



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

OBSERVACIONES EN RELACIÓN A LA RECLAMACIÓN PLANTEADA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 26.1 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA UNA ACTUACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE GUECHO (VIZCAYA) (EXPEDIENTE (...)) “CONTRATACIÓN PÚBLICA. GESTIÓN DE ESTACIONAMIENTO. GUECHO”

Con fecha 21 de mayo de 2018, ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, la SECUM) escrito formulado por D^a (...), en representación de (...), relativo a un expediente de concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Guecho. Dicha reclamación se presenta en el marco del procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM, en lo sucesivo).

El día siguiente, la SECUM ha dado traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de la solicitud y de toda la información que obra en el expediente, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a fin de que formule las observaciones previstas en el artículo 26 de la LGUM.

El objeto de la presente reclamación ha sido el hecho de que el Ayuntamiento de Guecho establezca unos criterios de solvencia técnica que serían excesivos a juicio del operador reclamante.

En la página 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del expediente nº 6105, con fecha de inicio de licitación de 12 de mayo de 2018 y titulado: “Concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio”, se trata la solvencia técnica o profesional” en los siguientes términos:

“La empresa licitadora deberá contar con una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios de estacionamiento regulado en superficie, en cuatro municipios distintos y en los que además su población sea superior a 15.000 habitantes y 1.000 plazas reguladas en cada uno de ellos. (...)”.

Como se indica anteriormente, el operador considera los criterios de solvencia excesivos y limitadores de la competencia. Además aplicarían una barrera con efecto multiplicativo por exigir un número de plaza determinado en varios municipios con determinadas características de población.

El operador hace una somera exposición de su experiencia en el sector de aparcamientos dando a conocer sus concesiones activas. Indica que ha solicitado una aclaración al propio Ayuntamiento de Guecho que ha sido respondida con la afirmación de que los citados criterios



no ofrecen dudas sobre su interpretación resultando razonables, a juicio del órgano administrativo, en atención a la naturaleza del contrato tratado.

El operador invoca la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en su artículo 1, considerando que las circunstancias del presente expediente supondrían la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

El criterio sería abusivo a juicio del operador, privilegiaría a las grandes empresas en detrimento de las de menor tamaño y tendrá un carácter subjetivo, dándose lugar también una discriminación desde el inicio y con proyección a futuro para nuevos entrantes que nunca serían capaces de competir con operadores consolidados de mayor tamaño que irían ganando experiencia con el tiempo.

Apoya su tesis además en jurisprudencia comunitaria y en las propias leyes: Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de la que cita especialmente los artículos 8 y 9, relativos al procedimiento de concesión por las Administraciones Pública, que garantizará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva y a los principios aplicables a los requisitos exigidos.

1. MARCO NORMATIVO

1.1. 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*



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

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.”*

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.”*



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 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.

1.2. Normativa estatal

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

La exigencia de la solvencia de los empresarios para celebrar contratos administrativos, forma, requisitos y medios de acreditación, se encuentran regulados en los artículos 74³ y siguientes

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*



del LCSP 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 74.2 de la LCSP 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 90 del LCSP establece que:

“ 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 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

vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.



empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos 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 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.”

2. 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 considera que las condiciones de solvencia técnica necesarias para licitar contenidas en la página 18 del pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente nº 6105, para la concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Guecho, establecen una solvencia técnica o profesional en los siguientes términos: *“La empresa licitadora deberá contar con una experiencia mínima de tres*



años en la gestión de servicios de estacionamiento regulado en superficie, en cuatro municipios distintos y en los que además su población sea superior a 15.000 habitantes y 1.000 plazas reguladas en cada uno de ellos. (...)” y, considera, que para un contrato de 1.487 plazas de estacionamiento regulado constituye una exigencia de solvencia excesiva.

Atendiendo a la previsión contenida en el artículo 74.2 de la LCSP, 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 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”.

⁴Según el artículo 1 del LCSP “*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 licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia 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.



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).

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 Guecho para 1.487 plazas en total, consistente en contar con una experiencia

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&m ode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=986435#ctx1>



mínima de tres años en la gestión de servicios de estacionamiento regulado en superficie, en cuatro municipios distintos y en los que su población sea superior a 15.000 habitantes y considerando 1.000 plazas reguladas en cada uno de los cuatro municipios, 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 un 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 tres años un determinado tamaño, que les hayan permitido la gestión de este tipo de servicios en al menos 4 municipios diferentes; con una oferta de estacionamientos de vehículos explotados de 1000 plazas o más, 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 Guecho para 1.487 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 y la propia LCSP recientemente aprobada.

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, en el que se prevea de forma exclusiva la acreditación de la experiencia, sin ofrecer más opciones de acreditar la capacitación técnica a los operadores económicos, podría implicar para los potenciales nuevos licitadores la entrada en círculo vicioso.



En este sentido, sería fundamental que el órgano de contratación incorporara al expediente la pertinente justificación de los requisitos de solvencia técnica establecidos, si los mismos se han basado únicamente en la acreditación de la experiencia o no, así como los fundamentos que garanticen la proporcionalidad de los mismos al objetivo previsto con el contrato todo ello en el interés de garantizar el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en los artículos 5 y 9 de la LGUM.

3. 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 Guecho (Vizcaya) 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 requisito de solvencia aportado que centra el objeto de la información que nos ocupa debe respetar los principios de la LGUM, y en concreto, contar con una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios de estacionamiento regulado en superficie, en cuatro municipios distintos y en los que además su población sea superior a 15.000 habitantes y 1.000 plazas reguladas en cada uno de ellos, podría suponer 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 contrato de que se trata (1.487 plazas) estas condiciones de solvencia técnica deberían encontrarse justificadas 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, 1 de junio de 2018

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía