

INFORME 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, CON REFERENCIA A LA EXIGENCIA EN LOS PLIEGOS DE LICITACIÓN DE UN CONTRATO DE SERVICIOS DE COLABORACIÓN CON LA GESTIÓN RECAUDATORIA MUNICIPAL DE QUE EL PERSONAL DE LAS EMPRESAS LICITADORAS ACREDITE SU EXPERIENCIA EN LA UTILIZACIÓN DE UNA DETERMINADA APLICACIÓN INFORMÁTICA

Expediente: UM/010/22

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 28 de enero de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM) contra determinados requisitos de experiencia exigidos en la licitación de los servicios de colaboración a la gestión recaudatoria municipal de los ingresos del Ayuntamiento de Benicàssim.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la exigencia recogida en los pliegos¹ de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la licitación de los servicios de colaboración a la gestión recaudatoria municipal de los ingresos del Ayuntamiento de Benicàssim (expediente de contratación núm. 19217/2021) de que el personal de las empresas licitadoras acredite su experiencia en el uso de una determinada aplicación informática. Dicho requisito se exige tanto para acreditar la solvencia técnica, como para su valoración de cara a la adjudicación.

El objeto del contrato, según consta en la Cláusula 1.1 del PCAP, es *“la contratación de servicios de colaboración con la gestión recaudatoria municipal de los ingresos y recursos que integran el haber de la Hacienda Municipal”*. Asimismo, en dicha cláusula se advierte expresamente que *“todas las tareas objeto del contrato se realizarán en la aplicación informática del Ayuntamiento (T-systems)”*.

Por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, la Cláusula Décima del PCAP, en su apartado 2.A.1.a) exige que al menos tres de las personas del equipo tengan *“experiencia en haber trabajado con la aplicación informática GTWin de T-Systems de al menos 3 años”*.

Por su parte, respecto a los requisitos de solvencia técnica, tanto la cláusula Decimoséptima del PCAP como en la Cláusula Séptima del pliego de prescripciones técnicas, incluyen también el requisito de que, al menos tres miembros del personal de las empresas licitadoras, tengan experiencia mínima de 3 años, en haber trabajado con la aplicación informática GTWin de T-Systems

El reclamante considera que la exigencia de experiencia en una determinada aplicación informática resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN RECAUDATORIA MUNICIPAL 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*

¹ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/50c1305b-f4c5-4f79-a150-190700adebc9/DOC_CD2021-264810.html?MOD=AJPERES.

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 licitación ahora analizada, esto es, los servicios de colaboración con la gestión recaudatoria municipal constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2² y lo ha indicado esta Comisión en anteriores informes, como el [UM/048/21](#) de 22 de julio de 2021.

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

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 servicios³.

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.”*

³ *“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.

Y, por otro lado, con relación a los criterios de adjudicación del contrato, el artículo 145 LCSP prevé:

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.

Y, además, el mismo precepto señala que dichos criterios de adjudicación deberán reunir 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.

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

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.

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”

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 experiencia del personal de las empresas licitadoras en el uso de una determinada aplicación informática exigida tanto como requisito de solvencia técnica como criterio de adjudicación, resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha señalado en sus Resoluciones de 26 de septiembre de 2014 (recurso nº 590/2014) y de 15 de octubre de 2021 (recurso nº 950/2021) que la exigencia a las empresas licitadoras de experiencia previa en el uso de un programa informático determinado podría considerarse desproporcionada al no admitirse la experiencia en aplicaciones informáticas similares o equivalentes, siendo además dicho requerimiento restrictivo de la competencia.

En este caso concreto, aunque del objeto del contrato se desprende el uso por parte de la Administración licitante de un programa de gestión tributaria concreto (GTWin de T-Systems), el Ayuntamiento podría haber exigido en los pliegos la experiencia en aplicaciones de gestión tributaria similares o equivalentes utilizados por las Administraciones Públicas.

Debe recordarse el principio de “neutralidad” competitiva indicado en el apartado 2.7 de las Recomendaciones de la CNMC a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva de 7 de julio de 2021 (G-2021-01) ⁴, en el que se indica que, “la normativa puede dañar la neutralidad competitiva, generalmente, a través de disposiciones que otorgan privilegios, ventajas o beneficios injustificados: (...) A las empresas que utilizan una determinada tecnología”.

En virtud de lo expuesto, la exigencia de experiencia en una aplicación de gestión tributaria concreta establecida en la licitación del servicio de gestión recaudatoria del Ayuntamiento de Benicasim, podría considerarse desproporcionada al no

⁴ Véase página 13 (<https://www.cnmc.es/expedientes/g-2021-01>).

admitirse la experiencia en aplicaciones informáticas similares o equivalentes, lo que resultaría contrario al artículo 5 LGUM.

V. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

- 1) El requisito de solvencia técnica y profesional y de adjudicación consistente en disponer de experiencia previa en una determinada aplicación informática supone una restricción al acceso y ejercicio de la actividad económica en el sentido del artículo 5 LGUM.
- 2) Dicha restricción podría considerarse desproporcionada al no admitirse la experiencia en aplicaciones informáticas similares o equivalentes.