

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

En Madrid, a 7 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa EASYPARK ESPAÑA S.L.U. (en adelante EASYPARK) contra los pliegos del contrato “Contratación de servicio de regulación de apartamiento y grúa” del Ayuntamiento de Alcobendas, Expediente 13/21, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de marzo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 14.188.682,04 euros y un plazo de ejecución de 96 meses.

Segundo.- Mediante Resolución 93/22, de 10 de marzo, este Tribunal acordó declarar concluso el procedimiento para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa EASYPARK contra

los pliegos del contrato “Contratación de servicio de regulación de apartamiento y grúa” del Ayuntamiento de Alcobendas, Expediente E-EXP 13/2021, por pérdida sobrevenida del objeto del recurso. En dicha resolución se hacía constar: *“En cuanto al fondo del asunto, hay que manifestar que el recurrente presentó recurso “ad cautelam” respecto a los pliegos publicados. Como se ha señalado anteriormente, con fecha 4 de marzo de 2022, se han publicado nuevos pliegos que contienen modificaciones sustanciales respecto a los publicados anteriormente, por lo que se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del recurso. Los nuevos pliegos podrán ser objeto de recurso conforme a lo dispuesto en la LCSP”*.

El 24 de marzo de 2022, se presentó recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EASYPARK, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas de los nuevos pliegos.

Con fecha 25 de marzo de 2022 se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación acompañado del correspondiente informe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la LCSP.

El 30 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación 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 (en adelante LCSP).

Tercero .- 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.- En contra de lo alegado por el órgano de contratación, debe reconocerse la legitimación para recurrir, como ya se hizo en nuestra Resolución 93/2022, de 10 de marzo.

Como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones la legitimación para la interposición de recurso especial se fundamenta en que el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial. En el caso que nos ocupa, la recurrente está recurriendo unos pliegos que le impedirían o dificultarían acceder a la licitación.

Por otro lado, dentro de sus pretensiones se encuentra la anulación de las cláusulas que incluyen los servicios de pago móvil que la recurrente comercializa en el objeto del contrato, lo que permitiría el abono de las tasas por aparcamiento mediante cualquier aplicación, sin quedar supeditada a lo que determine la adjudicación del contrato.

Por todo ello, se aprecia la existencia de legitimación de la recurrente en los términos previstos en el 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 los pliegos de condiciones fueron publicados el 4 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso el día 24 del mismo mes, por tanto se encuentra 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 un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Entrando en el fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en diverso motivos, que por razones sistemáticas, se pueden resumir en dos:

- 1- Infracción de los artículos 17 y 284 LCSP al incluir en la Licitación la prestación de un servicio que no es público y para el cual no tiene competencias.
- 2- Infracción del artículo 1 LCSP, del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, del artículo 5 LGUM de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, al aprobar y no aclarar/modificar unos pliegos discriminatorios y desproporcionados, que restringen la libre prestación de Servicios de Cobro.

1.- Respecto al primer motivo del recurso, alega que no se diferencia entre la gestión del área SER y la prestación del servicio de cobro mediante aplicaciones móviles en la misma. De hecho, la prestación del servicio de cobro es descrita como una condición de operatividad del mismo (cláusula 3.2.2.2 e) PPT).

A su juicio, el Servicio de Gestión podría tener la caracterización propia de un servicio público, al ser un servicio que busca generalmente la racionalización del uso del suelo público, la regulación del tráfico y la disponibilidad razonable de plazas para todos los ciudadanos, sin embargo, el Servicio de Cobro no es nada más que, en esencia, un medio de pago tecnológico alternativo del mismo. Como ambos servicios

son diferentes, que el Servicio de Gestión pueda ser considerado un servicio público no conlleva a que el Servicio de Cobro lo sea también.

Por su parte, el órgano de contratación no realiza alegaciones específicas al respecto.

Vistas las alegaciones, procede traer a colación el informe de la Dirección de Competencia de 8 de mayo de 2017 en el marco del expediente CNS/DC/299/17, iniciado a solicitud de Easypark, en el que se señala que la actuación de los ayuntamientos en el marco de una licitación pública que pudiera dar lugar a la exclusión de esa entidad en el ámbito de los sistemas de pago en zonas de estacionamiento regulado, constituye una actuación como poder adjudicador, sometida a lo previsto en la legislación de contratos públicos. Por esta razón, la Dirección de Competencia manifestó que la revisión de la actuación de un poder adjudicador *“se realizaría a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

El servicio de cobro mediante App debe considerarse como una prestación accesoria respecto a la principal (servicio de estacionamiento regulado), aunque no se refiera a un servicio público en sentido estricto.

Este Tribunal considera que 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.

Por consiguiente, el motivo debe ser desestimado.

2.- Respecto al segundo motivo del recurso alega la ilegalidad de las cláusulas 3.2.2.2 e), 4.1.7 e), 4.1.21 y 4.1.22 del PPT.

Antes de entrar en el fondo del asunto resulta conveniente transcribir su contenido:

Cláusula 3.2.2.2 e) PPT dispone que:

“1. Medios de pago: [...] Pago a través de aplicación para teléfono móvil gratuita para el usuario (sin recargo con respecto a las tasas o precios públicos establecidos en la Ordenanza Fiscal aplicable).”

Cláusula 4.1.21 PPT dispone que:

“además del pago en monedas, se facilitará el sistema de pago mediante tarjeta de crédito o débito bancario (incluido el sistema contact-less), así como pago mediante app de teléfono móvil, Smartphone y /o por página web con pasarela de pago segura, desde el primer día de toma de servicio.”

Cláusula 4.1.7 e) PPT dispone que:

“En caso de pago con medio electrónico (tarjeta bancaria, aplicación móvil, página web), las posibles comisiones que se deriven serán a cargo del adjudicatario del contrato y en ningún caso repercutirá estas penalizaciones, en el usuario final.”

Cláusula 4.1.22 PPT dispone que:

“El licitador en su oferta deberá proponer para la gestión del estacionamiento (selección de zona, tiempo y pago de las tasas), una aplicación móvil para el servicio (APPS) que, como mínimo, cumplirá los siguientes requisitos:

- a. Pago de la tasa sin comisiones ni recargo adicional para el usuario; ajustándose el cobro a lo establecido en la Ordenanza Fiscal vigente en cada momento.*
- b. Pago exclusivo en el momento de aceptación de la transacción sin la obligatoriedad de realización de depósito previo alguno.*

- c. Opción de pago “start-stop” que permita la paralización del tiempo y consecuentemente del cálculo de la tasa devengada en el momento de abandonar el estacionamiento. El cobro se realizará siempre una vez finalizada la operación.*
- d. Información del estado de ocupación en la vía pública.*
- e. Selección de la ubicación por selección manual y geolocalización a criterio del usuario.*
- f. Pago a distancia sin necesidad de presencia junto al vehículo.*

El pago por aplicaciones móviles no supondrá ninguna exclusividad para el contratista, pudiendo el Ayuntamiento autorizar la utilización de otras aplicaciones existentes en el mercado en base a los requisitos de homologación que, en su momento, aprueben los responsables municipales de los departamentos de Nuevas Tecnologías, Informática y Policía Local. El contratista facilitará la información relativa a la posibilidad de pago a través de otras aplicaciones mediante la información en página web cuyo diseño, publicación y mantenimiento será a su vez responsabilidad del contratista. La APPS estará disponible, al menos, en los “market” de iOS y Android.”

A su juicio de la recurrente, dichas cláusulas vulneran el artículo 1 LCSP en tanto que restringen la competencia entre prestadores del Servicio de Cobro y vulneran la libertad de acceso y no discriminación de los mismos a licitación.

A este respecto, considera que los pliegos que establecen como una obligación del adjudicatario, dentro del Servicio de Gestión, la prestación del Servicio de Cobro, no garantizan el acceso al Servicio de Cobro al resto de operadores en régimen de igualdad en tanto que requieren obtener primero una autorización del Ayuntamiento para ello, no prevén expresamente el procedimiento para obtenerla, ni sus requisitos y plazos y no permiten que puedan cobrar por sus servicios.

Considera que los citados preceptos restringen injustificadamente la competencia entre prestadores del Servicio de Cobro en tanto que no garantizan el acceso en régimen de igualdad a operadores distintos a la adjudicataria (y a las dos Apps que ya

están operativas) durante un periodo de hasta 10 años ya que condicionan el mismo a la obtención de una autorización sobre la base de unos requisitos cuyo procedimiento y contenido son desconocidos y que además es potestativa. En consecuencia los Pliegos no garantizan expresamente el acceso a terceros operadores al Mercado de Cobro en condiciones de igualdad y no discriminación y por tanto vulneran el principio de libre competencia.

A su juicio, restringen injustificadamente el acceso de licitadores alternativos a la licitación, bien por haberse incluido el Servicio de Cobro en la Licitación junto con el Servicio de Gestión, bien por no haberse establecido en un lote diferente, bien porque estas Apps deben prestar sus servicios sin cobrar por ellos directamente a los usuarios, los preceptos impiden que operadores como EasyPark puedan presentarse a la Licitación en igualdad de condiciones. De hecho, los Pliegos impiden completamente que EasyPark pueda presentarse a la Licitación por estos motivos.

Señala que existen operadores que prestan tanto el Servicio de Gestión como el de Cobro (i.e. Operadores Integrados), EasyPark solo presta el Servicio de Cobro (i.e. Operador no Integrado) y además lo hace cobrando directamente a sus usuarios por ello. Por tanto, incluir en la Licitación el Servicio de Gestión y no permitir cobrar a sus usuarios por el mismo, discrimina de manera evidente a los Operadores no Integrados que generan ingresos a través de pequeñas comisiones que cobran a sus usuarios (como EasyPark), en tanto que les imposibilita pujar por la Licitación.

Exigir una autorización al resto de operadores, pero no a la adjudicataria (ni a las dos Apps que ya están operativas), es, a su juicio, una patente discriminación entre operadores. Así mismo, considera que no poder cobrar a sus usuarios por prestar el Servicio de Cobro también supone una restricción de la competencia, así como una discriminación entre operadores.

Por su parte, el órgano de contratación señala que la previsión en el pliego de prescripciones técnicas, está asentado el derecho a que concurren tantas aplicaciones

como se soliciten siempre y cuando todas, incluida la que aporte la empresa que gane la licitación, cumplan con los parámetros definidos para evitar situaciones de desigualdad entre los operadores.

Añade que la redacción del pliego pretende, entre otras cosas, la defensa de los derechos de los ciudadanos en cuanto al ámbito fiscal se refiere y establece determinadas pautas para garantizar que el pago de esa tasa, además de poder hacerse por cualquier aplicación, debe reunir los requisitos que garantizan los derechos de los vecinos y las necesidades de los servicios públicos o licitados afectados en la gestión del pago, control y sanción, en su caso, de las infracciones a la normativa de tráfico. Por otra parte, una vez finalizado la licitación, cuya resolución y adjudicación generará el derecho posterior, se atenderán los requerimientos que las empresas gestoras de app hagan para poder operar en Alcobendas con el cumplimiento de los requisitos establecidos y siempre con autorización previa que no es discrecional, sino que está sujeta al mero cumplimiento de las condiciones al no establecerse otro tipo de reservas en favor ni del Ayuntamiento ni de terceros.

Vistas las alegaciones de las partes, 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 atenderse 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.

En el caso que nos ocupa, los nuevos pliegos reconocen que la prestación del servicio de cobro no será exclusiva del adjudicatario, ni que la App a utilizar sea las que ya están operativas en el Ayuntamiento de Alcobendas. Ahora bien, la entrada de otros operadores está supeditada a la obtención de una autorización municipal en base a los requisitos de homologación que, en su momento, aprueben los responsables municipales de los departamentos de Nuevas Tecnologías, Informática y Policía Local. 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.

Por tanto, procede centrarnos exclusivamente en comprobar que las cláusulas de los pliegos de la presente licitación no son limitativas de la libre competencia para los operadores económicos interesados, garantizando la igualdad de trato y no discriminación, tal como exige el artículo 1 de la LCSP.

La Directiva 2014/24/UE establece en el segundo párrafo de su artículo 18.1 que *“La contratación no será concebida con la intención (...) de restringir*

artificialmente la competencia”, añadiéndose que “Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

La controversia se centra fundamentalmente en la exigencia de los pliegos de que la App para el pago de la tasa por los usuarios que presente el licitador y el resto de posibles operadores económicos debe ser gratuita sin que puede suponerle coste o comisión.

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 app sean de pago puedan participar en las 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.”

La exigencia de gratuidad prevista en los pliegos, aparte de limitar la competencia, no hace sino limitar la capacidad de decisión de los usuarios del servicio de pago mediante app para móvil, ya que estos deben poder decidir si le resulta más interesante abonar una pequeña comisión por una app que le ofrezca mejores prestaciones que utilizar una gratuita (si bien el término gratuidad debe ser puesto en cuarentena, pues siempre lleva compensaciones del tipo cesión de datos, publicidad etc.) que sea más acorde con sus intereses y necesidades.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso por este motivo, por considerar, por las razones expuestas, que la exigencia de gratuidad de la aplicación

para el pago de las tasas mediante aplicativos móviles, no es ajustada a Derecho.

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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de EASYPARK ESPAÑA S.L.U. contra los pliegos del contrato “Contratación de servicio de regulación de apartamiento y grúa” del Ayuntamiento de Alcobendas, Expediente 13/21, anulándose los pliegos y consecuentemente el procedimiento de licitación.

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.- 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.