad objeto de la reclamación ahora analizada, esto es, los servicios de asesoramiento y redacción de proyectos técnicos, está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2² y según ha sido

¹ <https://www.enresa.es/esp/inicio/actividades-y-proyectos/ca-el-cabril>.

² "*Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*"

reconocido expresamente por la Audiencia Nacional en numerosas sentencias recaídas en materia de competencias del ámbito técnico³.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La exigencia de la solvencia para poder celebrar contratos administrativos, así como sus requisitos y medios de acreditación se encuentran regulados en los artículos 74 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Respecto a la proporcionalidad de los requisitos, el artículo 74.2 LCSP establece que *“los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”*

Por su parte, el artículo 90 LCSP, establece los medios a través de los cuales se podrá acreditar la solvencia técnica en los contratos de servicios⁴. Dentro de

³ Existen diversas sentencias favorables a las tesis de la CNMC dictadas por la Audiencia Nacional en materia de reserva profesional e inspección técnica de edificaciones (ITES) o Informes de Evaluación de Edificaciones (IEEs), entre ellas, la Sentencia de 21 de octubre de 2020 (UM/029/18, PO 06/6/2018) sobre impugnación de un decreto autonómico valenciano de 28 de noviembre de 2018 (UM/033/15, PO 06/757/2015), relativa a la impugnación de un decreto autonómico catalán sobre ITES/IEEs

⁴ *“a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.*

Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

dichos medios únicamente se prevé expresamente la exigencia de certificados de calidad en los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 93 LCSP) y para la acreditación del cumplimiento de normas de gestión ambiental (artículo 94 LCSP).

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en relación con la exigencia de certificados de calidad ha señalado múltiples Resoluciones que *“el requisito de solvencia técnica (en contratos de servicios) no es el certificado exigido del cumplimiento de unas normas determinadas de garantía de la calidad, sino alguno de los concretos medios de solvencia técnica que fija al respecto el artículo 78 del TRLCSP (actual art.90 LCSP) como: “b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad”; c) Descripción de las instalaciones técnicas⁵”*

Además, el TACRC ha manifestado que no puede exigirse una concreta certificación de calidad sin que la entidad licitante especifique qué aspectos o condiciones de calidad concretos está exigiendo a través de dicho certificado⁶, debiendo admitirse expresamente la presentación de otros certificados de calidad equivalentes⁷, teniendo que guardar el certificado exigido por la entidad licitante relación con el objeto y contenido del contrato⁸.

d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de este, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

e) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.

f) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar”

⁵ Resoluciones nº 713/2018, de 27 de julio de 2018 (Recursos 446 y 447/2018) y 624/2019 de 06 de junio de 2019 (recurso 344/2019)

⁶ Resolución TACRC nº 538/2018 de 01 de junio de 2018, recurso nº 256/2018

⁷ Resolución TACRC 334/2018 de 06 de abril de 2018, recurso nº 217/2018

⁸ Resolución TACRC nº 264/2018 de 16 de marzo de 2018, recurso 159/2018

V. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

- 1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio .*
- 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos: *“«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”*.

Por otro lado, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. *Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.*

2. *En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:*

a) *Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.*

b) *Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.*

Como se ha señalado anteriormente, el reclamante considera que la exigencia de un certificado ISO 9001:2015 resulta desproporcionada y contraria al principio de libre competencia.

Por lo que se refiere a proporcionalidad de los requisitos exigidos, ha de indicarse que atendiendo a lo establecido en el artículo 74.2 LCSP y conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 5 LGUM, la solvencia económico-financiera y técnico-profesional deben estar vinculadas al objeto de contrato y ser proporcionales. Por lo tanto, los requisitos de solvencia deberán estar siempre condicionados a la valoración de la proporcionalidad de los mismos.

En el presente caso, según se desprende de las solicitudes de presupuesto de ENRESA, se exige a todos los ofertantes disponer de la certificación ISO 9001:2015. De acuerdo con ENAC (Entidad Nacional de Acreditación)⁹, la certificación ISO 9001 aporta información sobre el sistema de gestión de calidad de una empresa.

Por tanto, como puede observarse, no se trata de una norma de calidad específica sobre proyectos técnicos, aunque ENRESA exige que, dentro del ámbito de certificación, se incluya la “redacción de proyectos”.

Aunque ENRESA no ha fundado este requisito adicional de certificación en ninguna razón imperiosa de interés general, la salvaguarda de la integridad del centro de almacenamiento de residuos estaría asociada a la protección de la

9

https://www.enac.es/web/enac/acreditacion-o-certificacion-9001?p_p_id=MensajeCookie_WAR_Gestionportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&MensajeCookie_WAR_Gestionportlet_javax.portlet.action=aceptarTodas.

seguridad pública, la protección civil y la salud pública frente a los riesgos que representan los residuos radioactivos.

No obstante, el hecho de que ENRESA no admita la posibilidad de acreditar la solvencia técnica a través de otros medios humanos o técnicos ni de presentar otros certificados de calidad equivalentes, como prevé la LCSP, podría resultar desproporcionado.

VI. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de requisitos específicos de solvencia técnica (p.ej. de un certificado de calidad en la redacción de proyectos) a los proyectos relativos a un almacén de residuos radioactivos estaría basada en razones imperiosas de interés general del artículo 5 LGUM consistentes en la protección de la seguridad pública, la protección civil y la salud pública frente a los riesgos que representan los residuos radioactivos.

2º.- No obstante, y de acuerdo con lo señalado por el TACRC, para observar el principio de proporcionalidad del artículo 5 LGUM, ENRESA debería admitir la posibilidad de acreditar dicha solvencia a través de otros medios de prueba entre los previstos en el artículo 90 LCSP para los contratos de servicios, así como de presentar otros certificados de calidad equivalentes al exigido.