

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 4 de abril de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Esaypark España S.L.U., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato para la concesión de servicios de “Estacionamiento limitado y controlado en la vía pública, de las zonas de carga y descarga, del sistema y equipamiento de control de acceso a ZBE y de las pantallas y paneles informativos de la ciudad de Alcalá de Henares” número de expediente 6625 este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - Mediante anuncios publicados el día 15 y 16 de febrero de 2024 en el DOUE y en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, alojado en la PCSP respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 6.152.815,21 euros y su plazo de

duración será de 6 años.

A la presente licitación se han presentado 4 propuestas, entre las que se no encuentra la del recurrente

**Segundo.** - El 8 de marzo de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Easypark en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones por varias casusas que serán tratadas de forma individualizada en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución pero que todas coinciden en la vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad entre operadores económicos.

**Tercero.** - El 14 de marzo de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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).

**Cuarto.** - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse adoptado acuerdo por este Tribunal en su sesión de fecha 14 de marzo de 2024.

**Quinto.** - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador que, según los pliegos de condiciones publicados, le impiden participar en la licitación y en consecuencia, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 16 de febrero de 2024 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 8 de marzo de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de una concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso si bien la recurrente impugna numerosos motivos de posible nulidad de los pliegos de condiciones, debemos reducirlos a aquellos en los que verdaderamente está legitimada para interponer este recurso especial.

Se recuerda a la recurrente, quien ya ha presentado distintos recursos por motivos similares contra pliegos de condiciones de distintos municipios de la Comunidad de Madrid, la recomendación de este Tribunal en cuanto a la extensión de

los escritos que se solicita no sea superior a veinticinco folios. En el presente caso alcanza un total de ochenta y dos folios que podrían haber sido perfectamente resumidos en menos de la mitad, pues la mayor parte de su discurso se basa en repetir los mismos conceptos.

El presente recurso considera vulneradas las siguientes normas jurídicas:

- Primer motivo: Infracción del artículo 1 LCSP al aprobar, y no aclarar/modificar, unos Pliegos discriminatorios.
- Segundo motivo: Infracción del artículo 1 LCSP al aprobar, y no aclarar/modificar, unos Pliegos desproporcionados.
- Tercer motivo: Infracción del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, *TFUE*) al aprobar, y no aclarar/modificar, unos Pliegos que restringen la libre prestación de Servicios de Cobro.
- Cuarto motivo: Infracción de los artículos 4.2, 7.1, 10.f) y 11.1g) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, *Ley Paraguas*) y/o 4 y 5 LGUM y/o 4, 5, 7, 8 y 9 Ley 6/2022, de 29 de junio, de Mercado Abierto de la Comunidad de Madrid (*Ley Mercado Abierto*) al aprobar, y no aclarar/modificar, unos Pliegos discriminatorios que vulneran los derechos de EasyPark a prestar los Servicios de Cobro a lo largo del todo el territorio nacional y en la Comunidad de Madrid en particular.
- Quinto motivo: Infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE al aprobar, y no aclarar/modificar, unos Pliegos para la prestación del Servicio de Gestión que excluyen y discriminan a EasyPark en el Mercado de Cobro de Alcalá de Henares:
  - (A) abusando el Ayuntamiento de su posición de dominio en el Mercado de Gestión; y/o
  - (B) provocando que su adjudicataria abuse del mismo

Fundamentando todo ello en los siguientes motivos:

1.- La exigencia de disponer con varias certificaciones:

a) La normativa, recogida en el artículo 4.k). 2º del Real-Decreto Ley 19/2018, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, excluye expresamente de su ámbito de aplicación los Servicios de Cobro como los de EasyPark que “*únicamente pueden utilizarse para adquirir una gama muy limitada de bienes o servicios*” (estacionamientos en áreas reguladas). En cuanto a las certificaciones, ninguna disposición legal establece que para prestar el Servicio de Cobro se deba contar con las mismas. Esto queda acreditado por el hecho de que EasyPark presta a día de hoy el Servicio de Cobro en Alcalá de Henares sin ellas, así como en más de 100 ciudades de España (incluida Madrid capital).

b) También es evidente que dicha exigencia es discriminatoria puesto que parece que el Ayuntamiento solo pretende exigir a la adjudicataria tener la certificación ISO 9001 (artículos 18 PPT y 3.3 PCAP), mientras que al resto de operadores del Servicio de Cobro les pretende también imponer el resto de certificaciones (artículo 12.3.2 PPT penúltimo párrafo). Además, dicho requerimiento de certificaciones omite las posibles equivalencias o similares de conformidad con lo dispuesto en el art. 126.6 de la LCSP.

c) La exigencia del cumplimiento de dicha normativa y certificaciones supone un trato discriminatorio en favor de EYSA y la App del Parking (la actual adjudicataria). En efecto, y de acuerdo con información pública que se aporta como Conjunto Documental nº 6 (copia de las certificaciones y de sus cuentas anuales de 2022 – Véase en particular Pág. 11 del Documento nº 6.4), parece que EYSA es la única empresa del sector que actualmente dispone precisamente de las certificaciones que exige el Ayuntamiento.

d) En todo caso, también es evidente que exigir dichas certificaciones, en general, es discriminatorio para los Operadores no Integrados a diferencia de los Operadores Integrados. En efecto, mientras que estos últimos son grandes empresas

concesionales con ingentes recursos acostumbrados a presentarse a múltiples licitaciones y, por tanto, a disponer de cuantas más certificaciones puedan para facilitar de la forma más rápida su solvencia técnica, los Operadores no Integrados como EasyPark no. En efecto, estos Operadores no Integrados son meros proveedores del Servicio de Cobro que ni siquiera se suelen presentar a licitaciones porque lo único que quieren es poder prestar sus servicios cobrando a sus usuarios.

2.- La falta de garantía de que EasyPark pueda prestar sus Servicios de Cobro de forma ininterrumpida.

Los artículos 9.N PPT y 12.3.2 PPT último párrafo, respectivamente, disponen que la adjudicataria *“deberá permitir integrarse”* y *“tendrá la obligación de facilitar la entrada”* a todos aquellos operadores que quieran prestar el Servicio de Cobro. Sin embargo, el artículo 12.3.2 PPT también dispone que ello será *“previa comprobación de la solvencia e idoneidad de la empresa y aplicación que pretenda prestar dicho servicio, en las condiciones recogidas en el presente Pliego y previa aprobación del Ayuntamiento, en su caso”*.

Esto es, los Pliegos no prevén nada con respecto a aquellos operadores que, como EasyPark, ya hayan acreditado su solvencia e idoneidad ante el Ayuntamiento de Alcalá de Henares y ya prestan el Servicio de Cobro en el municipio.

b) Considera que estamos ante un trato discriminatorio, al no distinguir su situación de actual prestador del servicio, que en su momento acreditó su solvencia e idoneidad de otros proveedores, haciéndole repetir toda la acreditación de nuevo.

c) Discriminatorio también es el hecho de que si repite adjudicación el actual concesionario su app seguirá prestando el servicio de forma ininterrumpida, situación que no se dará en la utilización de la aplicación Esaypark, pasando el Ayuntamiento a la voluntad del anterior y nuevo concesionario el mantenimiento de los servicios de cobro actuales.

d) En el caso de cambio de concesionario, la app gratuita que concluyera en su oferta, no tendrá que pasar por el trámite de acreditar su solvencia, idoneidad y obtención de autorización municipal, aunque no haya trabajado nunca para el Ayuntamiento de Alcalá de Henares.

### 3.- La imposibilidad de cobrar por el Servicio de Cobro a los usuarios.

Los artículos 12.3.2 PPT párrafo primero y último párrafo prohíben que la App de la adjudicataria cobre a sus usuarios por prestar el Servicio, pero también al resto de terceros operadores.

Es evidente que dichas disposiciones restringen injustificadamente el acceso de licitadores alternativos a la licitación.

Todo ello apoyado en la realidad de que existen operadores integrados, es decir aquellos que prestan el servicio de gestión y de cobro, y operadores no integrados, es decir aquellos que solo prestan el servicio de cobro. Reservando la licitación a los operadores integrados, se excluye de forma directa y automática a los no integrados.

Por otro lado, la app propuesta por el concesionario si bien no cobrara directamente a los usuarios lo hará indirectamente del pago que el concesionario reciba por sus servicios de donde parte de estos ingresos financiarán dicha herramienta.

Considera de forma rotunda que la forma de pago a través de apps siempre será gratuita para los usuarios pues son los propios Ayuntamientos a través de los pliegos de condiciones quienes establecen como requisito esta gratuidad por lo menos para la principal app que aporte el concesionario.

Pone de ejemplo los municipios de Madrid y Barcelona donde tienen hasta ocho operadores activos al mismo tiempo y con todo tipo de servicios de modelos de negocio.

4.- La facultad de que la adjudicataria pueda cobrar a terceros operadores.

El artículo 9 N PPT faculta a que la adjudicataria pueda cobrar hasta 5 céntimos de euros por transacción a aquellos terceros operadores que se integren en los sistemas para prestar el Servicio de Cobro.

Pone de manifiesta la falta de justificación de esta disposición ni en los pliegos ni en la documentación que los acompaña. Sobre todo, considerando que varias apps del mercado y concretamente la propia de la recurrente cuentan con sistemas de interconexión propios con el Ayuntamiento.

Asimismo, informa de la falta de respuesta a la pregunta realizada de conformidad con el art. 138 de la LCSP sobre este aspecto que no fue contestada por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares.

Considera que esta comisión aparte de ser desproporcionada implica una prerrogativa a la concesionaria que solo participa en la limitación de la entrada en el mercado de otros operadores que no sean la propia de ésta. Implica también un trato discriminatorio, pues esta comisión solo la abonaran los operadores no integrados.

5.- La realización de campañas de publicidad, trípticos y vinilos.

En la medida en que el artículo 12.3.2 PPT guion sexto solo prevé la realización de campañas publicitarias y producción de trípticos y vinilos informativos para los expendedores para “/a” aplicación de la adjudicataria, es evidente que dicha disposición también supone una discriminación entre operadores de Apps. Además, ello da buena muestra de que, *de facto*, los Pliegos asumen con total naturalidad que,

a pesar de lo dispuesto en los mismos, solo la App de la adjudicataria va a prestar el Servicio de Cobro en exclusiva.

Discriminación que, además, supone una restricción de la competencia entre las distintas Apps que operan en el municipio puesto que, mientras que la App de la adjudicataria tendrá campañas, trípticos y vinilos a costa del erario, las otras de forma restrictiva e injustificada no.

Considera que lo que debería promover el Ayuntamiento con dicha información es el uso del Servicio de Cobro, en general, y no de la App de la adjudicataria en particular. Impulsando a través de los pliegos de condiciones el servicio de cobro tanto por el bien general como para el bien particular de los usuarios.

Manifiesta su preocupación por las consecuencias que una nueva concesión puede acarrear al retirar la publicidad sobre su app que produciría una situación de confusión a los usuarios que consecuentemente dejarían de utilizar Easypark.

6.- Infracción de los artículos 4.2, 7.1.10.f) y 11.1.g) de la Ley paraguas y/o 4 y 5 de LGMU y/o 4, 5, 7, 8 y 9 de la Ley Mercado Abierto al aprobar, y no aclarar/modificar, unos pliegos discriminatorios que vulneran los derechos de Easypark a prestar sus servicios de cobro a lo largo del todo el territorio nacional y en la Comunidad de Madrid en particular.

Manifiesta que:

*...En efecto, en lo que se refiere a la Ley Paraguas:*

*(i) el artículo 4.2 Ley Paraguas reconoce expresamente el derecho de EasyPark a prestar sus Servicios de Cobro a lo largo de toda España como prestador habilitado para prestar el Servicio de Cobro en más de 100 ciudades de España (incluida la propia Alcalá de Henares): “Cualquier prestador establecido en*

*España que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional”;*

*(ii) el artículo 7.1 Ley Paraguas reconoce expresamente el derecho de EasyPark a prestar el Servicio de Cobro en Alcalá de Henares por tiempo indefinido: “Con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido”; el artículo 10.f) prohíbe al Ayuntamiento supeditar que EasyPark pueda continuar prestando sus Servicios de Cobro en Alcalá de Henares a la intervención de un competidor. Esto es, que el Ayuntamiento deje al arbitrio de la adjudicataria, con el patente conflicto de interés que tiene, la posibilidad interrumpir la prestación de los Servicios de Cobro a EasyPark y/o cobrarle una abusiva, injustificada, ilegal y completamente desproporcionada cuantía por poder prestarlos; y el artículo 11.1.g) prohíbe al Ayuntamiento supeditar la prestación de los Servicios de Cobro de EasyPark a que esta se someta a restricciones a su derecho a establecer libremente sus precios, tales como la fijación de precios máximos. En este caso, es evidente que la restricción de precios impuesta por el Ayuntamiento es absoluta, en la medida en la que, a efectos prácticos, le ha impuesto un precio máximo de cero euros. Esto es, que no pueda cobrar nada a sus usuarios por prestar sus servicios.*

*En lo que se refiere a la LGUM:*

*(i) el artículo 4 LGUM obliga al Ayuntamiento a velar porque EasyPark pueda prestar sus Servicios de Cobro en Alcalá de Henares, como ya lo hace en más de 100 ciudades de toda España; y*

*(ii) el artículo 5 LGUM prohíbe expresamente que el Ayuntamiento restrinja la prestación del Servicio de Cobro sin siquiera motivar la necesidad de dichas restricciones (porque en este caso como hemos visto, simplemente no existen).*

*Además, todo ello ha sido reforzado por la recientemente aprobada Ley 6/2022, de 29 de junio, de Mercado Abierto de la Comunidad de Madrid (Ley Mercado Abierto).*

*En efecto, en base a la misma, y en línea con la LGUM:*

*(i) artículo 4 Ley Mercado Abierto: de nuevo, prohíbe expresamente que el Ayuntamiento restrinja la prestación del Servicio de Cobro sin siquiera motivar la necesidad de dichas restricciones (porque en este caso como hemos visto, simplemente no existen);*

*(ii) artículo 5 Ley Mercado Abierto: que más de 100 ciudades de toda España hayan reconocido el derecho de EasyPark a prestar sus Servicios de Cobro (incluido el propio Ayuntamiento de Alcalá de Henares) impiden que el Ayuntamiento no permita que EasyPark preste sus servicios en el municipio. Esto es, y sin más trámites, el Ayuntamiento debe reconocer la solvencia de EasyPark para continuar prestando sus Servicios de Cobro dando así eficacia plena a sus propios actos y a los de otros Ayuntamientos de toda España;*

*(iii) artículo 7.a) Ley Mercado Abierto: que prohíbe al Ayuntamiento exigir certificaciones y cualificaciones distintos de los que el propio Ayuntamiento ha requerido en el pasado y le han requerido los Ayuntamientos a EasyPark en el resto de ciudades de España donde presta sus Servicios de Cobro; artículo 8.4 Ley Mercado Abierto: asumiendo plena validez de los requisitos, cualificaciones y controles previos o garantías de EasyPark en el resto de ciudades en los que presta sus Servicios de Cobro, incluso en el caso de aquellos municipios en los que no se haya exigido requisito alguno; y*

*(v) artículo 9 Ley Mercado Abierto: reconociendo plena eficacia de las más de 100 autorizaciones, habilitaciones, licencias o cualificaciones obtenidas por las ciudades en las que EasyPark ya presta el Servicio de Cobro, sin que el Ayuntamiento pueda exigir a EasyPark el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias distintas, o la realización de ningún trámite adicional. Y en particular el artículo 9.3 Ley Mercado Abierto sobre la falta de*

*volver a tener que acreditar la garantía de calidad de los servicios que EasyPark presta durante procesos de contratación, o para prestar un servicio...*

Concluye y resume sus extensas motivaciones en los siguientes puntos:

*...En conclusión, el Ayuntamiento es una empresa, o subsidiariamente un facilitador, en el Mercado de Gestión del área SER que ha abusado de su posición de dominio al impedir que operadores EasyPark no puedan prestarse a la Licitación y/o prestar sus servicios libremente en el Mercado de Cobro.*

*Su conducta, materializada en las Disposiciones Impugnadas, contraviene los artículos 2 LDC y 102 TFUE, de forma aislada o en combinación con los artículos 106.2 TFEU y 4.3 TUE, al restringir la competencia en el Mercado de Cobro del municipio de Alcalá de Henares, o provocar inevitablemente que así lo haga su adjudicataria, sin justificación objetiva ni amparo legal...*

Por su parte el órgano de contratación en su escrito al recurso manifiesta que:

*...1.- El objeto del contrato no se reduce al pago por el estacionamiento en la vía pública, su objeto abarca no solo la prestación principal el sistema de gestión del estacionamiento limitado en vía pública y zonas de bajas emisiones sino también la vinculación con la puesta en marcha de los aspectos relativos a movilidad de la implantación de la Zona de Bajas Emisiones en la ciudad de Alcalá , proyecto en el que está en pleno proceso de implementación y que está suponiendo llevar a cabo numerosos proyectos de movilidad que están suponiendo la reestructuración del modelo de movilidad en la ciudad en especial en su casco histórico.*

*Esto supone la necesaria coordinación de los sistemas de control de acceso a la zona de bajas emisiones y sus medios tecnológicos con los de las zonas de*

*aparcamiento, cargas y descarga para el correcto cumplimiento de las exigencias de la ZBE en una ciudad declarada Patrimonio de la Humanidad.*

*Hay que señalar también que muchas de las inversiones de la implantación de las ZBE están siendo financiadas por los fondos Next Generation tanto en su primera convocatoria como segunda donde el Ayuntamiento ha recibido importantes subvenciones...*

No existiendo ninguna restricción sobre el cobro en los pliegos de condiciones

2.- Considera que la argumentación de la recurrente sobre que el trato de favor a la futura adjudicataria restringe la libre prestación de servicios y vulneran sus derechos se contradice con la cláusula 12.3.2 del PACP donde se señala que: *“La empresa adjudicataria tendrá la obligación de facilitar la entrada de todos aquellos operadores que deseen prestar el servicio de pago por teléfono móvil previa comprobación de la solvencia e idoneidad de la empresa y aplicación que pretenda prestar ese servicio en las condiciones recogidas en el presente Pliego y previa aprobación en su caso”.*

Añade el tratamiento que sobre este tema se recoge en el pliego de prescripciones técnicas en sus apartados 9n, 12.3.2 y 18.

En cuanto al primero de ellos establece: *“El Adjudicatario deberá permitir integrarse en el sistema y la Plataforma a cualquier empresa titular de una App de pago por móvil interesada en colaborar en la recaudación de la tasa, siempre y cuando cumplan los requisitos y la normativa de aplicación vigente en cada momento, y que el Adjudicatario no exija ni perciba prestación alguna a su favor por ello de la empresa titular más allá del límite de 0,05 euros por transacción, comprometiéndose a ello mediante Declaración Responsable.”*

Continua el órgano de contratación explicando que: *“Con esta cláusula lo que se quiere conseguir precisamente, es que el adjudicatario no pueda impedir la entrada al sistema a ninguna empresa interesada en ofrecer sus servicios mediante aplicaciones móviles.*

Se entiende que la empresa adjudicataria, hace una inversión inicial para la instalación y puesta en marcha de todo el sistema de gestión del estacionamiento regulado (además de otras muchas obligaciones del pliego) y harán frente a un gasto continuo de explotación y mantenimiento de dicho sistema de gestión que es necesario para que, una vez gestionado y abonado el aparcamiento, pueda garantizarse que el sistema lo recoge y evita la sanción. Por ello, parece lógico que se acuerde, entre el adjudicatario y las empresas que vayan a utilizar la infraestructura creada, un precio por dicho aprovechamiento, no obstante, se trata de una relación privada entre el adjudicatario y las empresas proveedoras de estos servicios, donde el Ayuntamiento no entra. Únicamente, para que no se establezcan acuerdos abusivos, se limita el importe que podría cobrar, en caso de hacerlo.

A partir de ese momento el Ayuntamiento considera que entra en la órbita de gestión de la concesión, por lo que su actuación se limita a establecer un tope máximo, no mínimo.

3.- En cuanto a lo previsto en el apartado 12.3.2 del PPTP considera que: *“En este apartado se establecen los requisitos que debe cumplir la aplicación que ofrezca el licitador, que debe ser “por cuenta y a cargo del adjudicatario”.* La obligación de que esta deba ser gratuita para el usuario, persigue el fin de promover el uso de los nuevos medios y avances tecnológicos digitales, frente al uso de los sistemas tradicionales.

Y para ello se considera que debe haber al menos una posibilidad de hacerlo, sin coste para el usuario.

Aquí no se habla de APPs de terceros, la gratuidad para el usuario es únicamente para la APP ofrecida por el adjudicatario. Esto no impide que existan otras aplicaciones que si incluyan costes y puedan ofrecer mejores prestaciones para el usuario, como se explica en la página 8 del recurso presentado (oferta de servicios).

Invoca en este caso el órgano de contratación la Resolución de este Tribunal 139/2022, de 7 de abril, en aquel caso los pliegos de condiciones exigían que todas las apps que se autorizasen fueran gratuitas para los usuarios.

El final de este apartado del PPTP establece textualmente: *“La empresa adjudicataria tendrá la obligación de facilitar la entrada de todos aquellos operadores que deseen prestar el servicio de pago por teléfono móvil previa comprobación de la solvencia e idoneidad de la empresa y aplicación que pretenda prestar dicho servicio, en las condiciones recogidas en el presente Pliego y previa aprobación del Ayuntamiento, en su caso.”*

Considera que los requisitos a cumplir por las distintas apps serán idénticos tanto en su vertiente de certificado como de acomodo a la legislación vigente, siendo lógico que tanto el concesionario como el propio ayuntamiento conozcan de antemano estas empresas, sus productos como modo de garantizar la seguridad de los usuarios tal y como se recoge en la cláusula 3.3 del PCAP.

4.- Respecto a otro de los argumentos que la recurrente alega respecto a la publicidad e información, decir que en este apartado del pliego se dice:

*...Publicidad de la aplicación:*

- *Se debe ofrecer campañas publicitarias a cargo del adjudicatario que sirvan de promoción de la aplicación y aseguren la mejor difusión de la misma, facilitando previamente al Ayuntamiento los soportes publicitarios o formatos de campaña a realizar, con el objeto de obtener la aprobación previa.*

- *Producción de trípticos informativos y vinilos para los expendedores si los hubiese, a cargo del adjudicatario...*

Considera el Ayuntamiento que en ningún momento se indica que la App de la adjudicataria tendrá campañas publicitarias, trípticos y vinilos a costa del Ayuntamiento y el resto de operadores.

5.- En cuanto a la continuidad de la prestación del servicio, en la cláusula 2 del PPT se establece lo siguiente: *“El contrato actual del servicio de estacionamiento regulado con expediente nº 5129 seguirá vigente hasta que dicho servicio sea recepcionado por el Ayuntamiento y hasta la fecha de puesta en funcionamiento y servicio del equipamiento que sustituirá al existente, a implantar por la empresa adjudicataria entrante. A este respecto, se tendrán en cuenta los plazos establecidos en la cláusula 8.1 de este pliego, no existiendo simultaneidad en la explotación del mencionado servicio entre la empresa saliente y la entrante”.*

Esto significa y permite que, durante este periodo, las empresas implicadas o que ya estén prestando el servicio podrán establecer las medidas, integraciones y acuerdos oportunos para empezar a operar a la puesta en marcha de las instalaciones y sistemas del nuevo contrato, y hasta ese momento seguir operando del mismo modo con el contrato actual. Esto garantiza la posibilidad de conseguir la continuidad ininterrumpida del servicio que solicitan. Es más, el Ayuntamiento es el primer interesado en que esto suceda así, y no dejen de ofrecerse todas las prestaciones al ciudadano”.

Por último y en cuanto a la continuidad del servicio, este Tribunal considera que no siendo el actual concesionario ni siendo licitador de esta nueva contratación, Easypark carece de legitimación sobre este extremo.

Vistas las posturas de las partes este Tribunal ya se pronunció en su resolución 139/2022 de 7 de abril: *“la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado*

*por medio de Apps como una de las prestaciones del contrato podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a licitadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación. Por consiguiente, si se cumplen dichas condiciones, no existe inconveniente en su inclusión en los pliegos como prestación accesoria”.*

Esta aseveración nos lleva en primer lugar a analizar si los pliegos de condiciones permiten el acceso a apps que no sean las propias del adjudicatario.

Comprobando el *apartado 12.3.2 del PPTP* en su apartado final establece textualmente: *“La empresa adjudicataria tendrá la obligación de facilitar la entrada de todos aquellos operadores que deseen prestar el servicio de pago por teléfono móvil previa comprobación de la solvencia e idoneidad de la empresa y aplicación que pretenda prestar dicho servicio, en las condiciones recogidas en el presente Pliego y previa aprobación del Ayuntamiento, en su caso.”*

Así en un primer lugar se supera la imposibilidad de entrar en la prestación del servicio de pago a los operadores que cobren por su servicio a los usuarios, superando los distintos pronunciamientos efectuados por diversos Tribunales de Contratación sobre la imposibilidad de limitar la competencia por este motivo.

En cuanto a la quiebra del principio de igualdad entre operadores conviene destacar que en el ámbito concreto de la contratación pública, cuya regulación viene determinada por el marco de la Unión Europea, las sucesivas reformas de las Directivas europeas y sus normas de transposición han venido potenciando la aplicación de principios de competencia efectiva junto a otros de no discriminación e igualdad de trato entre potenciales candidatos, publicidad, transparencia y eficiencia en el gasto público, a las que deben atenerse los entes adjudicadores.

Por otro lado, con carácter general, las intervenciones de las administraciones públicas en el ejercicio de sus actividades económicas deben responder a los

principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública.

Así, mientras que el servicio de estacionamiento regulado debe ser prestado por los municipios, ya en régimen de gestión directa, ya a través de instrumentos de gestión indirecta, el servicio de pago del estacionamiento regulado mediante App puede ser prestado también por otros operadores distintos de los que prestan el primero, incluso por varios de ellos simultáneamente.

En el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App, todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración. En aras de mantener la libre competencia en este mercado, resulta necesario que se permita el acceso a la plataforma integral del contrato a todos los operadores que estén interesados en ello.

El Ayuntamiento de Alcalá de Henares no es ajeno a esta interpretación y en los pliegos de condiciones elaborados a estos efectos ha incluido el matiz de la obtención de una autorización municipal y unos determinados requisitos de homologación que en su momento tramitará el servicio municipal correspondiente. No corresponde a este Tribunal prejuzgar en este momento la futura regulación municipal referente a la entrada de otros operadores económicos, ya que, en caso de no ser conforme a las normas sobre competencia, tienen a su disposición los cauces legales para la defensa de sus derechos.

No obstante, según manifiesta el órgano de contratación en la cláusula 3.3 del PCAP, se aprecia claramente la igualdad de requisitos exigidos a todos los licitadores. En dicha cláusula se establece la solvencia económica, financiera y técnica de los licitadores, pero es en la cláusula 12.3.2 donde se recoge la solvencia e idoneidad de

los operados integrados o no integrados que pongan a disposición de la gestión de cobro de estas tasas, sin constar distinción alguna entre la propia del concesionario y otras que puedan concurrir en la prestación del servicio. Es más, el apartado mencionado hace alusión inicial a la aplicación propia del concesionario y por extensión al resto.

Su textual es el siguiente:

*...La empresa de la aplicación deberá:*

- *Cumplir con lo referido en la ley Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 y en el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre sobre servicios de pago.*
- *Ser PCI-DSS Compliance en lo que respecta a buenas prácticas en el procesamiento de la información sensible de las tarjetas y la empresa disponer del correspondiente certificado PCI-DSS.*
- *Poseer las certificaciones ISO 9001 y ISO 14001, 27001 y cumplir con los requisitos dispuestos en el Ens para este tipo de intercambio de datos.*

*La empresa adjudicataria tendrá la obligación de facilitar la entrada de todos aquellos operadores que deseen prestar el servicio de pago por teléfono móvil previa comprobación de la solvencia e idoneidad de la empresa y aplicación que pretenda prestar dicho servicio, en las condiciones recogidas en el presente Pliego y previa aprobación del Ayuntamiento, en su caso...*

Por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

Llegados al punto más importante de los múltiples alegados por el recurrente debemos estudiar la controversia que provoca la imposibilidad de que la aplicación móvil para el pago que presente el licitador a la concesión pueda conllevar pago por parte del usuario y en consecuencia debe obligatoriamente conllevar la gratuidad para éste, aunque pueda también aportar una con coste.

Esta última posibilidad ha sido estudiada en nuestra resolución 139/2022 de 7 de abril en los siguientes términos: *«A estos efectos, resulta evidente que la exigencia limita la posibilidad de presentarse (por ejemplo, en UTE) a una empresa cuya App incluya una comisión o que operadores económicos cuyas apps sean de pago puedan participar en la gestión del pago de las tasas por este método. La cuestión que se plantea a continuación es si esa limitación que el órgano de contratación considera conveniente es ajustada a derecho.*

*A este respecto, resulta de interés por su similitud con el caso que nos ocupa Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con cuyo contenido doctrinal este Tribunal muestra su consonancia:*

*“Partiendo de la consideración de que el único argumento de los alegados por el Ayuntamiento que, en principio, puede justificar válidamente la restricción de la competencia denunciada por el recurrente es favorecer al usuario concediéndole la posibilidad de un medio de pago sin coste para él, debe evaluarse, bajo esa premisa, si las cláusulas impugnadas son adecuadas para garantizar la finalidad que se persigue y si el perjuicio a libre competencia que causan no va más allá de lo estrictamente necesario, de modo que no exista otra forma menos lesiva para este principio que permita lograr la finalidad perseguida. Desde este punto de vista, este Órgano entiende que las medidas no son aceptables por los siguientes motivos:*

*1) De acuerdo con el apartado 3 del PPT, los medios de pago a disposición del usuario son las monedas, las tarjetas magnéticas (se sobreentiende que se trata de las tarjetas de crédito o débito con uso magnético, emitidas normalmente por una entidad bancaria) y la aplicación móvil. Debe tenerse en cuenta que, entre ellos, las monedas ya son un medio de pago que, en todo caso, satisface el requisito de no suponer ningún gasto adicional para el usuario, y que muchas de las tarjetas que operan en el mercado, y que los usuarios pueden elegir (a las que los pliegos no*

*señalan ninguna especificación al respecto), también cumplen esta condición, lo que relativiza la importancia de la finalidad que la restricción busca garantizar. Por otro lado, debe recordarse que el servicio de pago móvil gratuito es, en todo caso, una prestación accesoria respecto a la principal que, a diferencia de aquélla, no se refiere a un servicio público legalmente atribuido al poder adjudicador.*

*2) En cualquier caso, para que se cumpla el objetivo de que los usuarios dispongan de una aplicación de pago móvil gratuita no es necesario excluir la posibilidad de que, además de la ofrecida por el contratista, los citados usuarios puedan elegir otra aplicación distinta, sea o no de pago, de la que proponga el adjudicatario, por lo que no se ha acreditado la proporcionalidad de la restricción a la competencia ni que no existieran posibilidades menos lesivas para la competencia para obtener el beneficio de los usuarios que justifica la decisión adoptada.”*

Pero la intención del recurso planteado por Easypark es el establecimiento de la obligación para los órganos de contratación de no exigir que el concesionario aporte al menos una app gratuita.

En los puros límites y contenido de la contratación administrativa, el art. 28 de la LCSP establece que serán los órganos de contratación quienes establezcan las necesidades de la contratación y los fines que desean perseguir con ella.

En el ámbito propio de esta concesión no debe ser un tercero que se integra en un contrato de concesión quien establezca las condiciones que deben afectar al servicio público que se va a prestar, sino el propio órgano de contratación, en este caso el Ayuntamiento de Alcalá de Henares quien en base a sus necesidades y las de sus ciudadanos considera que debe aportarse desde el inicio de la contratación una app de pago que no conlleve coste para sus ciudadanos.

La intención de Easypark de convertirse en licitadora de esta u otras concesiones o contratos de servicios sobre el mismo objeto, es una intención de

estrategia empresarial de la propia mercantil, que debería o bien ampliar su objeto social o fusionarse con otra empresa o utilizar cualquier otro mecanismo que la legislación mercantil prevea para estas situaciones.

Indicar a la recurrente la posibilidad de modificar su app para que pueda utilizarse de forma gratuita con una limitación de sus funcionalidades o la inclusión de publicidad y desarrollar además un modo Premium que sería idéntico al ahora existente, se consideraría una intromisión en la gestión de la empresa. De igual modo que una empresa quiera imponer a una administración pública como y que contratar es inmiscuirse en la gestión pública.

La legislación propia de la denominada ley paraguas no puede afectar a las disposiciones básicas en materia de contratación pública, que son pura transposición de distintas Directivas Europeas.

En conclusión, si bien se puede exigir a los municipios que en sus procedimientos de licitación del servicio de aparcamiento vigilado permitan la prestación del servicio de pago a través de apps para móviles que conlleven un coste directo para el ciudadano, no se puede obligar a ninguno de ellos a obviar la necesidad de que primeramente requieran la aportación de una app sin coste para los usuarios, siendo en todo caso una elección propia del municipio que en base a múltiples factores optar por una u otra forma de gestionar este servicio.

Por consiguiente, procede la desestimación del recurso por este motivo.

En relación con la comisión que puede cobrar el concesionario a los operadores no integrados que participen en el control del pago, este Tribunal entiende que el Ayuntamiento de Alcalá de Henares ha establecido un tope en 5 céntimos por transacción, siendo un límite máximo que podrá ser negociado entre el concesionario y el operador no integrado de forma privada y como parte de la ejecución de la concesión.

La concesión como tipo contractual se distingue esencialmente por la asunción del concesionario del denominado riesgo operacional que puede definirse como la asunción de las posibles pérdidas u obtención de menor beneficio que la ejecución del contrato presente. Ante este escenario es lógico pensar que el concesionario intente obtener el máximo rendimiento, considerando además que pone a su coste toda la infraestructura y seguimiento del control de uso de la vía pública como aparcamiento.

En relación con la cuantía, esto es 5 céntimos por transacción, recordar que ni en el apartado 9N del PPTP, donde se regula esta aportación al concesionario ni en los documentos que conforman el expediente de licitación se justifica el importe determinado. Si bien este debería estar justificado, su condición de límite máximo no alcanza la cualidad de condición anulable, por lo que este motivo de recurso debe también de desestimarse.

En relación a la publicidad sobre el uso de las apps, sean gratuita o de pago, el recurrente considera que el Ayuntamiento prima el uso de la app del concesionario con soportes publicitarios predominantes en relación con el resto de apps.

A este respecto indicar que la publicidad sobre el uso de esta tecnología para afrontar el pago de la tasa, no es obligación del Ayuntamiento, sino de la empresa concesionaria. Esta es quien edita y distribuye tanto pegatinas, como dípticos, como inserciones publicitarias, siempre y lógicamente en propio beneficio, pues no olvidemos que el canon al Ayuntamiento lo abona ella y asume además el riesgo operacional del contrato.

No siendo la publicidad de medios de pago no propios del Ayuntamiento una de sus competencias, las campañas que solicita el recurrente deberán ser conveniadas entre las tres partes, Ayuntamiento, concesionario y Easypark, sin obviar que sea la propia empresa la que deba tomar la iniciativa en la publicidad de su app.

Por todo ello se desestima este motivo de recurso

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.** - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Esaypark España S.L.U., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación de la concesión de servicios para el “Estacionamiento limitado y controlado en la vía pública, de las zonas de carga y descarga, del sistema y equipamiento de control de acceso a ZBE y de las pantallas y paneles informativos de la ciudad de Alcalá de Henares” número de expediente 6625.

**Segundo.** - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.** - Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el día 14 de marzo de 2024.

**Cuarto.** - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con

lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.