

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, CONTRA LA EXIGENCIA DE ESTAR HABILITADA COMO EMPRESA COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN EL MARCO DE LA CONCESIÓN DEMANIAL PARA LA INSTALACIÓN DE UNA RED DE PUNTOS DE RECARGA PÚBLICA DE VEHÍCULOS ELÉCTRICOS POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE ARROYO DE LA ENCOMIENDA (EXP. 2023/1603)

Expediente: UM/068/23

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 31 de octubre de 2023.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 14 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital una reclamación presentada por un operador, al amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), y remitida con fecha 18 de septiembre de 2023 por parte de la Secretaría para la

Unidad de Mercado (SUM) a esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

El interesado entiende que el pliego del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda para la *“Concesión demanial del dominio público para la instalación, mantenimiento y explotación de una red de puntos de recarga pública de vehículos eléctricos”* vulnera sus derechos e intereses legítimos. En concreto, entiende que la cláusula 6.h) de la Memoria justificativa, en la que se exige, como requisito de habilitación profesional específica para el contrato, que el licitador esté *“registrado como empresa comercializadora de energía conforme a lo dispuesto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de energía eléctrica”*, es innecesaria y desproporcionada.

Señala el interesado que mediante consultas formuladas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público ha solicitado reiteradas veces a la autoridad competente la eliminación de esta cláusula, que considera que no se ajusta a la normativa sectorial vigente y obstaculiza el desarrollo de una infraestructura esencial para la promoción de la movilidad eléctrica sostenible.

En particular, del contenido de estas comunicaciones con la autoridad competente se desprende que el interesado considera que el pliego debería aceptar también como habilitación profesional la clasificación como *“operador de punto de recarga”*.

Con fecha 9 de octubre de 2023 se ha notificado a esta CNMC la emisión de informe por parte de la SUM de 29 de septiembre de 2023 en la que señala que *“Las previsiones incluidas en los pliegos de licitación de los contratos públicos han de ser analizadas teniendo en cuenta la LGUM y, en particular, habrán de ajustarse al principio de necesidad y proporcionalidad que proclama su artículo 5”*.

Junto con el informe de la SUM, se adjuntan también los informes emitidos por la Subsecretaría de la Secretaría General Técnica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITERD) y de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA), ambos de 25 de septiembre de 2023.

Al respecto, el MITERD señala que de la interpretación de la normativa sectorial, *“la condición establecida en la Memoria justificativa expedida por el Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda al objeto de contratar la concesión demanial del dominio público para la instalación de una red de punto de recarga para vehículos eléctricos, por la cual se exige ostentar la condición de ser empresa comercializadora de energía eléctrica para prestar servicios de recarga energética, no es exigida legalmente”* por lo que concluye que *“en aplicación de la normativa de garantía de unidad de mercado, cabría su interpretación en contra de los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, que regula el capítulo II de la LGUM.”*

Por su parte, la ACREA señala que la prestación de los servicios de recarga energética de vehículos eléctricos desarrollada por los Operadores de Recarga constituye una actividad económica incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, por lo que cualquier limitación al acceso o ejercicio de dicha actividad deberá respetar los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados en su artículo 5.

Por último, con fecha 3 de octubre de 2023, y por tanto con posterioridad a la emisión de los informes previos mencionados, la Secretaria municipal emitió su propio informe, indicando que dicha entidad local se había alineado, antes de la presentación por parte del interesado de la reclamación ante la SUM, con los informes emitidos por el MITERD y la ACREA, cuando a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), dio contestación el 13 de septiembre de 2023 a la pregunta formulada por el reclamante indicando que *“Cuando el Cuadro Resumen de Cláusulas Administrativas Particulares (CCP), dice “estar registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica”, debe entenderse que dicha referencia incluye también la comercialización o venta de energía para recarga de vehículos eléctricos; es decir, a las empresas “prestadoras de servicios de recarga energética de vehículos.” Visto lo cual, finaliza su informe señalando que “de conformidad con la contestación dada a través de la PCSP [...] su derecho no se ha visto restringido ni perjudicado, no siendo previsible que sea excluido de la licitación, siendo éste el criterio de esta Secretaría”.*

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 de la LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como *“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”.* Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que *“no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.”*

En el caso que nos ocupa, la actividad afectada por el acto administrativo frente al que se dirige la reclamación rectora del presente procedimiento consiste en la instalación, mantenimiento y explotación, por parte del adjudicatario de la concesión convocada por el Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda el 23 de agosto de 2023 (expte. 2023/1603), de una red de puntos de recarga pública de vehículos eléctricos, lo que representa una actividad de carácter profesional que supone la ordenación de medios y recursos con la finalidad de intervenir en la prestación del servicio de “despliegue *por el municipio de una infraestructura de cargadores eléctricos, ofreciendo al ciudadano la posibilidad de realizar la recarga de sus vehículos eléctricos*”. Resulta, por tanto, de aplicación la LGUM.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

El objeto de este informe es analizar, a la luz de los principios de la LGUM, si el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda, en relación con la imposición del requisito de habilitación profesional específica para la “*Concesión demanial del dominio público para la instalación, mantenimiento y explotación de una red de puntos de recarga pública de vehículos eléctricos*”, que exige que el licitador esté “*registrado como empresa comercializadora de energía conforme a lo dispuesto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de energía eléctrica*”, es innecesaria y desproporcionada.

Para el análisis del objeto del presente informe, hemos de partir de lo establecido en el art. 5 de la LGUM, en cuya virtud se señala que:

- “1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, 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 guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser proporcionado de modo tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.”*

Por su parte, la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, define en su artículo 48 los requisitos para prestar los servicios de recarga energética, señalando en sus primeros apartados lo siguiente:

“Artículo 48. Servicios de recarga energética.

- 1. El servicio de recarga energética tendrá como función principal la entrega de energía a título gratuito u oneroso a través de servicios de carga de*

vehículos y de baterías de almacenamiento en unas condiciones que permitan la carga de forma eficiente y a mínimo coste para el propio usuario y para el sistema eléctrico.

2. Los servicios de recarga energética podrán ser prestados por cualquier consumidor debiendo cumplir para ello los requisitos que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno.

La prestación de servicios de recarga en una o varias ubicaciones podrá realizarse directamente o a través de un tercero, de manera agregada por un titular o por varios titulares a través de acuerdos de interoperabilidad.

3. Las instalaciones de recarga de vehículos deberán estar inscritas en un listado de puntos de recarga gestionado por las Comunidades Autónomas y por las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla correspondientes al emplazamiento de los puntos, que estará accesible para los ciudadanos por medios electrónicos.

La información que conste en dichos listados deberá ser comunicada por las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla al Ministerio para la Transición Ecológica, para su adecuado seguimiento.”
(subrayado añadido)

Lo anterior ha sido desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 184/2022, de 8 de marzo, por el que se regula la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos, el cual indica lo siguiente:

“Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de este real decreto, se entiende por: [...]

e) Operador del punto de recarga: Operador, persona física o jurídica, titular de los derechos de explotación de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos.

El operador del punto de recarga se constituye, con carácter general, como el consumidor de energía eléctrica, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Alternativamente, el consumidor podrá ceder o transmitir, total o parcialmente, a los efectos de este real decreto, los derechos de explotación de la infraestructura de puntos de recarga de vehículos eléctricos a terceros, que asumirán los derechos y obligaciones del operador del punto de recarga de conformidad con lo establecido en este real decreto.” (subrayado añadido)

En consecuencia, del marco normativo aplicable no se evidencia que exista ningún tipo de requisito normativo que exija que para prestar el servicio de recarga energética sea necesario estar registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica.

No obstante, como se ha indicado en los antecedentes, el apartado 6.h) de la Memoria justificativa de la necesidad de contratar la concesión demanial objeto del presente procedimiento señala que “*El licitador debe estar registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica conforme a lo dispuesto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el Real Decreto*

1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de energía eléctrica.”

Al respecto, los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el art. 5 de la LGUM exigen que los límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio se motiven en la necesaria salvaguardia de alguna razón imperiosa de interés general, considerando que en todo caso esos límites o requisitos guarden relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y sean proporcionados, no existiendo otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no se observa que exista tal justificación. Sobre este extremo, esta CNMC coincide con la SUM cuando señala que *“ni en el pliego ni en la memoria justificativa se encuentra una motivación de la medida basada en el principio de necesidad y proporcionalidad del LGUM”*. Del mismo modo, el MITERD señala en su informe que *“en interpretación de la normativa sectorial, la condición establecida en la Memoria justificativa [...], por la cual se exige ostentar la condición de ser empresa comercializadora de energía eléctrica para prestar servicios de recarga energética, no es exigida legalmente”*, al igual que la ACREA que indica que *“el establecimiento de dicho requisito durante la fase inicial de selección de candidatos y licitadores en un procedimiento de contratación implica una reserva de actividad a favor de unos determinados operadores que estén previamente inscritos como empresa comercializadora de energía eléctrica y, por ende, una barrera de acceso a la actividad económica”* la cual *“deberá respetar los principios [...] de necesidad y proporcionalidad consagrados en su artículo 5 [de la LGUM]”*.

A todo lo anterior, hay que añadir lo indicado por la propia autoridad reclamada, que afirma haberse alineado con la interpretación defendida por el MITERD y la ACREA, al haber informado al reclamante a través de la PCSP que el requisito de estar registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica para poder optar por la concesión recogido en su Memoria justificativa *“debe entenderse que [...] incluye también la comercialización o venta de energía para recarga de vehículos eléctricos; es decir, a las empresas “prestadoras de servicios de recarga energética de vehículos.”* Con base en lo cual no considera previsible que sea excluido de la licitación, de conformidad con el criterio de su Secretaría.

Con base en todo lo anterior, en aplicación de la normativa de garantía de unidad de mercado, esta CNMC considera que, en caso de que el Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda aplicara una interpretación restrictiva del requisito recogido en el apartado 6.h) de la memoria justificativa, en el sentido de excluir al operador reclamante de la concesión objeto del procedimiento por no estar registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica, en contra del criterio de su propia Secretaría, podría ser una interpretación contraria a los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación,

que regula el capítulo II de la LGUM, violando los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el art. 5 de la LGUM.

En todo caso, resulta conveniente que las autoridades competentes redacten los pliegos con la claridad necesaria para evitar eventuales interpretaciones de dichos pliegos que lleven a considerar excluidos de la licitación de manera injustificada a cierto tipo de candidatos.

IV. CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1ª. Del marco normativo aplicable no se evidencia que exista ningún tipo de requisito legal que exija que para prestar el servicio de recarga energética sea necesario estar registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica
- 2ª. La redacción de la cláusula 6.h) de la Memoria justificativa, en la que se exige, como requisito de habilitación profesional específica para el contrato, que el licitador esté registrado como empresa comercializadora de energía eléctrica, podría ser innecesaria y desproporcionada si se interpretara como un requisito exclusionario para que los operadores de punto de recarga pudieran presentar oferta a la concesión.