

INFORME DE FECHA 30 DE MAYO DE 2018 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA EXIGENCIA EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES RELATIVAS A LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ESTACIONAMIENTO REGULADO EN DETERMINADAS VÍAS PÚBLICAS DE UN MUNICIPIO, DE ACREDITAR UNA EXPERIENCIA MÍNIMA EN CONTROL DE ESTACIONAMIENTO EN VÍA PÚBLICA EN TRES POBLACIONES Y CON UN MÍNIMO DE 1.000 PLAZAS EN CADA POBLACIÓN (UM/030/18).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 21 de mayo de 2018 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito por el que un operador económico, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), presenta reclamación.

En concreto, se pone en conocimiento que en el pliego de cláusulas administrativas de concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Getxo (Euskadi)¹ se fijan requisitos de solvencia contrarios a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de la LGUM. Concretamente, se señala que en la página 18 de los citados pliegos se exige la acreditación de experiencia en gestión de estacionamiento en superficie en cuatro municipios distintos con una población superior a los 15.000 habitantes y con un mínimo de 1.000 plazas reguladas en cada una de dichas poblaciones.

La reclamación ha sido remitida por la SECUM a esta Comisión en cumplimiento de lo previsto en el artículo 26.5 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1.- Objeto del contrato licitado.

De acuerdo con el artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas en relación con el artículo 1 de las condiciones técnicas, el objeto del contrato es la concesión del servicio de estacionamiento regulado de vehículos en superficie en determinadas vías públicas del municipio de Getxo. La concesión

¹ Expediente LB/IT 6105:

<https://eudala.getxo.eus/WebKontratuak/PerfilContratante.aspx?Changeldioma=CA>.

comprende el control directo del estacionamiento, inclusive la denuncia de infracciones y comunicación de las mismas, así como la recaudación y mantenimiento integral de los parquímetros y del resto de instalaciones y elementos necesarios para la regulación del estacionamiento (p.ej. señalización horizontal y vertical de las zonas reguladas de estacionamiento).

II.2.- Contenido de la cláusula objeto de reclamación.

En el apartado 23 (Presentación de Propositiones), página 18 del pliego de cláusulas administrativas, se declara lo siguiente

- *En cuanto a la solvencia técnica o profesional:*

La empresa licitadora deberá contar con una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios de estacionamiento regulado en superficie, en cuatro municipios distintos y en los que, además, su población sea superior a 15.000 habitantes y 1.000 plazas reguladas en cada uno de ellos. Para acreditar dicha experiencia se presentará una declaración responsable que contenga una declaración de los trabajos realizados, acompañada de los correspondientes certificados expedidos o visados por el órgano competente y en los que se señalarán importes, fechas y titulares de los mismos.

II.3.- Ámbito de aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

En el caso planteado por la entidad reclamante estamos ante la gestión de un “servicio público”. Debe señalarse, como se indicó en nuestro anterior Informe [UM/026/14](#), que en el Derecho de la Unión Europea² no se emplea el término “servicio público”³ sino el de “servicios de interés general” (SIG), distinguiéndose entre “servicios de interés económico general” (en adelante SIEGs, sometidos a contraprestación económica)⁴ y “servicios no económicos de interés general” (no sometidos a contrapartida económica) estando únicamente los primeros sujetos a las normas comunitarias de competencia.

El elemento distintivo de la existencia o no de “contraprestación” se recuerda, por ejemplo, en el Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios

² Véanse páginas 3 y 4 de la Comunicación COM (2011) 900 final, de 20 de diciembre de 2011, sobre un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa.

³ “Este concepto se utiliza en el artículo 93 del Tratado TFUE en el ámbito del transporte. No obstante, fuera de este campo, el término a veces se utiliza de manera ambigua: puede referirse a la oferta de un servicio al público en general y/o en interés del público, o puede utilizarse para la actividad de entidades de titularidad pública. Para evitar la ambigüedad, la presente Comunicación no utiliza este término, sino que emplea la terminología «servicio de interés general» y «servicios de interés económico general». Véase página 4 de la Comunicación COM (2011) 900 final, de 20 de diciembre de 2011, antes citada.

⁴ Véanse artículos 14 y 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en versión consolidada de 2012 (DOUE de 26.10.2012) así como el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea en el que se hace referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE⁵.

En el caso de los servicios de control y gestión del aparcamiento o estacionamiento en la vía pública existe una clara contraprestación económica, por lo que estarían sujetos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, de transposición de la misma y a la propia LGUM. Así se señala expresamente en la página 11 del Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios⁶.

II.4.- Análisis de la restricción reclamada a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en relación con el principio de no discriminación del artículo 3 de la citada norma.

Por un lado, en el artículo 5 de la LGUM se dice que:

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.

Por otro lado, en el apartado 86 de la STJUE de 4 de mayo de 2017 ([C-387/14](#)) se prevé la posibilidad de: “*acumular las capacidades o experiencia obtenida efectivamente por el mismo operador en el marco de diferentes contratos.*”

Y en el Informe 13/1997, de 24 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid⁷ se añade que los requisitos de

⁵ Véase nota 11 de la página 10 del citado Manual. Concretamente, en el apartado 17 de la STJUE de 27 de septiembre de 1988 (asunto Humbel, 263/86) se señala que una de las características del servicio es la remuneración, esto es, la “contrapartida económica” definida entre el “prestatarario y destinatario del servicio”.

⁶ “*los servicios de interés económico general, como los característicos del sector de la electricidad y el gas, se prestan a cambio de una contraprestación económica y, por tanto, en principio, se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva.*”

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Docu2DS.pdf>.

⁷ Véanse páginas 157 y 158 de la recopilación de Informes y Recomendaciones 1996-2000 de dicho órgano en:

solvencia técnica deben referirse al periodo de tres o cinco años (en este caso, trienio) mencionado por los pliegos y no a cada uno de los ejercicios de forma individual.

En otras palabras, de acuerdo con la sentencia y el informe señalados:

- La empresa reclamante podría acumular su experiencia en contratos de gestión de plazas de aparcamiento en cantidades o volúmenes inferiores hasta poder alcanzar el total de las plazas mínimas exigibles en el contrato de Getxo (1.000).
- Dicha experiencia no resultaría exigible –como sucede en los pliegos– mediante cuatro contratos suscritos con cuatro municipios distintos de 1.000 plazas cada uno, sino que bastaría con varios contratos que sumaran el número mínimo exigible de plazas (1.000).

La exigencia de experiencia previa en diversos contratos de gestión de servicios públicos (4), cada uno de ellos con un número de plazas (1000) y referidos a municipios de determinado tamaño (cuya población supere los 15.000 habitantes) favorece a las grandes empresas sobre los pequeños y medianos operadores, cuyo acceso al mercado resulta vedado de forma injustificada, vulnerando los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de los artículos 3 y 5 LGUM.

Además, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en sus Resoluciones nº 207/2014⁸, de 14 de marzo de 2014, 25/2016⁹, de 15 de enero de 2016 y 332/2016¹⁰, de 29 de abril de 2016 ha declarado que exigir a las empresas licitantes haber sido adjudicatarias de determinado número de contratos anteriores similares al que se licita con

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DBVCM005004.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352888526594&ssbinary=true>.

⁸ Recursos nº 53/2014, 068/2014 y 074/14 C.A. Murcia 002, 003 y 004/2014

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202014/Recursos%200053.%200068%20y%200074-2014%20MU%20002.%200003%20y%20004-2014%20\(Res%20207\)%2014-03-2014.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202014/Recursos%200053.%200068%20y%200074-2014%20MU%20002.%200003%20y%20004-2014%20(Res%20207)%2014-03-2014.pdf).

⁹ Recursos nº 1253 y 1279/2015 CA Cantabria 29 y 30/2015

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%201253%20y%201279-2015%20CAN%2029%20y%2030-2015%20\(Res%2025\)%2015-01-2016.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%201253%20y%201279-2015%20CAN%2029%20y%2030-2015%20(Res%2025)%2015-01-2016.pdf).

¹⁰ Recursos nº 248 y 269/2016 C. Valenciana 54 y 61/2016

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%200248%20y%200269-2016%20VAL%2054%20y%2061-2016%20\(Res%20332\)%2029-04-2016.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%200248%20y%200269-2016%20VAL%2054%20y%2061-2016%20(Res%20332)%2029-04-2016.pdf).



Ayuntamientos que tengan un número igual o mayor de habitantes limita la concurrencia y es desproporcionado, siendo necesario prever fórmulas alternativas de acreditación de la experiencia en el ámbito local, como, por ejemplo:

- Haber exigido un mayor número de contratos referidos a Ayuntamientos de población inferior (por ejemplo, si en este supuesto se exigen cuatro contratos con Ayuntamientos de más de 15.000 habitantes, podría haberse requerido un mayor número de contratos suscritos con pequeños municipios).
- Haber trabajado la empresa licitante como subcontratista de empresas adjudicatarias de contratos en Ayuntamientos con un número igual o superior de habitantes (p.ej. haber trabajado los licitadores, en este caso, en calidad de subcontratados para empresas principales en la gestión de aparcamientos pertenecientes a municipios con población superior a los 15.000 habitantes).

Concretamente en la citada Resolución 207/2014¹¹ se declara que:

la exigencia necesaria como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional de haber celebrado determinado número de contratos con Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, excluye, de forma definitiva a quienes no reúnan dicho requisito, convirtiendo, de hecho, esta exigencia en una especie de clasificación, de modo que, quien no la tenga no podrá acceder a los contratos, que quedan reservados para quien cumpla este requisito. Debiendo señalarse, por otro lado, que si se cumple este requisito es porque, en alguna licitación, por vez primera, no se le exigió, lo cual encierra, en cierto modo, una incongruencia, una discriminación. Por ello, esta cláusula, expresada en estos términos estrictos, cierra la competencia y el acceso a la contratación y resulta desproporcionada en relación al fin que persigue.

Es decir, reconociendo que la finalidad buscada por la cláusula es ajustar la solvencia del empresario con las necesidades definidas por el órgano de contratación, su concreta formulación produce un efecto de distorsión en la competencia al restringirla mediante el veto, en la práctica, a quien no haya resultado adjudicatario de determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes. En consecuencia, el órgano de contratación debe introducir fórmulas que, a la par que satisfagan la acreditación de la solvencia, permitan abrir la contratación a otros licitadores, sin merma de la exigencia de solvencia técnica o profesional.

¹¹ Recursos nº 53/2014, 068/2014 y 074/14 C.A. Murcia 002, 003 y 004/2014

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202014/Recursos%200053.%200068%20y%200074-2014%20MU%20002.%20003%20y%20004-2014%20\(Res%20207\)%2014-03-2014.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202014/Recursos%200053.%200068%20y%200074-2014%20MU%20002.%20003%20y%20004-2014%20(Res%20207)%2014-03-2014.pdf).

Tales exigencias podrían ser del tipo, a título de ejemplo, de, con carácter alternativo, exigir determinado número de contratos en municipios de más de 20.000 habitantes o, un número superior de contratos en municipios del segmento inferior (5.000 a 20.000 habitantes, umbral inferior en prestación de servicios de la Ley de Bases de Régimen Local), o que determinado número de profesionales del licitador acrediten haber trabajado en empresas que hubieran sido adjudicatarias de tales contratos de municipios de población superior a 20.000 habitantes, etc.

Por otro lado, debe recordarse que el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, señala que, en sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

II.5.- Análisis de la restricción reclamada a la luz del principio de no discriminación entre operadores del artículo 3 de la LGUM.

Tal y como se ha indicado en el anterior apartado, las exigencias relativas a población (más de 15.000 habitantes) y plazas (1.000 para cada contrato anterior) mínimas contenidas en los pliegos favorecen claramente a las grandes empresas del sector de gestión de estacionamientos o aparcamientos.

Esta Comisión ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintos procedimientos en materia de unidad de mercado en contra de requisitos innecesarios y/o desproporcionados y de carácter discriminatorio a favor de determinados operadores y en perjuicio de otros agentes económicos del mismo sector o actividad. Así, pueden citarse los siguientes casos similares:

- Dilación indebida en los plazos de devolución de garantías de contratación pública, que favorece a los operadores con mayor capacidad financiera ([UM/047/14](#)).
- Fijación de un número mínimo de vehículos para operar como transportista, que favorece a las grandes empresas de transporte frente a los pequeños transportistas autónomos ([UM/051/14](#) y [UM/012/15](#)).

Esta Comisión tiene interpuesto ante la Audiencia Nacional un procedimiento contencioso por la vía del artículo 27 LGUM con relación a la exigencia de un número mínimo de vehículos para operar como transportista ([UM/011/15](#)).

II.6.- Precedente inmediato: impugnación de otro pliego administrativo, con base en el artículo 27 LGUM, en el marco del expediente UM/149/17.

En fecha 27 de marzo de 2018 y en el marco del expediente [UM/149/17](#)¹², esta Comisión, y al amparo del artículo 27 de la LGUM, ya acordó interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en un supuesto muy similar al sometido a este Informe. El acto impugnado fue una Resolución del Ayuntamiento de Calatayud de 29 de noviembre de 2017 recaída en el marco de una licitación pública.

En la resolución impugnada se había desestimado el recurso de reposición interpuesto por un operador económico contra la exigencia de acreditar una experiencia mínima en regulación y control de estacionamiento en vía pública en tres poblaciones y con un mínimo de 1.000 plazas en cada población.

Dicho requisito constaba en el punto 2.5.7.4.b) de los pliegos de cláusulas administrativas particulares relativas a la concesión del servicio público del estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario y su inmovilización, retirada y traslado de los mismos al depósito.

III.- CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia contenida en el apartado 23 (Presentación de Proposiciones, página 18) del pliego de cláusulas administrativas para la concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Getxo (Euskadi)¹³, consistente en tener una experiencia mínima en cuatro municipios distintos con población superior a 15.000 habitantes y 1.000 plazas reguladas en cada uno de ellos, resulta contraria a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de los artículos 3 y 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

2º.- Esta misma postura fue adoptada por esta Comisión en un supuesto análogo, concretamente en el marco del expediente [UM/149/17](#)¹⁴, y está en consonancia con las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) nº 207/2014¹⁵, de 14 de marzo de 2014,

¹² <https://www.cnmc.es/node/367639>.

¹³ Expediente LB/IT 6105:

<https://eudala.getxo.eus/WebKontratuak/PerfilContratante.aspx?Changeldioma=CA>.

¹⁴ <https://www.cnmc.es/node/367639>.

¹⁵ Recursos nº 53/2014, 068/2014 y 074/14 C.A. Murcia 002, 003 y 004/2014

25/2016¹⁶, de 15 de enero de 2016 y 332/2016¹⁷, de 29 de abril de 2016 así como con la STJUE de 4 de mayo de 2017 ([C-387/14](#), apartado 86).

3º.- En el caso de que la autoridad municipal reclamada no suprimiera la restricción anteriormente mencionada, esta Comisión vendría legitimada para impugnarla, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la LGUM y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202014/Recursos%200053.%200068%20y%200074-2014%20MU%20002.%20003%20y%20004-2014%20\(Res%20207\)%2014-03-2014.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202014/Recursos%200053.%200068%20y%200074-2014%20MU%20002.%20003%20y%20004-2014%20(Res%20207)%2014-03-2014.pdf).

¹⁶ Recursos nº 1253 y 1279/2015 CA Cantabria 29 y 30/2015

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%201253%20y%201279-2015%20CAN%2029%20y%2030-2015%20\(Res%2025\)%2015-01-2016.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%201253%20y%201279-2015%20CAN%2029%20y%2030-2015%20(Res%2025)%2015-01-2016.pdf).

¹⁷ Recursos nº 248 y 269/2016 C. Valenciana 54 y 61/2016

[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%200248%20y%200269-2016%20VAL%2054%20y%2061-2016%20\(Res%20332\)%2029-04-2016.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recursos%200248%20y%200269-2016%20VAL%2054%20y%2061-2016%20(Res%20332)%2029-04-2016.pdf).