



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 13-d.23
28071-MADRID

INFORME Nº 20/2016 EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (Expediente (...) Contratación Pública. Regulación Estacionamiento. Zafra.)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 2 de noviembre de 2016 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, SECUM), escrito formulado por D^a. (...), en representación de la empresa (...) aportando información en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

En dicho escrito, la interesada expone que el pasado 03/10/16 se publicó el pliego para la contratación de la Gestión del Servicio Público consistente en la regulación del Estacionamiento de Vehículos bajo control horario en diversas Vías de la ciudad de Zafra (Badajoz), Boletín Oficial de la Provincia nº. 188, Anuncio 4643/2016. El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP), pág. 10 , art. 17, sobre A, "CONTENIDO Y FORMA DE LAS PROPOSICIONES", establece las condiciones de solvencia técnica necesarias para licitar consistente en: "*En todo caso se deberá aportar al menos certificados de 5 municipios distintos con un número de 500 plazas reguladas o superior que hayan sido explotados durante al menos los últimos 5 años completos siendo esta condición obligatoria para su admisión*" para un contrato de 395 plazas de estacionamiento regulado.

A juicio del informante, tal solicitud de solvencia es excesiva, y limita la competencia tal y como se indica en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el cual proscribiera todo acuerdo o práctica individual o colectiva que impida o infrinja la libre competencia mediante el establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa respecto de otros y que, por su naturaleza, no guarden proporción con el valor económico del contrato, resultando desproporcionado al interés económico y técnico del contrato cerrando la posibilidad de participación en el proceso de selección de empresas que actúan en el sector privilegiando a empresas dominantes en perjuicio de las demás. Además, entiende el interesado que este criterio de solvencia no sólo es claramente abusivo sino que tiene un marcado carácter subjetivo primando a las grandes empresas, en detrimento de aquellas otras que, no estando incursas en causa de prohibición, concurso o insolvencia, aspiran también a ser contratistas.



Dicha solicitud de solvencia se convierte en ilusoria cualquier posibilidad de adjudicación de este contrato y de los posteriores que se liciten pues, al limitar *ab initio* la posibilidad de licitar si no se acredita la gran cantidad de trabajos previos realizados, las escasas empresas que puedan satisfacer el criterio de solvencia ganarán más y más experiencia frente a las eliminadas del concurso proyectándose de cara al futuro una desigualdad y discriminación cada vez más acusada.

Alude el informante que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si bien se refiere a las medidas de exclusión de licitadores por causas basadas en consideraciones objetivas y relacionadas con la aptitud profesional enumeradas en el artículo 24 de la Directiva 93/37, en sus Sentencias de 16 de diciembre de 2008 (TJCE/2008/312) *MichanikiAE* contra *Ethniko Symvoulio Radioteleorasis* y la Sentencia Caso *Assitur* contra *Camera di Comercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, de 19 de mayo de 2009 (TJCE/2009/146), se refiere al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

También menciona que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 13/1997, en relación a la interpretación que ha de darse a la expresión "referido como máximo a los tres últimos ejercicios", ha señalado que la Ley quiere que la solvencia se acredite en relación a un periodo de tiempo y no ejercicio a ejercicio. Por ello cuando la cifra de negocios o la relación de servicios realizados deben referirse al último trienio previo a la licitación no implica que los licitadores hayan de acreditar la solvencia económica y financiera y profesional por cada uno de los ejercicios que se integran en el trienio.

Por todo ello, el interesado considera que los requisitos de solvencia exigidos no guardan proporcionalidad con el objeto del contrato y que dicha cláusula puede contravenir la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (artículos 1, 3, 5 y 9), solicitando que se inicien las actuaciones previstas en los artículos 26 y 28 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, para la eliminación de obstáculos y barreras detectados en el procedimiento de contratación de la Gestión del Servicio Público consistente en la regulación del Estacionamiento de Vehículos bajo control horario en diversas Vías de la ciudad de Zafra (Badajoz), Boletín Oficial de la Provincia nº. 188, Anuncio 4643/2016.

Esta información ha sido remitida por la SECUM a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía el pasado 3 de noviembre de 2016, en su condición de punto de contacto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, adjuntando el escrito del reclamante y recordándose que, en virtud de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 28 citado, puede emitir informe, incluyendo en su caso propuesta de actuación.



2. MARCO NORMATIVO

2.1. Normativa europea

- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva de concesiones).
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, una vez transpuesta al ordenamiento jurídico (Directiva de contratos).

De acuerdo con las Directivas europeas de contratación pública, la adjudicación de los contratos públicos celebrados en los Estados miembros por cuenta de las autoridades estatales, regionales o locales y organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular a los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

En su conjunto, la nueva regulación europea sobre contratación pública¹ tiene entre sus objetivos establecer un nuevo marco normativo que garantice un uso eficiente de los recursos

¹ Véase Considerando (2) de la Directiva de Contratos. *“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”.*

O, la Directiva de concesiones en su Considerando (1): *“La ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior. Como resultado de ello, los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME), se ven privados de los derechos que les confiere el mercado interior y pierden grandes oportunidades comerciales; por otro lado, puede que las autoridades públicas no den un uso óptimo a los fondos públicos, con lo que los ciudadanos de la Unión no podrían disfrutar de unos servicios de calidad al mejor precio. Es necesario instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano. Este marco jurídico permitiría asimismo contar con una mayor seguridad jurídica para los operadores económicos y podría ser una base y un instrumento para abrir en mayor medida los mercados internacionales de contratación pública y para fortalecer los intercambios comerciales internacionales. Debe concederse especial importancia a la mejora de las posibilidades de acceso para las PYME en todos los mercados de concesiones de la Unión.”*



públicos, una mayor participación de las PYMES y una creciente importancia de las cláusulas de contenido social y medioambiental.

Especialmente, y por lo que respecta a los criterios de selección de las empresas, ambas normas coinciden en que los requisitos de solvencia económica o financiera o técnica y profesional deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados al mismo.

En concreto, para los procedimientos de adjudicación de la concesión, la nueva Directiva de 2014/23 de concesiones considera crucial para el acceso efectivo de los operadores económicos a las oportunidades económicas relacionadas con las concesiones, la elección de unos criterios proporcionales, no discriminatorios y de selección equitativa². De este modo, el artículo 38 de esta norma impone a los poderes y entidades adjudicadores la obligación de comprobar las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, sobre la base de las declaraciones de los mismos, la referencia o referencias que se presenten como prueba de conformidad con los requisitos especificados en el anuncio de licitación, que deberán ser no discriminatorias y proporcionales al objeto de la concesión. Además, las condiciones de participación guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la concesión y la finalidad de garantizar una competencia real.

En esta misma línea, conviene mencionar que la Directiva de contratos, 2014/24 prevé que los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato, y recuerda que la imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 83). En este sentido, el artículo 58 de la Directiva europea de contratos regula los criterios de selección de los contratistas, que estarán referidos a: a) la habilitación para ejercer la actividad profesional; b) la solvencia económica y financiera; c) la capacidad técnica y profesional, estableciendo que, en cualquier caso, todos los requisitos deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados con respecto a él. Con respecto a la capacidad técnica y profesional, este precepto en su apartado 4 faculta a los poderes adjudicadores a imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. En particular, podrán exigir, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de

² Considerando 63 *“La elección de criterios proporcionales, no discriminatorios y de selección equitativa, y su aplicación a los operadores económicos es crucial para el acceso efectivo de los mismos a las oportunidades económicas relacionadas con las concesiones. En particular, la posibilidad de que un candidato haga uso de las capacidades de otras entidades puede ser decisiva para permitir la participación de las PYME. Por consiguiente, conviene establecer que los criterios de selección se refieran exclusivamente a la capacidad profesional y técnica y a la situación financiera y económica de los operadores, y que estén relacionados con el contenido del contrato, que se hagan públicos en el anuncio de concesión y que no puedan impedir, salvo en circunstancias excepcionales, que un operador económico haga uso de la capacidad de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, si estas demuestran al poder adjudicador o la entidad adjudicadora que van a disponer de los recursos necesarios.”*



contratos ejecutados en el pasado. Como demostración del cumplimiento de los criterios de selección, el artículo 60 de esta Directiva europea permite que los poderes adjudicadores exijan los certificados, declaraciones y otros medios de prueba mencionados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo y en el anexo XII. En concreto, la capacidad técnica de los operadores económicos podrá acreditarse por uno o varios de los medios enumerados en el anexo XII, parte II, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, los suministros o los servicios, entre otros a través de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros o los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes; indicación del personal técnico u organismos técnicos, la descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el operador económico para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de su empresa; etc.

2.2. Normativa estatal

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

La exigencia de la solvencia de los empresarios para celebrar contratos administrativos, forma, requisitos y medios de acreditación, se encuentran regulados en los artículos 62³ y siguientes del TRLCSP actualmente vigente. A este respecto, y en atención a las consideraciones expuestas en el procedimiento de información que nos ocupa, resultan relevantes las dos siguientes cuestiones:

Por un lado, respecto a la proporcionalidad de las condiciones de solvencia técnica exigidas para licitar recogidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, es necesario recordar que el artículo 62 del TRLCSP determina 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 otro lado, en lo concerniente a la documentación o medios requeridos por el poder adjudicador para la acreditación del cumplimiento de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, el artículo 78.1 del TRLCSP establece que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación, fijándose entre otros mediante la aportación de una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. En concreto, este artículo establece que:

³ Artículo 62. Exigencia de solvencia.

1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. 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.



“1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. 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 éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.

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 éste, 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) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

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 la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.

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.

i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.”

En este apartado, no está de más recordar que el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015 que está siendo tramitado por el Ministerio de Hacienda y Administración Pública para la transposición al ordenamiento jurídico español de las citadas Directivas europeas sobre contratación pública, en su artículo 90 se refiere a los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, fijando que la



misma deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación, entre otros, mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados en el curso de los tres últimos años, o en los cinco últimos años cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE UNIDAD DE MERCADO

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

El artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado. Por su parte, el apartado b) del Anexo de esta Ley 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.*"

El servicio objeto del presente procedimiento de contratación pública constituye una actividad económica y, por lo tanto, entra dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.

El artículo 5 de la LGUM expresa que, al establecer límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o el prever requisitos para su desarrollo, las autoridades públicas motivarán su necesidad en razones imperiosas de interés general, debiendo ser, además, tales límites o requisitos conformes al principio de proporcionalidad:

"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."

En esta línea, el artículo 9 de la LGUM prevé que todas las autoridades públicas (estatal, autonómica y local) velarán por el cumplimiento del principio de necesidad y proporcionalidad



de sus actuaciones, y del resto de principios consagrados en la LGUM (no discriminación, cooperación y confianza mutua, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia) y que ello se realizará, entre otras actuaciones, en relación con la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y las cláusulas de los contratos públicos.

“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: (...)

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos”.

El informante aporta los pliegos por los que se rigen la contratación del servicio de regulación del estacionamiento de vehículos bajo control horario en diversas vías de la ciudad de Zafra (Badajoz), sosteniendo que el requisito de solvencia técnica exigida como condición para ser admitido no guarda relación con el objeto del contrato y que dicha cláusula puede contravenir los artículos 1,3, 5 y 9 de la LGUM.

En concreto, considera el reclamante que las condiciones de solvencia técnica necesarias para licitar contenida en la cláusula 17^a.1.3^o.- y consistentes en que *“en todo caso deberá aportar al menos certificados de 5 municipios distintos con un número de 500 plazas reguladas o superior que hayan sido explotados durante al menos los últimos cinco años completos, siendo esta condición obligatoria para su admisión”*, para un contrato de 395 plazas de estacionamiento regulado constituye una exigencia de solvencia excesiva.

Atendiendo a la previsión contenida en el artículo 62 del TRLCSP, y conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones establecidos en el artículo 5 de la LGUM, la solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcionada.

Así pues, partiendo de la premisa de que la exigencia de la solvencia a los licitadores para participar en un proceso de contratación es necesaria para garantizar que el adjudicatario dispone de la capacitación y de los medios adecuados para llevar a cabo una efectiva ejecución del contrato, no hay que perder de vista que la determinación de los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica a las empresas deberá hacerse, al mismo tiempo, respetando los principios de proporcionalidad, concurrencia y no discriminación, principios éstos igualmente informadores de la contratación pública⁴; y, es por ello, por lo que la normativa de

⁴Según el artículo 1 del TRLCSP *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia*



contratación pública exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

En este sentido, la elección de los requisitos de solvencia exigidos por el poder adjudicador debe estar debidamente justificada sobre bases relacionadas con el objeto del contrato y ser proporcional al mismo, teniendo siempre presente que la imposición de unas condiciones mínimas de solvencia económica o técnica excesivamente exigentes van a constituir barreras u obstáculos de acceso al contrato para aquellos operadores económicos que, aún disponiendo de la capacitación suficiente para una correcta ejecución del contrato, van a tener limitado la participación en el proceso de selección del contrato, suponiendo ello, además, una merma de la existencia de la competencia efectiva entre las empresas competidoras.

Por lo tanto, “los requisitos de solvencia deberán estar siempre condicionados a la valoración de la proporcionalidad de los mismos”, tal como ha puesto de manifiesto la SECUM en su informe de valoración⁵ publicado el 8 de julio de 2014 sobre el expediente relacionado con el “Contrato Integral de Movilidad de la Ciudad de Madrid”, adjudicado por el Ayuntamiento de Madrid”.

A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la inclusión en los contratos públicos de criterios de selección que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: 1) debe respetar el principio de no discriminación, 2) estar justificada en razones imperiosas de interés general, 3) ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y 4) no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (Véanse, entre otras, Sentencia de fecha 27 de octubre de 2005 Comisión/España (asunto C-158/03)⁶. Por otra parte, cabe resaltar que, conforme al principio de proporcionalidad que constituye un principio general del Derecho de la Unión, las medidas adoptadas por los poderes adjudicadores no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva de contratación pública (véase, reciente Sentencia de 7 de julio de 2016⁷, en el asunto C-46/15, *Ambisig, Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, S.A., contra AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, en su apartado 40) también, en este sentido, la sentencia de 22 de octubre de 2015, *Impresa Edilux y SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, apartado 29).

de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

⁵ [28.09 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Alquiler de bicicletas públicas](#). En este expediente, el operador económico informó en el marco del procedimiento previsto en el artículo 28 de la LGUM, de la existencia de obstáculos contrarios a la LGUM. En particular, se exponía que para la adjudicación del lote V del citado contrato se incluyeron en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares unos requisitos de solvencia técnicos y económicos innecesarios y excesivos, lo que suponía un trato discriminatorio entre operadores.

⁶ Disponible en el siguiente link: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-158/03>

⁷ Sentencia disponible en el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=ambisig&docid=181467&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=986435#ctx1>



En esta misma línea, cabe añadir que la determinación de si la solvencia técnica o profesional y la económica y financiera exigida a los licitadores en los contratos es o no proporcionada, aspecto del que como se ha señalado anteriormente, depende además que se pueda apreciar o no una restricción injustificada de la concurrencia, ha sido examinada en numerosas ocasiones por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones nº 148/2016, de 19 de febrero de 2016; 654/2015, de 10 de julio de 2015; 79/2015, de 23 de enero; 567/2014, de 24 de julio; 206/2014, de 7 de marzo) en las que se viene a considerar en relación con la solvencia económica, y se podría entender extensible a la solvencia técnica, que: *“No existe una fórmula matemática que permita sentar un criterio general en la determinación de la proporcionalidad entre el objeto del contrato y las condiciones de solvencia exigidas para su ejecución” por lo que, “cuando se plantee esta cuestión será necesario acudir a las circunstancias del caso y tener en cuenta todos los posibles factores que concurran”, siendo así que “sin duda, un elemento central que deberá tenerse en consideración para definir la cifra de la solvencia será la naturaleza de la prestación que se haya de realizar pues, como ya hemos dicho, no puede perderse de vista que la solvencia económica trata de asegurar que el contratista puede cumplir el objeto del contrato y, por esta razón, una cifra excesivamente baja podría llegar a ser tan pernicioso como una excesivamente elevada”(...).*

Bajo todas estas circunstancias, en el presente caso, por lo que respecta a la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM, cabe tener en cuenta que los medios de pruebas exigidos por el poder adjudicador para la acreditación de la solvencia técnica de las empresas que pretendan concurrir al presente contrato de gestión de servicio público de la regulación del estacionamiento de vehículos bajo control horario en diversas vías de la ciudad de Zafra para 395 plazas en total, consistente en la presentación de 5 certificados emitidos por 5 municipios distintos; número de plazas reguladas que hayan sido explotadas (500 o más plazas reguladas); así como la duración mínima de explotación exigida en los últimos cinco años que habrá de ser explotada de manera completa, podrían constituir unas condiciones o exigencias de capacitación técnica de la empresas excesivamente rigurosas, tratándose, en definitiva, de unos requisitos que podrían calificarse a priori como desproporcionados, dado que situaría a la experiencia de la empresa de forma decisiva como una elemento exclusivo o condición *sine qua non* para poder participar en el proceso de contratación.

Esta forma de proceder por parte del órgano de contratación podría resultar claramente limitativa del acceso a la gestión del servicio de que se trata, además de restrictiva de la competencia, dado que va a favorecer de manera evidente a las empresas ya instaladas en el mercado, al reservar el acceso a la participación en dicho contrato exclusivamente a aquellas empresas que hayan tenido durante los últimos cinco años un determinado tamaño, que les hayan permitido la gestión de este tipo de servicios en al menos 5 municipios diferentes; con una oferta de estacionamientos de vehículos explotados de 500 plazas o más; y con un modelo de explotación de tales servicios por año completo, excluyendo de tal modo a aquellas empresas que estén gestionando dicho servicio en municipios en los que se ha establecido la regulación del servicio en determinados periodos inferior al año (Semana Santa, época estival, etc.), lo que en términos de competencia, va a provocar una exclusión o cierre de mercado de aquellas empresas de reciente constitución o con la intención de constituirse y pudieran contar con plena capacitación para la prestación correcta de los servicios objeto del contrato.



En la medida en que la imposición de tales requisitos de solvencia técnica supone, sin duda, un obstáculo para la participación de los operadores económicos en dicho procedimiento de contratación, todas las variables anteriormente señaladas, deberán contar con la debida justificación por parte del poder adjudicador en términos de su necesidad y proporcionalidad, atendiendo al objeto y envergadura del contrato de que se trata, esto es teniendo en cuenta fundamentalmente que el objeto del contrato es la regulación del estacionamiento de vehículos en la vía pública de la ciudad de Zafra para 395 plazas en total, garantizando al mismo tiempo un uso eficiente del gasto público, y facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, tal como defienden las nuevas Directivas reguladoras de la contratación pública.

A este respecto, y a la luz del principio de proporcionalidad, procede recordar que los poderes adjudicadores podrían recurrir a otros medios de acreditación de la solvencia técnica de las empresas no sólo a través de la experiencia en contratos anteriores, sino mediante la presentación de otros medios de prueba que permitan a los operadores económicos demostrar sus capacidades técnicas, indistintamente, y en igualdad de condiciones, tales como la aportación de la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato; o la descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad del servicio, entre otros. Es más, aplicar un único criterio de selección, como el señalado en el Pliego que nos ocupa, en el que se prevé exclusivamente la acreditación de la experiencia, sin ofrecer más opciones de acreditar la capacitación técnica a los operadores económicos, implica para los potenciales nuevos licitadores la entrada en círculo vicioso.

Según la documentación aportada en este expediente, parece que no se ha realizado por parte del órgano de contratación la pertinente justificación de los estrictos requisitos de solvencia técnica basado únicamente en la acreditación de la experiencia con unos parámetros relativos al número de certificados municipales exigidos por cinco diferentes municipios, el número de plazas requeridas que hayan sido además gestionadas por año completo en los contratos anteriores, por lo que cabría cuestionar su adecuación a los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la LGUM.

4. CONCLUSIÓN

1. La actividad para la que se licita en el contrato de la gestión del servicio de regulación del estacionamiento de vehículos en la ciudad de Zafra constituye una actividad económica y, por tanto, entra dentro del ámbito de aplicación de la LGUM. Específicamente, la LGUM, en su artículo 9 establece el deber de todas las autoridades competentes de velar por el cumplimiento de los principios contenidos en la mencionada norma, y que ello se realizará, entre otras actuaciones, en la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.
2. De este modo, el PCAP que rige la contratación que centra el objeto de la información que nos ocupa debe respetar los principios de la LGUM, y en concreto, la fijación de los requisitos de solvencia incluidos en dichos Pliegos consistente en la presentación de 5



certificados emitidos por 5 municipios distintos; número de plazas reguladas que hayan sido explotadas (500 o más plazas reguladas); así como la duración mínima de explotación exigida en los últimos cinco años que habrá de ser explotada de manera completa, supone un obstáculo para la participación de los operadores económicos en este proceso de contratación pública, especialmente para la participación de las PYME. En este caso, atendiendo al objeto y envergadura del contrato de que se trata (395 plazas) estas condiciones excesivas de solvencia técnica difícilmente encontrarían una justificación en términos de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con lo establecido el artículo 5 de la LGUM y en la propia normativa reguladora de la contratación pública.

Sevilla, 23 de noviembre de 2016

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía