



Roj: **SAN 2894/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2894**

Id Cendoj: **28079230062020100259**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/10/2020**

Nº de Recurso: **3/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000003 /2018

Tipo de Recurso: PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Núm. Registro General: 02349/2018

Demandante: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: AYUNTAMIENTO DE CALATAYUD

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de octubre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 3/18 promovido por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra la resolución del Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza) de 29 de noviembre de 2017, desestimatoria del 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 1000 plazas en cada población, exigencia que constaba en el punto 2.5.7.4.b) de los pliegos de cláusulas administrativas particulares relativas a la concesión del servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario y su inmovilización, retirada y traslado de los mismos al depósito y desestimación de requerimiento posterior". Ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Calatayud, representado y defendido por sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo con el que se inició este procedimiento fue interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de la CNMC por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA.

SEGUNDO.- Emplazada dicha parte para que formalizase la demanda, y presentada ésta, interesaba en su suplico el Abogado del Estado que se "... dicte sentencia estimando el recurso interpuesto, anulando el punto 2.5.7.4.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares relativas a la gestión del servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario (zona azul), así como la inmovilización, retirada y traslado al depósito de vehículos del Ayuntamiento de Calatayud, publicado en el BOP Zaragoza número 255 de 7 de noviembre de 2017, con expresa condena en costas de la demandada, ex art. 139 LJCA".

TERCERO.- Contestada la demanda por la representación procesal del Ayuntamiento de Calatayud, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondiera.

CUARTO.- Se señaló para votación y fallo de este recurso la audiencia del día 1 de julio de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes de interés para resolver el litigio, a la vista de los documentos aportados a los autos y de los que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1.- Con fecha 7 de noviembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza el pliego de cláusulas administrativas particulares relativas a la gestión del servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario (zona azul), así como la inmovilización, retirada y traslado al depósito de vehículos del Ayuntamiento de Calatayud. Dicho pliego fue aprobado mediante acuerdo del Pleno de 30 de octubre anterior.

Entre las condiciones de solvencia técnica, punto 2.5.7.4.b), el pliego disponía lo siguiente:

"Será condición indispensable acreditar experiencia, mediante documento fehaciente, en la regulación y control del estacionamiento en VÍA PÚBLICA, en tres poblaciones, con un mínimo de 1.000 plazas en cada población y una duración superior a tres años con indicación del importe, fechas y beneficiarios".

2.- La entidad APARCAMIENTOS URBA **NO** S, SERVICIOS Y SISTEMAS S.A. (AUSSA) interpuso con fecha 17 de noviembre de 2017 recurso de reposición contra el acuerdo del Pleno de 30 de octubre impugnando de manera expresa la referida cláusula, recurso que fue desestimado mediante resolución de 29 de noviembre de 2017.

3.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), AUSSA presentó con fecha 4 de diciembre de 2017 ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia solicitud de interposición de recurso contencioso-administrativo contra ese acuerdo.

4.- El 18 de enero de 2018 la Comisión remitió requerimiento previo del artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, al Ayuntamiento de Calatayud quien, por escrito de 26 de febrero de 2018, lo rechazó con fundamento en los argumentos que la demanda sintetiza del siguiente modo:

"La Resolución de 29 de noviembre de 2017, desestimatoria del recurso de reposición, argumenta y justifica cumplidamente la exigencia de solvencia técnica de los pliegos. En dicha resolución se señala que la acomodación de la solvencia técnica del recurrente a la exigida por los pliegos podría haberse efectuado mediante interpretación dentro del procedimiento de licitación, no siendo los requisitos exigidos desproporcionados.

- La no participación del recurrente en la licitación se debe, exclusivamente, a su pasividad y no a la actuación del Ayuntamiento.

- La anulación y retroacción del procedimiento de contratación ocasionaría perjuicios no justificados al interés público y al operador adjudicatario, al encontrarse el contrato ya en fase de ejecución. Por otro lado, la retroacción del procedimiento también comprometería las condiciones de igualdad de los licitadores, al poder conocerse de antemano las ofertas originales de los operadores participantes y poder intervenir otros (terceros) reajustando sus ofertas a las ya efectuadas anteriormente".

5.- A la vista de lo resuelto por el Ayuntamiento de Calatayud, el Abogado del Estado, en representación de la CNMC, presentó el recurso contencioso administrativo que dio origen a este proceso.

SEGUNDO.- La demanda aborda el fondo de la cuestión planteada después de una prolija exposición acerca de la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento una regulación como la contenida en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; sobre su aplicación en el contexto de la Unión Europea siguiendo los principios fijados por la doctrina del Tribunal de Justicia y las directrices contenidas en las últimas Recomendaciones de la Comisión Europea de 2014 y 2015, y su necesaria incardinación dentro de la organización territorial del Estado; y acerca de la constitucionalidad de la Ley en lo términos y con las limitaciones que resultan de las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 79/2017, de 22 de junio; 110/2017 y 111/2017, de 5 de octubre de 2017; y 119/2017 de 31 de octubre 2017.

Analiza entonces, a la vista del contenido de la decisión controvertida, la naturaleza de la gestión llevada a cabo en este caso por el Ayuntamiento de Calatayud y concluye que nos encontramos ante "... la gestión de un "servicio público" o, en terminología del Derecho de la Unión Europea, de "servicios de interés general", distinguiendo entre "servicios de interés económico general" (sometidos a contraprestación económica) y "servicios no económicos de interés general" (no sometidos a contrapartida económica), y advierte que solo los primeros están sujetos a las normas comunitarias de competencia. Sobre la base de esta calificación, sostiene que, tratándose de los servicios de aparcamiento en la vía pública, supuesto del presente asunto, existe una clara contraprestación económica, por lo que estarían sujetos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, así como a la propia LGUM".

A partir de ahí, examina el alcance de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación contenidos en los artículos 3 y 5 de la LGUM y su incidencia sobre la cláusula recurrida.

Recuerda que "... el artículo 18.1.g) LGUM en relación con el artículo 3 LGUM prohíbe los requisitos de naturaleza económica. El artículo 11.1.a) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio prohíbe requisitos económicos relacionados con la población".

Se remite además a lo resuelto en el apartado 86 de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (C-387/14) donde se prevé la posibilidad de "(...) acumular las capacidades o experiencia obtenida efectivamente por el mismo operador en el marco de diferentes contratos", así como al Informe 13/1997, de 24 de julio, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el que se dice que los requisitos de solvencia técnica deben referirse al periodo de tres o cinco años mencionado por los pliegos y no a cada uno de los ejercicios de forma individual.

De ello deduce que, frente a la cláusula recurrida, "-la empresa reclamante podría acumular su experiencia en contratos de gestión de diversas plazas de aparcamiento hasta alcanzar las 694 plazas exigibles en el contrato de Calatayud. -Dicha experiencia no resulta exigible por triplicado, esto es, ejercicio a ejercicio, o mediante 3 contratos de 1.000 plazas como consta en los pliegos, sino que bastaría con uno solo o, con varios que sumaran el número mínimo exigible de plazas (694)".

Rechaza los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento de Calatayud al desestimar el requerimiento de anulación formulado por la CNMC y concluye que "... por resultar contrario a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad de los artículos 3 y 5 LGUM, procede declarar la nulidad del punto 2.5.7.4.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares relativas a la gestión del servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario (zona azul), así como la inmovilización, retirada y traslado al depósito de vehículos del Ayuntamiento de Calatayud (BOP Zaragoza número 255 de 7 de noviembre de 2017)".

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de fondo hemos de pronunciarnos sobre la posible extemporaneidad del recurso que opone en su contestación a la demanda el Ayuntamiento de Calatayud. Este motivo de inadmisibilidad se justifica en que se habría incumplido el plazo previsto en el artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo apartado 2 establece que "El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

Sobre la base de esta norma, argumenta que "Como expresamente se indica en el requerimiento previo dirigido por la CNMC al Ayuntamiento de Calatayud (F- 18), el operador económico, en este caso AUSSA, tras ver desestimado el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo plenario de 30.10.17 (F-9) por el que se aprobaba el pliego de cláusulas administrativas particulares del procedimiento para la contratación de la gestión de la "zona azul" de Calatayud, se dirigió a la propia CNMC con fecha 4 de diciembre de 2017 solicitando la

interposición de recurso contencioso administrativo. Resulta evidente que el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo, computado "ex lege" desde el 4 de diciembre de 2017 finalizaba el 4 de febrero de 2018. Sin embargo, el recurso ha sido interpuesto con fecha 18 de abril de 2018, (véase decreto de admisión a trámite de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia), es decir, dos meses y catorce días más tarde de la fecha límite de interposición, deviniendo en extemporáneo, razón por la cual se invoca la INADMISIBILIDAD DEL RECURSO al amparo de lo establecido en el art. 69.e) de la LJCA".

No compartimos esta conclusión que resulta de mezclar dos cauces impugnatorios bien distintos como son, por un lado, el administrativo ordinario y, como continuación del mismo, el contencioso administrativo general; y, por otro, el procedimiento especial de la Ley 20/2013 que se regula en los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA.

En efecto, con carácter general dispone el artículo 127 bis, apartado 2, de la LCA que *"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"*.

Es este segundo supuesto, el de la presentación del recurso contencioso administrativo por la CNMC a solicitud de un operador económico, el aplicable aquí pues, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en el escrito de interposición, la actuación de la Comisión se produjo a petición de un operador económico, lo que tendría plena cobertura bajo la previsión del artículo 27.2 de la Ley 20/2013.

La presentación de la solicitud del operador ante la CNMC se produjo el día 4 de diciembre de 2017 por lo que, conforme al transcrito artículo 127 bis.2 de la LJCA, el plazo finalizaría a los dos meses de esa fecha.

No obstante, la Comisión formuló el requerimiento previo de anulación al Ayuntamiento de Calatayud conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la misma Ley jurisdiccional.

Frente a la opinión contraria del Ayuntamiento demandado, ha de decirse que esta Sala se ha pronunciado ya sobre la aplicabilidad del artículo 44 de la LJCA en el procedimiento especial de garantía para la unidad de mercado, y así en sentencia de 28 de noviembre de 2018, recurso núm. 757/2015 -cuyo criterio reproduce la de 17 de julio de 2019, recurso núm. 19/17-. Y lo hemos hecho en los siguientes términos:

"SEPTIMO.- Expuestas las distintas alegaciones formuladas por las partes personadas en este proceso, debemos analizar de forma previa la causa de inadmisibilidad invocada por las defensas de las corporaciones profesionales que han comparecido como partes codemandadas y ello porque su estimación haría innecesario el examen del resto de las cuestiones planteadas en este proceso.

En este sentido las partes codemandadas interesan la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo porque consideran que se ha interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la CNMC, habiendo superado el plazo de los dos meses a que alude el artículo 127.2 bis, párrafo segundo, de la LJCA que dispone, en lo que ahora interesa: "Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

Una correcta determinación de la cuestión jurídica debatida exige concretar cuáles han sido las actuaciones realizadas por la CNMC antes de interponer el presente recurso contencioso administrativo para poder así dilucidar cuál es el día inicial del computo del plazo de los dos meses para interponer el indicado recurso. Así resulta del expediente administrativo que:

1. El Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona presentó en fecha 6 de junio de 2014 en la CNMC un escrito en el que solicitaba la impugnación del Decreto 67/2015 por entender que de él se derivaban obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios profesionales consistentes en la inspección técnica de edificios de viviendas en el marco del procedimiento previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de mercado.

2. A la vista de dicho escrito, la CNMC, y al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, en relación con el artículo 44 de la LJCA dirigió en fecha 6 de julio de 2015 a la Generalitat de Cataluña un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo por entender que el artículo 7.4 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, era contrario a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía para la unidad de mercado.

3. Requerimiento previo que no obtuvo respuesta y se entendió rechazado por el mero transcurso del plazo de un mes.

4. Posteriormente, en fecha 26 de octubre de 2015, la CNMC interpuso recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado.

Corresponde a esta Sección analizar cómo se efectúa el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado previsto en la LJCA. Es este un procedimiento especial que únicamente puede interponerse por la CNMC frente a cualquier disposición general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente - artículo 27.1 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado-.

Y la CNMC legitimada para interponer dicho recurso puede actuar de oficio o a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo (art. 27.2 de la Ley 20/2013). Y en este último caso la CNMC valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición del recurso contencioso administrativo informando al operador de su decisión. La CNMC es la única legitimada para interponer el recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado aunque actúe a solicitud de un operador económico y considere, no obstante, procedente su interposición. En este caso, la CNMC, haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 44 de la LJCA, optó de forma previa a la interposición del recurso contencioso administrativo, dirigir a la Generalitat de Catalunya un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo. Requerimiento previo que, de acuerdo con el artículo 46.6 de la LJCA, implica que el plazo de los dos meses para la interposición del recurso debe iniciar su cómputo a partir del día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado el requerimiento previo formulado por la CNMC para interponer el recurso contencioso administrativo y ello con independencia de que actué de oficio o a instancia de un operador económico. Y ello porque como quien interpone el citado recurso es única y exclusivamente la CNMC, dada su naturaleza jurídica, puede efectuar el requerimiento previo del artículo 44 de la LJCA previsto en los litigios entre Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 110/2017, de 5 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1411/2014 relativo a la LGUM, tras recordar la condición de organismo público de la CNMC, establece, además, las diferencias entre su posición y la de un particular:

"...En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un "organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado" (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está "dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado" (art. 2 de la Ley 3/2013).

De acuerdo con la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 20/2013 al nuevo artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: "cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso administrativo regulado en este capítulo".

La CNMC actúa así en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y, por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada".

Así pues, cuando la CNMC, dirige un requerimiento previo a la interposición del recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, persigue la protección de intereses generales vinculados a los objetivos de la LGUM, en su condición de Administración Pública que tiene atribuida la defensa de tales intereses legítimos. Y es

la existencia de un conflicto entre Administraciones Públicas como es el caso lo que justifica la remisión del requerimiento previo del artículo 44 LRJCA.

A la vista de lo expuesto entendemos que el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses a que alude el artículo 127 bis, párrafo segundo, de la LJCA queda suspendido por el requerimiento previo formulado por la CNMC a la Administración demandada, en este caso a la Generalitat de Catalunya, al amparo del artículo 44 de la LJCA. Requerimiento previo cuya exigencia no se ha excepcionado cuando, como sucede en este caso, la CNMC decide interponer el recurso contencioso administrativo a solicitud del operador económico.

En consecuencia, el Abogado del Estado al interponer el presente recurso jurisdiccional en nombre y en defensa de la CNMC si ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que su computo debe iniciarse desde la fecha en que se entiende desestimado presuntamente el requerimiento previo formulado a la Generalitat de Catalunya. Y en este caso habiéndose formulado el requerimiento a la Generalitat de Cataluña en fecha 6 de julio de 2015 debemos entender que se ha rechazado presuntamente en el plazo de un mes - al menos, en fecha 6 de agosto porque se desconoce la fecha exacta en que se recibió por la Generalitat de Catalunya- y comienza en esa fecha el computo del plazo de los dos meses para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. De tal modo que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso administrativo en fecha 26 de octubre de 2015 debemos concluir que se ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que el mes de agosto es inhábil a los efectos de la interposición del recurso contencioso administrativo".

Criterio que procede mantener ahora y que obliga a rechazar la pretendida extemporaneidad del recurso pues, desestimado el requerimiento previo por el Ayuntamiento de Calatayud el 26 de febrero de 2018, la CNMC interpuso el recurso contencioso administrativo que dio origen a estos autos el 18 de abril siguiente y, por tanto, dentro del plazo de dos meses establecido al efecto.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, niega el Ayuntamiento de Calatayud que la cláusula controvertida resulte contraria al principio de proporcionalidad en los términos en que cabe interpretarlo de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2013 y partiendo del principio de solvencia como garantía en los procedimientos de contratación pública.

Sostiene en ese sentido que "... siendo el objeto del contrato la gestión del servicio de "Zona Azul" de Calatayud, durante 12 años (10 más 2 prórrogas) la exigencia como solvencia técnica de una experiencia en la regulación y control del estacionamiento en vía pública, en tres poblaciones, con un mínimo de 1.000 plazas en cada población y una duración superior a tres años guarda adecuada proporción tanto con el número de años como con el número de plazas y resulta ajustada numéricamente al alcance y dimensión económica de la contratación".

Respecto del número de plazas gestionadas que se exigen a las entidades concursantes, advierte que el número de mil supone un treinta por ciento, y no el doble que indica la CNMC, sobre las inicialmente previstas, y se justificaría por la previsión de futuras ampliaciones, algunas de carácter inmediato, específicamente contempladas en el propio pliego de condiciones administrativas.

Además, en cuanto a la proporcionalidad de la cláusula, afirma que la exigencia de acreditación de tres contratos de gestión de la zona azul con una duración de tres años es coherente con la duración del contrato objeto de licitación (doce años).

Y termina sus argumentos en torno a la proporcionalidad de la cláusula afirmando que *"la previsión de la cláusula 4.5 del PCAP (F-5) de futuras ampliaciones de las 694 plazas inicialmente contempladas, que no ha sido mencionada ni por el recurrente ni por la CNMC en fase administrativa ni en vía jurisdiccional por la Abogacía del Estado en su escrito de demanda, constituye el argumento definitivo para estimar que la cláusula de solvencia técnica impugnada resulta proporcional y ajustada a derecho".*

Insiste así en las previsiones de aumento de plazas de aparcamiento y, por tanto, de necesario incremento de la capacidad de gestión de la adjudicataria como consecuencia de la futura utilización de solares como estacionamientos públicos.

Por lo demás, pone de relieve que en ningún momento se negó a AUSSA la posibilidad de concurrir al procedimiento de licitación y que, antes al contrario, *"... fue expresamente invitado a participar en el procedimiento de adjudicación del contrato de la Zona Azul (F-19) adelantándole una interpretación favorable al reconocimiento de su solvencia".*

QUINTO.- El análisis de la pretensión anulatoria de la CNMC exige partir de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, que, bajo la rúbrica *Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes*, dispone lo siguiente:

" 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".

El precepto remite así, y para apreciar la eventual desproporción de los requisitos impuestos a las empresas licitadoras, a un juicio comparativo entre el alcance de la cláusula recurrida -que exige a dichas empresas, recordemos, *experiencia en la regulación y control del estacionamiento en VÍA PÚBLICA, en tres poblaciones, con un mínimo de 1.000 plazas en cada población y una duración superior a tres años*-, y las necesidades derivadas de la adecuada gestión del "... *servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario (zona azul), así como la inmovilización, retirada y traslado al depósito de vehículos del Ayuntamiento de Calatayud*". Servicio que se describe también y que, conforme al pliego de condiciones técnicas, implicaba la gestión de un total de 694 plazas de aparcamiento (122 en batería y 572 en línea) distribuidas en las calles que refleja dicho pliego.

La mera comparación entre dicho número y el exigido a las empresas licitadoras -cuya experiencia debía ser la de haber gestionado, como mínimo, 1000 plazas de aparcamiento - evidencia un exceso que debería haberse justificado en el mismo pliego que, sin embargo, si bien prevé la posible ampliación de las plazas a gestionar (apartado 1c), lo hace en unos términos que no permiten salvar dicha desproporción: bajo la rúbrica "Variación de las plazas de estacionamiento" se reserva la facultad de ampliación -también de reducción- de las plazas a gestionar, variación que implicaría modificación de las condiciones del contrato solo en el caso de que resultara superior al 10% de las plazas adjudicadas.

Esta sola previsión no permite compensar el claro desequilibrio que, en principio, cabe advertir del cotejo entre las cifras de experiencia exigida a las entidades licitadoras -al menos 1.000 plazas en cada población y durante al menos tres años-, y el número de plazas del Ayuntamiento a gestionar, un total de 694.

Además, la posibilidad de ampliación sin modificación del contrato se limita al 10% del total de plazas, que no compensa, precisamente por esa notable diferencia, el exceso en cuanto a la experiencia exigida.

El Ayuntamiento aduce a fin de justificarlo que está prevista la utilización de solares como estacionamientos públicos, con un incremento de las plazas que alcanzaría hasta las 789, conforme al cuadro que adjunta. Incremento que habría sido reflejado en acuerdo del pleno municipal de 25 de enero de 2010.

Sin embargo, esa mera previsión, adoptada en un acuerdo tan distanciado de la convocatoria de licitación (más de siete años), sin que conste que durante el tiempo que media entre ambos se hubiera llevado a cabo actuación alguna, no permite considerar justificada la experiencia exigida que, por otra parte, implica una notable restricción en las posibilidades de participar en la licitación de operadores económicos que, conforme a las características y dimensión del servicio público en rigor convocado, podrían asumirlo aun sin contar con dicha experiencia.

La cláusula recurrida supone entonces, en cuanto al exceso en la experiencia exigida, una clara limitación al acceso a una actividad económica que no se ajusta al principio de proporcionalidad a que se refiere el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre; que no está amparada en razones imperiosas de interés general, en los términos que resultan de dicho artículo 5 de la LGUM y del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, al que se remite; y que tampoco puede considerarse ajustada a las necesidades reales del servicio público a gestionar en la medida en que podría este resultar objetivamente satisfecho con otros medios menos restrictivos, también en términos del artículo 5, revelando entonces que la restricción es desproporcionada para el fin perseguido.

Esta interpretación es plenamente conforme con la que ha hecho el Tribunal Supremo en relación al mismo artículo 5 de la Ley 20/2013. Así, en la reciente sentencia número 1218/2020, de 28 de septiembre, que se remite a la sentencia número 332/2020, de 6 de marzo, señala que "*La adecuación y proporcionalidad de la medida elegida es una exigencia contenida tanto en el artículo 4.1 de la ley 40/2015 -las Administraciones públicas que exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad «deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias»- como en el artículo 5.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, al establecer este precepto que «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»".*

También sobre el alcance del principio de proporcionalidad a que se refiere la Ley 20/2013 ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional al analizar la constitucionalidad de sus artículos 5 y 17, que declaró conformes a la Constitución en sentencia 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

En dicha sentencia declara, en cuanto ahora interesa, lo siguiente:

" El artículo 5 supone:

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo....), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionado para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE, pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ7º) ".

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013, una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen... Y por otro, restringe aun más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad....

....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013, y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

Al faltar, insistimos, tanto las razones imperiosas de interés general que pudieran justificar la experiencia exigida en la licitación convocada por el Ayuntamiento de Calatayud, como la adecuación de la restricción que dicha experiencia supone a la necesidad real del servicio público a gestionar, procede anular el punto 2.5.7.4.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares al resultar contrario al artículo 5 de la Ley 20/2013.

Y, desde luego, sin que a ello obste el que no se hubiera negado en ningún momento a AUSSA que pudiera participar en el procedimiento de licitación, como argumenta finalmente el Ayuntamiento.

Ž

Es lo cierto que el presente recurso contencioso administrativo no se interpuso por dicho operador económico sino por el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la CNMC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, cuyo apartado 1 dispone que *"La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"*.

Atribuida la legitimación para interponerlo a la CNMC, el mismo artículo prevé en su apartado 2 que puede actuarla *"... de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo"*.

Por tanto, el hecho de que dicho operador económico, en este caso AUSSA, hubiera podido o no participar en el procedimiento de licitación, no tiene ninguna incidencia en un proceso en el que la legitimación para recurrir corresponde solo a la CNMC, con independencia de la facultad que la misma Ley atribuye a dichos operadores para requerir a ese organismo a fin de que interponga recurso contencioso administrativo por el trámite especial de los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, las costas habrán de ser satisfechas por el Ayuntamiento demandado.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra la resolución del Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza) de 29 de noviembre de 2017.

2.- Anular la referida resolución, así como el punto 2.5.7.4.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares relativas a la gestión del servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículos en la vía pública bajo control horario (zona azul) e inmovilización, retirada y traslado al depósito de vehículos del Ayuntamiento de Calatayud, publicado en el BOP Zaragoza número 255 de 7 de noviembre de 2017.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 27/10/2020 doy fe.