

# **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 LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL EN LA LICITACIÓN DE LA CONCESIÓN DEMANIAL PARA LA INSTALACIÓN, MANTENIMIENTO Y EXPLOTACIÓN DE ESTACIONES DE RECARGA DE VEHÍCULOS ELÉCTRICOS EN EL MUNICIPIO DE LES MASIES DE VOLTREGÀ**

**Expediente: UM/0019/24**

## **CONSEJO. PLENO**

### **Presidenta**

D<sup>a</sup> Cani Fernández Vicién

### **Consejeros**

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D<sup>a</sup> María Jesús Martín Martínez

### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 de abril de 2024

## **I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME**

El 7 de marzo de 2024, 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 8 de marzo de 2024 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 Les Masies de Voltregà (Barcelona) para la concesión demanial para la instalación, mantenimiento y explotación de estaciones de recarga de vehículos eléctricos en el municipio de

Les Masies de Voltregà vulnera sus derechos e intereses legítimos. En concreto, entiende que el requisito de solvencia técnica o profesional (cláusula 8.2 del pliego) de que *“Las empresas licitadoras como mínimo tendrán que acreditar la gestión (como explotadores) de 4 Estaciones con al menos 2 cargadores de al menos 360 kW y 5 estaciones con al menos 2 cargadores cubiertos por marquesinas con altura superior a 4 metros para el acceso de vehículos pesados con generación renovable para autoconsumo”* es desproporcionado y supone una limitación injustificada para los operadores existentes de infraestructura de recarga y potenciales nuevos entrantes, afectando gravemente a la competencia.

## **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 Les Masies de Voltregà de una estación de puntos de recarga 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. 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 Les Masies de Voltregà, en relación con la imposición del requisito de que *“Las empresas licitadoras como mínimo tendrán que acreditar la gestión (como explotadores) de 4 Estaciones con al menos 2 cargadores de al menos 360 kW y 5 estaciones con al menos 2 cargadores cubiertos por marquesinas con altura superior a 4 metros para el acceso de vehículos pesados con generación renovable para autoconsumo”*, es desproporcionado y supone una limitación injustificada para los operadores existentes de infraestructura de recarga y potenciales nuevos entrantes, afectando gravemente a la competencia.

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.”*

La licitación en cuestión, al corresponder a una concesión demanial, se rige por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP en adelante), y regulación en materia de aprovechamiento de bienes locales, y solo se aplica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en los casos en que expresamente se declare y para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (artículos 4 y 9.1 LCSP). En consecuencia, no cabe recurso especial en materia de contratación, que excluiría la reclamación prevista en el artículo 26 LGUM.

A partir de lo anterior y centrado el análisis en el aspecto cuestionado en la reclamación (solvencia técnica o profesional), procede señalar que ni la LPAP ni el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL en adelante), regulan el requisito indicado; de hecho, el RBEL prevé que *“Podrá tomar parte en la licitación cualquier persona”* (artículo 87.2). Sin embargo, ello no supone que no quepa exigir condiciones para ser licitador, como se desprende del propio hecho de tratarse de una concesión (uso privativo), de la aplicación de prohibiciones de contratar (artículo 94 LPAP, de carácter básico ex Disposición final segunda.5 de dicha Ley) y de la supletoriedad de la LCSP.

Ahora bien, los requisitos de solvencia deben ser proporcionados. En este sentido, razona la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 717/2020, de 30 de junio (rec.2857/2016), que:

*“Dicha sentencia, de fecha 15 de junio de 2016: (i) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la "Sociedad Cooperativa Urbana de Trabajadores" contra el Acuerdo núm. 9/2013, de 18 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; (ii) declara que tal Acuerdo no es conforme a derecho; y (iii) anula las cláusulas 10.3, 13.A).b) y 13.A).a) -ésta, sólo en cuanto exige la presentación de cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores y la declaración del volumen global medio de los negocios- del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que regía el procedimiento de licitación, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, dirigido a adjudicar la "Gestión del Servicio Público de Transporte Urbano de Viajeros por autobús en la ciudad de Zaragoza en la modalidad de concesión".*

(...)

*Al analizar su legalidad, transcribe la Sala de instancia los considerandos 2 y 39 y los arts. 44, 1 y 2, y 48 de la Directiva 2004/18/CE, éste transpuesto por el art. 78 del TRLCSP; y, tras ello, afirma que esa cláusula es contraria a la normativa, tanto europea como interna, pues:*

*--No hay justificación suficiente para considerar que sólo cabe acreditar la solvencia técnica por haber sido adjudicataria de un contrato de gestión de servicio público del mismo objeto, transporte urbano o metropolitano de viajeros, excluyendo otros sistemas de acreditación de la solvencia técnica. No se justifica, ni en el expediente ni en la resolución del Tribunal de Contratos, ni en la contestación a la demanda, que sólo sea posible la acreditación de la solvencia de esta forma. Como se dice en la demanda, la solvencia es tanto técnica como profesional (art. 54 del TRLCSP), y de ahí que el art. 78 del TRLCSP y el 48 de la Directiva establezcan diferentes formas de acreditar esta solvencia técnica. La Resolución del Tribunal de Contratos indica que el haber sido trabajador de la Empresa de transportes no conlleva solvencia pues esta debe proyectarse también sobre la planificación y dirección estratégica del contrato, pero se olvida que en la relación de trabajadores que constituyen la cooperativa también hay trabajadores en puestos de gestión, conductores, personal administrativo y de mantenimiento, de lo que debe deducirse que es contrario al principio de garantía de participación más amplia, exigir sólo la experiencia en contratos iguales para acreditar esta solvencia técnica.*

*--Además, la exigencia de experiencia previa en un contrato idéntico y de iguales características puede convertirse en una limitación a la competencia contraria a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta limitación determinó la anulación de un pliego en el que solo se contemplaba acreditar la solvencia por transporte regular por carretera y no por transporte discrecional, STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011 -citada en demanda- confirmada por STS de 25 de enero de 2013, reproducida después en otras muchas, por todas, la sentencia de*

*2 de febrero de 2015. En estas sentencias se indica que exigir experiencia exclusiva de un solo tipo de contrato de transporte (en aquel caso se exigía transporte regular, impidiendo el acceso a las empresas de transporte discrecional) es un trato discriminatorio y no proporcional, siendo una barrera infranqueable y constituyendo un trato desigual a los licitadores.*

*--El hecho de que se trate de un contrato complejo, no justifica esta exclusión, pues es claro también que con otra acreditación técnica y profesional también se puede prestar el mismo servicio.*

*--Añade -tras referirse a la preocupación para liberar el mercado y hacerlo competitivo que se aprecia en el informe 1/07 de la Comisión Nacional de la Competencia, aportado como Doc. 5 a la demanda, y que se refería a los procesos de renovación de las concesiones de transporte tras la aprobación del Reglamento comunitario 1370/2007, de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera-, que la cláusula lleva a una práctica contraria a las medidas liberalizadoras, al principio de libertad de acceso y al principio de igualdad de trato. Y que, vistas las exigencias concretas de acreditación, ha de darse la razón a la recurrente cuando se plantea que es difícil que haya otras empresas que puedan presentarse a la licitación, convirtiendo la concesión en una práctica monopolística y evitando los beneficios que la libre competencia conlleva.*

*--Y, en fin, afirma la Sala de instancia que, al aprobar una cláusula para la admisión de licitadores tan exigente, estamos colocando en una posición de ventaja y contraria a la normativa citada al anterior concesionario. Algo que es precisamente opuesto a los principios de la contratación pública. Momento en que cita y transcribe en parte la STS de 31 de octubre de 2014, concluyendo que no quiere decirse que no valga establecer el requisito de experiencia como acreditativo de solvencia técnica, sino, exclusivamente, que éste no puede convertirse en barrera de la competencia como es el caso.*

*(...)*

*Sin embargo, tampoco podemos apreciar tal infracción, pues siendo cierto que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato son operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, no lo es menos que la cláusula 13.A).b) cierra el acceso a la fase de adjudicación a licitadores que podrían acreditar la solvencia técnica necesaria para ejecutar el contrato por otros medios distintos o acumulados; que lo hace sin la justificación que es de exigir, vulnerando directamente, por sí sola, aquellos principios a los que se refiere la sentencia recurrida; y que ésta no confunde una y otra operación, fijándose en su razón de decidir en los efectos que la experiencia, una y otra de las dos que contempla la cláusula, produce, por sí misma, en la selección de los licitadores que podrían concurrir a aquella fase”.*

En el presente caso el objeto del contrato, según la cláusula 1.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, es la concesión demanial para la instalación, mantenimiento y explotación de una estación de recarga de vehículos eléctricos ultra rápida de 360 kW. El pliego de prescripciones técnicas concreta el tipo de estación, al establecer (cláusula 1) que se trata de una *“Instalación inicial de 6 cargadores eléctricos de 360kW, los cuales disponen de dos puntos de carga, formando un total de 12 plazas de recarga de vehículos eléctricos con marquesina fotovoltaica”*. Así las cosas, se advierte una aparentemente clara desproporción en el requisito de solvencia, que, se reitera, es de, *“cómo mínimo”*, 4 estaciones con al menos 2 cargadores de al menos 360 kW y 5 estaciones con al menos dos cargadores cubiertos por marquesinas con altura superior a 4 metros. Es decir, para optar a una concesión destinada a una instalación con 6 cargadores de 360 kW con marquesina se requiere haber gestionado al menos 4 estaciones con al menos 2 cargadores de 360 kW (lo que supone 3 estaciones más y, en conjunto, 2 cargadores más, como mínimo, que la instalación a que se refiere la concesión) y, además, otras 5 estaciones con al menos 2 cargadores con marquesina (en este caso no se concreta la potencia y el único elemento diferencial es la exigencia de marquesina). En total, se exige la gestión de 8 estaciones más que la que es objeto de concesión, 12 cargadores más, de los cuales 2 de 360 kW más, que los propios de la instalación objeto de la concesión, y 4 marquesinas más. No se advierte justificación para un desequilibrio tan marcado entre el objeto de la concesión y la experiencia exigida.

Con base en todo lo anterior, en aplicación de la normativa de garantía de unidad de mercado, esta CNMC considera que el requisito de solvencia resulta desproporcionado, violando los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el art. 5 de la LGUM.

## IV. CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formula la siguiente conclusión:

*El requisito de solvencia consistente “Las empresas licitadoras como mínimo tendrán que acreditar la gestión (como explotadores) de 4 Estaciones con al menos 2 cargadores de al menos 360 kW y 5 estaciones con al menos 2 cargadores cubiertos por marquesinas con altura superior a 4 metros para el acceso de vehículos pesados con generación renovable para autoconsumo” resulta desproporcionado, violando los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el art. 5 de la LGUM.*