

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, CON REFERENCIA A LOS REQUERIMIENTOS DE ARRAIGO TERRITORIAL Y EXPERIENCIA PREVIA ESTABLECIDOS COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE UN CONTRATO DE SERVICIOS DE AUDITORÍA

Expediente: UM/005/22

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 8 de febrero de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 12 de enero de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea, por parte del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE) una reclamación al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM) contra la exigencia de experiencia previa y arraigo territorial contemplados como criterios de adjudicación el contrato de servicios de auditoría externa para la verificación de las cuentas anuales e informe de gestión de la empresa Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta S.A.

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

Es objeto de reclamación la exigencia de experiencia previa y arraigo territorial contenidos en los apartados 10.1.4 y 10.1.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares¹ del contrato de servicios de auditoría externa para la verificación de las cuentas anuales e informe de gestión de la empresa Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta S.A (AMGEVICESA)².

Concretamente, en el apartado 10.1.4 del PCAP se recogen los criterios de valoración relativos a la experiencia auditora de los licitadores, valorando con hasta la mitad de la puntuación posible (5 puntos sobre 10), la prestación de servicios de auditoría *“realizados en los últimos 5 (CINCO) años, a sociedades anónimas y/o limitadas pertenecientes al sector público local”*.

Por su parte, en la cláusula 10.1.5, se valora, como criterio de arraigo territorial, disponer de una oficina física en la Ceuta.

El reclamante considera que la exigencia de experiencia debería constar como requisito para valorar la solvencia técnica -y no como criterio de adjudicación-. En cuanto a la exigencia de arraigo territorial, considera que es discriminatoria e injustificada, y que vulnera los artículos 3 y 5 de la LGUM.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS DE AUDITORÍA 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”*.

¹ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/abf3684-937e-4842-b36a-abae7e8ca297/DOC_CD2021-478988.html?MOD=AJPERES

² AMGEVICESA es una sociedad mercantil, de capital perteneciente íntegramente a la Ciudad Autónoma de Ceuta que tiene el concepto de poder adjudicador distinto de Administración Pública.

La actividad analizada, esto es, la prestación de servicios de auditoría está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como se desprende del artículo 2³.

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

En el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) se señala que “*la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio*”, añadiéndose en el apartado 5 los criterios de adjudicación de los contratos⁴.

En relación a la utilización de la experiencia previa de la empresa licitadora como criterio de adjudicación, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha venido señalando⁵ que únicamente resulta admisible esta exigencia cuando la experiencia es requerida al personal de las empresas licitadoras, pero no cuando se refiere a dichas empresas. De lo contrario, se estaría dando prioridad en los criterios de adjudicación a las empresas que han contratado o han venido contratando anteriormente con la Administración Pública.

No hay que olvidar, que el ya citado artículo 145.2.2º LCSP, al regular los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio, hace referencia explícita a la experiencia del personal

³ “*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.*”

⁴ *Tales criterios deben cumplir los siguientes requisitos:*

- a) *En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) *Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) *Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.*

⁵ Entre otras, en sus Resoluciones nº 744/2021 de 24 de junio de 2021 (Recurso nº63/2021) y nº 1574/2021 de 11 de noviembre de 2021 (Recurso nº 1121/2021).

adscrito al contrato pero no a la experiencia de la empresa licitadora, en los siguientes términos:

*“2.º La organización, cualificación y **experiencia del personal adscrito al contrato** que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.”*

Por lo que se refiere a la exigencia de arraigo territorial como criterio de adjudicación, debe recordarse la doctrina del TACRC⁶ que considera *“discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.”*

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

⁶ Resolución nº 1888/2021, de 22 de diciembre.

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 LGUM 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.*

Finalmente, el artículo 3 de la LGUM prevé que:

“Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.

Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.”

Como se ha señalado anteriormente, el reclamante considera que las exigencias de experiencia previa y de arraigo territorial como criterios de adjudicación del

contrato de servicios de auditoría resultan contrarias a la LGUM al ser desproporcionadas y discriminatorias.

Por lo que se refiere a la exigencia de experiencia previa, no consta en el pliego de la licitación que este requisito esté fundado en ninguna de las razones imperiosas de interés general del ya citado artículo 3.11 de la Ley 17/2009, ni por qué motivo se exige a las empresas y no al personal de las licitadoras. Tampoco se ha justificado la existencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de este requisito incluido en el pliego, debe considerarse contrario al artículo 5 LGUM.

Por su parte, respecto al requisito de arraigo territorial consistente en valorar como criterio de adjudicación, el disponer de una oficina física en Ceuta, tampoco en este caso, consta en el pliego ninguna razón que justifique su exigencia. Como se ha señalado anteriormente, este requisito únicamente estaría justificado cuando se refiera a la empresa adjudicataria -y no a las licitadora-, guarde relación con el objeto del contrato y resulte proporcionado; lo que no sucede en el presente caso generando, vulnerando, por tanto, no solo los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, sino también el de no discriminación del artículo 3 de la misma Ley.

VI. CONCLUSIONES

- 1) El establecimiento de requerimientos de experiencia previa y arraigo territorial contemplados como criterios de adjudicación para las empresas licitadoras en el contrato de servicios de auditoría externa para la verificación de las cuentas anuales e informe de gestión de la empresa Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta S.A. constituyen restricciones de acceso y ejercicio a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.
- 2) Dichas restricciones no han sido fundadas por la Administración reclamada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de las exigencias efectuadas, deben considerarse contrarias a los artículos 3 y 5 de la LGUM.