



EB 2020/111

Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por EASYPARK ESPAÑA, S.L.U. contra los pliegos del contrato “Servicios para el control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (OTA)”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de julio de 2020 se presentó, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por EASYPARK ESPAÑA, S.L.U. (en adelante, EASYPARK) contra los pliegos del contrato “Servicios para el control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (OTA)”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

SEGUNDO: El día 29 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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). Dicha documentación se recibió el día 4 de agosto.





TERCERO: Con fecha 2 de septiembre de 2020, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 22/2020, acordando la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de A.I.M. y de L.L.O., que actúan en nombre del recurrente. Respecto a la legitimación, el poder adjudicador alega que la recurrente carecería de ella porque ni su código en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (6209 – Otros servicios relacionados con las tecnologías de la información y la informática”) ni su objeto social le habilitan a realizar los “Servicios de control del tráfico”, identificados con el CPV: 63712700-0, lo que le impediría participar en la licitación y resultar adjudicataria, por lo que difícilmente se verían perjudicados o afectados sus derechos. Una vez contrastada esta alegación con la pretensión del recurso y con los datos que constan en el expediente, este Órgano estima, por las razones que se exponen a continuación, que EASYPARK sí tiene la legitimación necesaria para interponer la impugnación:

- 1) El artículo 66 de la LCSP no exige una coincidencia literal entre el objeto social y la prestación contractual, por lo que la interpretación de esta norma debe formularse en sentido amplio, entendiendo que basta con que las prestaciones del contrato estén comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 27/2012 y 85/2014 del OARC / KEAO), siendo irrelevante a estos efectos el código CNAE, pues ninguna relación tiene con la aptitud de la empresa para la prestación del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2020). La recurrente es una empresa cuyo objeto social incluye “Proporcionar



servicios tecnológicos de valor añadido ligados a la digitalización de la movilidad del vehículo, considerados como servicios de movilidad inteligente para las ciudades, entre estos servicios se encuentra el de pago por móvil en zonas de estacionamiento regulado de aparcamiento (O.R.A) o de servicio de estacionamiento regulado (SER), de carga y descarga, residentes, en zonas de rotación, disuasorias o de superficie, u otras modalidades que se pueden dar o aparecer, además de paneles de control, plataformas de movilidad y servicios digitales vinculados al vehículo eléctrico, coche compartido, gestión de permisos o parking guiado. Pudiendo proporcionar servicios de factoring a operadores de aparcamiento que gestionan zonas de aparcamiento regulado y/o en el caso de las ciudades que gestionan el estacionamiento regulado, donde el importe del aparcamiento es considerado una tasa”, lo cual parece compatible, al menos, con una parte del contrato analizado, al cual podría concurrir EASYPARK, en su caso como parte de una Unión Temporal de Empresas.

- 2) A pesar de que entre las cláusulas de los pliegos impugnados se establecen determinadas limitaciones (como la necesidad de prestación de servicios de gestión SER o la no división del contrato en lotes, uno de los cuales podría referirse en exclusiva a los servicios de pago móvil) que impedirían o dificultarían al recurrente acceder a la licitación, debe recordarse que la legitimación para la interposición del recurso especial se caracteriza porque su hipotética estimación satisfaría un interés tangible del recurrente, distinto del mero cumplimiento de la legalidad. En este caso, la estimación de la impugnación supondría precisamente la cancelación de un procedimiento de adjudicación en el que el recurrente no puede presentar una oferta o se dificulta dicha presentación y, muy probablemente, la convocatoria de otro en el que sí podría concurrir (ver, por ejemplo, la Resolución 83/2019 del OARC / KEAO).
- 3) Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la pretensión de la impugnación incluye también que los servicios de pago móvil que la recurrente comercializa se excluyan del objeto del contrato, el cual se modificaría para que se aceptara el abono de la tasa por aparcamiento mediante cualquier aplicación de pago (incluida la que explota EASYPARK), sin que se restrinja únicamente a la que resulte del procedimiento de adjudicación.



Según el artículo 48 de la LCSP, la legitimación para la interposición del recurso especial, lejos de limitarse a los operadores económicos interesados en obtener el contrato, alcanza a "...cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso", amplísima descripción en la que sin duda cabe una empresa que estima que la configuración del contrato recorta indebidamente la posibilidad de prestar sus servicios en el mercado sin necesidad de participar en la licitación.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son impugnables los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Tolosa tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).



SEXTO: Argumentos del recurso

En síntesis, los argumentos del recurso son los siguientes:

a) El objeto del contrato impugnado incluye tanto el servicio de gestión del área de estacionamiento regulado (en adelante, SER) como el servicio de cobro mediante aplicaciones de pago en dichas SER. El recurrente aporta diversos informes y resoluciones de Autoridades de la Competencia en apoyo de su impugnación, de los que se deduce que ambos servicios son complementarios pero diferentes, y son productos de mercados distintos, en los dos casos de ámbito local. La consecuencia jurídica de esta distinción de los dos servicios es que la inclusión del servicio de cobro junto con el SER es la creación de barreras innecesarias y desproporcionadas a la competencia si no se garantiza el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación para todos los operadores; en este sentido, aunque puede estar justificado seleccionar un operador para prestar el servicio de gestión, no lo está para prestar el servicio de cobro, que puede prestarse simultáneamente por varias aplicaciones.

b) Para EYSAPARK, la situación descrita en la letra anterior supone la infracción de las siguientes normas:

- Artículos 17 y 284 de la LCSP: el Ayuntamiento no tiene competencias para licitar el servicio de cobro, que no es un servicio público porque carece de las notas de universalidad, vinculación al interés general, indispensabilidad y necesaria continuidad en la regularidad de la prestación e igualdad de trato de los ciudadanos; asimismo, se alega que la competencia exclusiva sobre los medios de pago corresponde al Estado.
- Artículo 1 de la LCSP (principios de salvaguarda de la libre competencia, libre acceso e igualdad de trato y no discriminación): los pliegos no establecen un sistema para que terceras aplicaciones distintas de MUGIPARK o de la que pueda presentar la adjudicataria presten el



servicio de cobro y obligan a que dicha prestación se realice gratuitamente; también se infringiría este precepto porque los pliegos son desproporcionados al obligar a los prestadores de servicios de cobro a prestar también el SER para presentarse a la licitación (el contrato no está dividido en lotes) y establecer que el gestor SER preste el servicio de cobro necesariamente con la aplicación Mugipark (al menos, en los pliegos no queda claro que esto último no sea así).

- Artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE): los pliegos infringen la libre prestación de servicios porque los servicios de cobro no son una actividad “no económica” ni vinculada al “ejercicio de autoridad pública”, sino una “actividad económica” sujeta al régimen de libertades fundamentales de la Unión Europea (UE) y a su derecho de la competencia; consecuentemente, la atribución del ejercicio de dicha actividad económica en favor de un único operador público o privado es una restricción de la libre prestación de servicios, que solo estaría justificada si respondiera a razones imperiosas de interés general, si fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y si no fuera más allá de lo necesario para conseguirlo, circunstancias que no se dan en este caso; por los mismos motivos, se infringe también el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- Artículos 2 de la Ley de defensa de la competencia (LDC) y 102 TFUE: se excluyen y se discrimina a EASYPARK al eliminarlo del mercado de servicio de cobro abusando el poder adjudicador de su posición de dominio en el mercado del servicio de gestión; el recurrente alega que el Ayuntamiento es una “empresa” con “posición de dominio” cuya conducta, en lo que se refiere al contrato impugnado, es anticompetitiva (negativa de suministro, destrucción del proceso competitivo a consecuencia de trato discriminatorio, existencia de efectos especialmente graves en mercados digitales y carencia de amparo legal y de justificación objetiva).



c) Finalmente, se solicita lo siguiente:

1) Como primera opción, se requiere:

- (i) la eliminación de los apartados 1, 12.2 y 24 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), y
- (ii) que se establezca una obligación al gestor del SER para que facilite la integración de Mugipark o de cualquier aplicación que solicite prestar sus servicios de cobro en el municipio en igualdad de condiciones y acceso que Mugipark o que la aplicación del Ayuntamiento, si la tuviera.

2) La segunda opción es:

- (i) establecer en los pliegos del SER la obligación del gestor del servicio de permitir el acceso libre a cualquier operador para prestar los servicios de cobro y adicionales, y
- (ii) establecer un lote, o unos nuevos pliegos, en los que se seleccione a un operador del servicio mediante procedimientos y criterios de adjudicación transparentes, no discriminatorios y que salvaguarden la libre competencia.

3) Por último, la tercera opción es:

- (i) que se evidencie que la aplicación Mugipark o, en su caso, la de la adjudicataria, no van a ser las únicas que van a poder prestar los servicios de cobro.



- (ii) que se establezca un procedimiento para que terceros operadores puedan prestar sus servicios libremente (por ejemplo, siendo voluntaria la gratuidad).

El recurrente concluye que la estimación del recurso y la anulación de los apartados 1, 12.2 y 24 del Anexo 1 del PCAP y la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) deberían llevar al OARC / KEAO a ordenar la redacción de unos pliegos conforme a la primera opción; subsidiariamente, la citada estimación y anulación deberían llevar al OARC / KEAO a ordenar la redacción de unos pliegos conforme a la segunda o la tercera opción.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El servicio de estacionamiento regulado en la vía pública es un servicio público de competencia municipal, estando justificado su establecimiento en que su ejercicio requiere de una reserva física del espacio público, y su prestación requiere de infraestructuras de titularidad municipal; la elección de un servicio público de modo indirecto es más respetuosa con la libre competencia que una gestión directa del mismo servicio, ya que la primera permite al menos la elección periódica de un gestor, es decir, permite competir por el mercado, en este caso, el mercado de la gestión de los estacionamientos regulados.

b) El contrato no se ha dividido en lotes porque, dado su objeto, que requiere una actuación integral, dicha división dificultaría su correcta ejecución desde el punto de vista técnico; asimismo, es necesaria una coordinación en la ejecución de las prestaciones, y la división chocaría con los principios de una actuación eficiente, transparente e íntegra. Por otro lado, la recurrente se contradice cuando pide que los servicios de pago sean el objeto de un lote separado y, al mismo tiempo, señala que el Ayuntamiento carece de competencia para regular



los servicios de pago. Si se aceptara la pretensión del recurso y se autorizaran cualesquiera aplicaciones, éstas quedarían total y absolutamente fuera del control del poder adjudicador, quedando comprometida la seguridad y fiabilidad del propio sistema, dado que cualquier empresa podría participar en un contrato público sin haber observado la LCSP en materias como solvencia, garantías y demás preceptos, lo que vulnera la libre competencia y colisiona con dicha norma.

c) Permitir el libre acceso al sistema de cualquier operador con una mera declaración responsable vulneraría la normativa sobre protección de datos personales y las prevenciones establecidas en el PCAP a estos efectos. Por otro lado, se alega que este tipo de actuaciones acarrearía inseguridad jurídica a los usuarios y a la Administración frente a cualquier reclamación patrimonial, citando el Ayuntamiento la sentencia de 21/6/2017, número 205/2017, del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 7 de Madrid.

d) Los pliegos establecen que el uso de la aplicación móvil de pago en ningún caso podrá suponer un incremento en el precio a pagar por los usuarios del aparcamiento; es decir, lo que no podrá hacerse es repercutir el coste a los usuarios, pero ello no quiere decir que la empresa no pueda obtener contraprestación por otras vías, como la publicidad. El Ayuntamiento afirma que esta cláusula se justifica por la protección de los derechos de los usuarios, aportando a tal efecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 2/3/2017, asunto C-568/2015, ECLI:EU:C:2017:154, asimismo, el cobro de comisiones por pagar el servicio de aparcamiento mediante el móvil es una exacción ilegal por no estar prevista en la vigente Ordenanza Fiscal, de modo que la pretensión de la recurrente vulneraría la autonomía municipal e implicaría un cambio normativo impuesto por voluntad de un tercero con intereses económicos en la operación.

e) En contra de lo que dice EASYPARK, el Ayuntamiento tiene una posición de dominio en el mercado del estacionamiento regulado, pero no en el de los medios



de pago mediante aplicaciones móviles, en el que no puede ejercer ningún tipo de influencia. Por otro lado, no puede decirse que el poder adjudicador abusa de su posición dominante porque no actúa como operador económico sino como Administración que ejerce potestades administrativas atribuidas por el Ordenamiento y porque el PCAP establece que los licitadores incluirán en sus ofertas una aplicación compatible con los parquímetros existentes actualmente, o bien que sea susceptible de ser instalada en éstas, con plenas garantías de funcionamiento, por lo que cualquier aplicación compatible será válida, lo que implica que no se restringe o limita la competencia, sino que se favorece. Además, se señala que el hecho de que la forma de pago sea un servicio complementario no implica que pueda prestarse al margen del Ayuntamiento titular del servicio, puesto que se configura como complementario al mismo y parte inseparable de un todo que debe ser objeto de tutela pública en la medida que orbita como actividad privada de interés general, sobre dicho servicio público. Por otro lado, los pliegos no imponen el uso de Mugipark, sino que permiten cualquier aplicación o sistema compatible con los parquímetros existentes.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las cláusulas de los pliegos cuya anulación se pretende por la recurrente son las siguientes:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

ANEXO I

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

TÍTULO: Contrato de servicios para el control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa, a adjudicar por procedimiento abierto.

1.- Definición del objeto del contrato: (Cláusulas 5 y 39)

Código/s CPV:	63712700-0 Servicios de control del tráfico
División en lotes:	NO



El contrato de servicios que en base al presente pliego se realice, tendrá por objeto la prestación del servicio de regulación y control del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (OTA), así como la gestión posterior de las zonas en lo que se refiere al control directo del estacionamiento (incluso denuncia de infracciones), recaudación y mantenimiento integral de las instalaciones en los términos y condiciones del presente Pliego. La ejecución del objeto del contrato debe adecuarse a las condiciones que figuran en el presente Pliego, así como en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, documentos que tienen carácter contractual.

La prestación del servicio comprende en términos generales, entre otros, los siguientes:

- La vigilancia del cumplimiento de lo establecido en la Ordenanza reguladora del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (en adelante Ordenanza OTA.)
- La instalación, retirada, gestión, mantenimiento integral, actualización tecnológica y reposición de los elementos materiales y sistemas, propiedad del Ayuntamiento de Tolosa que se detallan en el Pliego de Prescripciones Técnicas (anexo IV).
- Gestión y distribución de tarjetas y viñetas y la emisión de denuncias por infracciones a la Ordenanza OTA.

Dado el objeto del contrato, en el que se requiere una actuación integral, no resulta adecuado dividir en lotes el mismo, por cuanto la realización independiente de diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico. Asimismo, existe una necesaria coordinación en la ejecución de diversas prestaciones del contrato y que en el caso de su división en lotes, conllevaría la imposibilidad de su realización, o por lo menos, colisionaría con los principios de una actuación eficiente, transparente e íntegra.

Obligación de subrogación por norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general (artículo 130 LCSP): Se estará a lo dispuesto en el Convenio Colectivo que sea aplicable. Actualmente la empresa adjudataria aplica el convenio colectivo de la empresa Gertek, S.A. Servicio de ordenanza de tráfico y aparcamiento (OTA) de Tolosa (código: 20002452012006). Convenio colectivo publicado en el Boletín Oficial de Guipúzcoa el 17 de julio de 2018.

El Anexo VIII al presente pliego, incluye la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que pudiera afectar una posible subrogación en el caso de que el Convenio Colectivo que sea aplicable así lo disponga, al objeto de permitir una exacta evaluación de los costes laborales.

Esta información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 LCSP.

Contrato reservado de conformidad con la D.A. 4ª LCSP: No.

Contrato complementario de obras/suministro: No.

Cesión y tratamiento de datos



- Contrato cuya ejecución no requiere de la cesión de datos por parte de entidades del sector público al contratista.
- Contrato cuya ejecución no requiere el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.
- Asimismo se hace constar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 122.2 letras b) y d) LCSP, las siguientes obligaciones:
 - La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 202 LCSP.
 - La obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada en la declaración a la que se refiere la letra c) del apartado 2 del artículo 122 LCSP.

Estas obligaciones recogidas en las letras a), b) y d) del apartado 2 del artículo 122 LCSP, son calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211 LCSP.

(...)

12.- Concreción de las condiciones de solvencia. (Cláusula 17 y 28)

12.2.- Medios materiales

- Aplicación móvil

Actualmente existe una aplicación móvil denominada “Mugipark” y que utilizan los parquímetros, mediante la cual se permite la realización de todas las gestiones relacionadas con el aparcamiento a través de un teléfono móvil. Por ello, los licitadores deberán incluir en sus ofertas una aplicación compatible con los parquímetros existentes actualmente, o bien que sea susceptible de ser instalada en éstas, con plenas garantías de funcionamiento. La utilización de dicha aplicación móvil, en ningún caso podrá suponer un incremento en el precio a pagar por los usuarios del aparcamiento.

(...)

24.- Condiciones especiales de ejecución. (Cláusula 12)

Protección de datos: La obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.

De tipo medioambiental: No procede.

De tipo social:

• Al amparo de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco o normas que las sustituyan, se tendrá en cuenta lo siguiente: Toda la documentación, publicidad, imagen o materiales deberán emplear un uso no sexista del lenguaje, evitar cualquier imagen discriminatoria de las mujeres o estereotipos sexistas y fomentar una imagen con valores de igualdad, presencia equilibrada, diversidad, corresponsabilidad, y pluralidad de roles e



identidades de género. Los datos estadísticos deberán estar desagregados por sexo siempre que sea factible su obtención.

- Será imprescindible aportar, para todos y cada uno de los miembros del equipo que vaya a trabajar con menores, un certificado que demuestre la no-inclusión en el Registro de Delitos de Naturaleza Sexual, que podrá ser requerido por el Ayuntamiento de Tolosa en cualquier momento durante el periodo de ejecución del contrato.

De tipo laboral:

- Estabilidad laboral de la plantilla, estableciendo que el porcentaje mínimo de plantilla indefinida sobre el total del personal que ejecute el contrato será de al menos el 30%.
- Obligación de la empresa adjudicataria de aplicar a la plantilla que ejecutará el contrato las condiciones de trabajo establecidas por el último convenio colectivo sectorial y territorial vigente en el que se encuadra y desarrolla la prestación contractual, sin perjuicio de mejoras sobre lo dispuesto en el mismo. Relacionadas con la innovación: no proceden.

Nuevas contrataciones de personal: En el caso de que la empresa adquiera este compromiso y se vayan a producir nuevas contrataciones:

- Por tener suscrito algún convenio con centros especiales de empleo, empresas de inserción de personas con discapacidad, la ONCE, etc
- Contar con un plan de contrataciones, aprobado antes de la publicación de la presente licitación, que contemple la preferencia de mujeres en la contratación de nuevo personal

Horario de atención al público: En el caso de que la empresa adquiera este compromiso, obligación de tener abierta la oficina de atención al público una tarde por semana en los meses de enero a marzo.

Plazo de inicio: El servicio deberá entrar en funcionamiento, incluyendo tanto el centro de control, como la aplicación de pago por móvil, en un plazo máximo de quince días desde la formalización del contrato.

Todas las condiciones enumeradas tienen atribuido el carácter de obligación contractual esencial.

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES

ANEXO I

SISTEMA DE GESTIÓN CENTRALIZADO

3.- Condiciones de operatividad:

a) Medios de pago

- Monedas: Una sola entrada de moneda, que deberá admitir la introducción de piezas de cinco, diez, veinte y cincuenta céntimos, uno y dos euros.
- Tarjetas magnéticas.
- Aplicación móvil (Mugipark)

b) Flexibilidad total en la programación de tarifas y horarios. El sistema debe permitir aplicar distintos horarios y tarifas según zonas.



- c) Posibilidad de pagar el máximo tiempo permitido y recuperar en la tarjeta magnética o mediante la aplicación móvil el tiempo no utilizado.
 - d) Posibilidad de extender la estancia hasta el tiempo máximo permitido, mediante un segundo pago en metálico, mediante tarjeta, o mediante dispositivo móvil, siempre que se realice antes de la finalización del tiempo solicitado inicialmente.
 - e) Descuento de los períodos gratuitos.
 - f) Posibilidad de anulación en caso de equivocación.
 - g) Señalización de la hora de fin de estacionamiento autorizado para información del usuario a medida que introduzca las monedas.
 - h) Limitación automática del tiempo autorizado con rechazo de monedas de exceso.
 - i) El aparato dispondrá de un display como interfaz con el usuario que permita un diálogo con el mismo, similar al que tiene lugar en un cajero automático, estando dotado de un mínimo de cinco líneas de texto. La interacción podrá ser en euskera y castellano, así como en otras lenguas (como mínimo en inglés). Por defecto, deberá figurar el euskera como idioma de servicio.
 - j) Cuando se acaben los tiques, el aparato se pondrá automáticamente fuera de servicio y, en su caso, se cerrará la entrada de monedas.
- Esta situación será retransmitida en tiempo real al Centro de Control con el fin de conocer su situación en el menor tiempo posible.
- k) El sistema deberá estar integrado con la aplicación de pago mediante dispositivo móvil

A juicio de la recurrente, los pliegos son contrarios al principio de libre competencia y a la libre prestación de servicios, tal y como los entienden varias normas nacionales o de la Unión Europea (UE); igualmente, pide una nueva redacción de los documentos contractuales, favorable a dichos principios. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad del recurso.

- a) La discrecionalidad del poder adjudicador para la configuración del objeto del contrato y su limitación por el principio de libre competencia

En definitiva, el recurrente plantea un debate sobre el contenido y la configuración del objeto del contrato, pues entiende que su actual disposición le impide indebidamente prestar sus servicios y acceder a la licitación; consecuentemente, solicita que una parte de dicho objeto (la que se corresponde con el servicio de pago móvil) sea suprimido, o bien que se reestructure dividido



en lotes, de forma que pueda presentar su oferta para la adjudicación de uno de ellos (aquel cuyo objeto sea la selección de una aplicación de pago móvil).

Es doctrina reiterada de este Órgano que el poder adjudicador goza de una amplia discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su clausulado del modo que estime más adecuado para garantizar el interés general que, por definición, es el fundamento de cualquier contrato público, sin que los operadores económicos tengan derecho a exigir que el contrato se configure del modo más beneficioso para sus intereses (ver, por todas, su Resolución 139/2019). No obstante, esta potestad discrecional no carece de límites que la constriñen y la diferencian de la arbitrariedad; entre otros, y por lo que al asunto analizado se refiere, es relevante el coto a la discrecionalidad que supone el respeto a los principios generales de la contratación pública establecidos en el artículo 1.1 de la LCSP, en particular, los de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato y no discriminación y, muy singularmente, la salvaguarda de la libre competencia, el cual puede considerarse como una faceta o especificación de los dos anteriores. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que las Directivas de contratación pública “...tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva” (ver el apartado 26 de la STJUE de 3/3/2005, C-21/03, ECLI:EU:C:2005:127); asimismo, la Directiva 2014/24/UE, parámetro interpretativo obligado de la LCSP, que es la norma que la incorpora a nuestro Ordenamiento, 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.” Por su relevancia para el objeto de la impugnación, es importante recordar que por “operador económico” debe entenderse cualquier persona física o jurídica o agrupación de ellas que ofrezca servicios en el mercado, aunque no sea “licitador” o “candidato” en un procedimiento de adjudicación (ver los apartados 10, 11 y 12 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, la restricción artificial de la que habla la Directiva no se produce únicamente cuando su efecto es dañar o favorecer ilegítimamente a las empresas que desean obtener el contrato, sino



que puede consistir también en la inserción de cláusulas que obstaculizan la libre prestación de servicios a operadores económicos distintos del adjudicatario de dicho contrato o de los licitadores o candidatos en él interesados. De hecho, incluso la decisión misma de que un servicio sea prestado únicamente por un concreto operador, seleccionado en el correspondiente procedimiento de adjudicación y con exclusión de sus competidores en el mercado (“competencia por el mercado”), en lugar de permitir que los usuarios elijan libremente entre todas las empresas que actúan en dicho mercado (“competencia en el mercado”), puede ser contraria a la libre prestación de servicios por no ser, entre las disponibles, la opción más favorable a la libre competencia (ver, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28/11/2018, nº de recurso 193/2015, ECLI: ES.AN:2018:5245).

No obstante lo anterior, siendo la competencia un pilar fundamental de la contratación pública, no es sin embargo un valor absoluto que tenga que prevalecer siempre y en todo caso, sino que puede y debe ceder, total o parcialmente, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, ante la necesidad de asegurar otros intereses dignos de protección.

Partiendo de estas premisas, se expone a continuación su aplicación al objeto del recurso.

b) Sobre la afectación a la competencia por inclusión del servicio de pago en el objeto del contrato

A la vista de lo expuesto en la letra a) anterior, este Órgano debe determinar, en primer lugar, si el contenido y la configuración del contrato impugnado limita la competencia en perjuicio del recurrente; en caso afirmativo, debe considerarse si dicha limitación es indebida o, por el contrario, está justificada por algún motivo válido.

b 1) Sobre la existencia de una limitación de la competencia



A juicio de este órgano, los pliegos recurridos restringen la libre competencia o, al menos, no han optado por el diseño del contrato que más la favorece de todos los que podían haberse elegido. Con la actual configuración del contrato, sólo será posible que los usuarios del servicio paguen la correspondiente tasa con un único sistema de pago por aplicación móvil, que puede ser el ya implantado (Mugipark) o el que proponga el adjudicatario (cuestión que las partes discuten y que se tratará más adelante); consecuentemente, todas las demás empresas quedarían imposibilitadas para prestar ese servicio, a pesar de tener capacidad para ello. La citada restricción no es absoluta, pues dichas empresas podrían, en principio, concurrir a la licitación ofreciendo el SER conjuntamente con el servicio de pago móvil o como miembros de una Unión Temporal de Empresas junto con empresas que ofrecieran dicho SER; incluso sería posible que accedieran indirectamente al negocio que el contrato supone contribuyendo a integrar la solvencia del adjudicatario como subcontratistas o de cualquier otra forma (ver los artículos 75 y 215 de la LCSP). Sin embargo, no es menos cierto que existían otras posibilidades menos limitativas de la libre competencia que el poder adjudicador ha descartado, las cuales, como indica EASYPARK, van desde la apertura completa (incluyendo simplemente como obligación del adjudicatario que facilite el acceso a cualquier operador de aplicaciones de pago móvil que lo solicite y dejando en manos de cada usuario la elección de la que sea de su preferencia) a la división del contrato en lotes, uno de los cuales consistiría en la prestación del servicio de pago móvil (lo que podría incrementar la concurrencia al facilitar el acceso a empresas que prestan este servicio pero no ofrecen el SER), pasando por la apertura completa solicitando además a los licitadores que incluyan en su proposición una aplicación gratuita para el usuario.

b 2) Sobre la adecuación de la restricción de la competencia

Una vez establecido que los pliegos que rigen el contrato son restrictivos de la competencia, debe verificarse si la limitación que imponen es adecuada, es decir, si el perjuicio que causan a uno de los principios básicos de la legislación de contratación pública es necesario para garantizar otro interés general protegible.



En este sentido, el TJUE ha establecido que, para considerarse legítima, una medida que impida, restrinja o haga menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios debe aplicarse de manera no discriminatoria, justificarse por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho fin (ver, por ejemplo, las STJUE de 27/10/2005, C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, apartado 25, y de 5/4/2017, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, apartado 51, así como, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 58 y 179/2018 del OARC / KEAO). Aplicados dichos parámetros al caso analizado, se observa lo siguiente:

b 2 1) Sobre la aplicación no discriminatoria

Por lo que se refiere al primer requisito, las cláusulas impugnadas no tienen ningún contenido que diferencie entre los operadores económicos por razón de su nacionalidad, domicilio social, tipo de empresa u otros motivos que podrían considerarse discriminatorios, sino que se trata de medidas expresadas en términos abstractos que se aplican igualmente a todos los operadores. No obstante, debe analizarse, por ser un tema debatido por las partes, si los pliegos imponen o no que, necesariamente, el sistema de aplicación móvil que se utilice como medio de pago deba ser “Mugipark”, lo que, en su caso, sí podría ser una cláusula discriminatoria. En este punto, las estipulaciones de los pliegos no son del todo unívocas. Por un lado, el apartado 3 del PPT, titulado “Condiciones de operatividad”, en su epígrafe a), “Medios de pago”, contiene un inciso que señala literalmente “Aplicación móvil (Mugipark)”, sin mencionar o autorizar otras aplicaciones; por otro lado, el apartado 12 del Anexo I del PCAP, apartado 12 (“Concreción de las condiciones de solvencia”), epígrafe 12.2 “Medios materiales”, contiene un párrafo titulado “Aplicación móvil” que señala que, si bien la aplicación móvil actualmente existente es la denominada “Mugipark”, “...los licitadores deberán incluir en sus ofertas una aplicación compatible con los parquímetros existentes actualmente, o bien que sea susceptible de ser instalada en éstas, con plenas garantías de funcionamiento”. A juicio de este Órgano, de la interpretación conjunta de ambas cláusulas, y del contenido del PCAP, mucho más claro y determinante, debe deducirse que la voluntad del poder adjudicador es permitir una única aplicación compatible con



los parquímetros o susceptible de ser instalada en ellos, sea Mugipark u otra distinta, y que el PPT menciona Mugipark solo por ser la única actualmente instalada. Consecuentemente, no puede considerarse que la medida esté formulada en términos discriminatorios.

b 2 2) Sobre el interés general que justifica la medida

El poder adjudicador alega en su informe de respuesta al recurso varias razones para justificar la configuración del contrato impugnado:

- 1) Se afirma que autorizar cualesquiera aplicaciones supondría que éstas quedarían fuera del control del Ayuntamiento y que se comprometería la seguridad y fiabilidad del sistema, dado que cualquier empresa podría participar en un contrato público sin haber observado lo dispuesto en la LCSP sobre solvencia, garantías u otras cuestiones. Este argumento no es aceptable; es claro que, si el poder adjudicador permitiera que los usuarios del SER utilizaran cualquier aplicación de pago móvil para abonar las deudas contraídas con él derivadas de la prestación de dicho servicio, ello no supondría que quienes exploten las citadas aplicaciones pasasen a ser parte del contrato (con independencia del procedimiento que podría establecerse para que éstos solicitaran al contratista el acceso al sistema). Por el contrario, el negocio jurídico se conformaría entre quien decida abonar el pago mediante una de estas aplicaciones y el operador económico que la explota, y en esta relación no sería aplicable la LCSP, que solo se aplica a los contratos descritos en su artículo 2.1. Por otro lado, es claro que la LCSP no se ocupa del control que las Administraciones deban ejercer sobre las empresas que actúan en el mercado, y el informe del poder adjudicador no concreta ninguna norma que le atribuya alguna competencia en la materia, ni cita precepto infringido alguno.



- 2) No puede compartirse la afirmación de que posibilitar que cualquier operador económico que preste el servicio de aplicaciones de pago móvil pueda acceder al sistema con una mera declaración responsable sería incompatible con la cláusula 41 del PCAP (en la parte estandarizada del pliego), que establece una serie de prevenciones cuando la ejecución del contrato requiere el tratamiento por el adjudicatario de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Esta alegación es contradictoria con el apartado 1 del Anexo I del PCAP de Características del contrato (parte del documento que contiene las especificaciones del concreto contrato impugnado; ver, en este sentido, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO), que señala literalmente en el epígrafe “Cesión y tratamiento de datos” lo siguiente: “Contrato cuya ejecución no requiere el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”, lo que significa que el poder adjudicador entiende que la citada cláusula 41 no es aplicable al contrato por no darse el supuesto de hecho para ello.
- 3) Debe desestimarse el argumento de que el poder adjudicador de que la exigencia de que no haya gastos para el usuario por pagar con la aplicación móvil deriva de la protección que la legislación garantiza a los citados usuarios, de la cual la Administración debe ser la primera garante. Más allá de esta declaración retórica, el Ayuntamiento no concreta cuál es la norma infringida ni el título competencial que le asiste para concretar dicha protección mediante una cláusula contractual, más allá de mencionar la STJUE de 2/3/2017, C-568/2015, ECLI:EU:C:2017:154, que no tiene relación con el tema analizado, lo que convierte la alegación en una injustificada descalificación, global y “a priori”, como contrario a los derechos de los consumidores, del negocio prestado por las empresas que ofrecen el servicio debatido, el cual es, en principio, una actividad plenamente legal.



- 4) La alegación de que el cobro de comisiones por pagar la OTA es una exacción ilegal no prevista en la vigente Ordenanza Fiscal debe desestimarse. No puede calificarse como tal exacción fiscal la remuneración abonada por el usuario de una aplicación de pago móvil al operador económico que la explota, habida cuenta de que se deriva de una relación contractual entre sujetos privados, por lo que en absoluto tiene la condición de ingreso de derecho público y menos aún de tributo, por mucho que el concreto servicio de pago tenga por objeto, en este caso, satisfacer una tasa.
- 5) A juicio de este Órgano, no es consistente la alegación de que abrir el pago móvil a cualquier prestador del servicio acarrearía inseguridad jurídica a los usuarios y a la Administración frente a cualquier reclamación patrimonial; la sentencia que el Ayuntamiento cita, desde luego, solo demuestra que las aplicaciones (cualquier aplicación, incluida la que elija el poder adjudicador) pueden tener fallos operativos que pueden derivar en litigios sobre el cumplimiento de la normativa reguladora del SER, pero no es un caso de inseguridad jurídica ni puede poner en duda globalmente todo el sistema.
- 6) El informe del poder adjudicador afirma que el fin último de las medidas recurridas es “ofrecer un servicio (...) con los menores costes para los usuarios del mismo”. Esta justificación puede ser, en términos abstractos, un argumento aceptable para incluir dentro del objeto del contrato un servicio de pago móvil gratuito para el usuario (evidentemente, no lo es para el Ayuntamiento, que lo remunera dentro del precio global de toda la prestación contractual de la que este servicio forma parte), el cual no estaría, en principio, garantizado por las empresas que actúan en el mercado, las cuales pueden siempre exigir una remuneración a cambio de la prestación. En este sentido, el Ayuntamiento puede considerar adecuado asumir el coste del servicio como un gasto propio en lugar de decidir que lo paguen los usuarios.



b 2.3) Sobre la proporcionalidad de la medida

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.

c) Conclusión

De todo lo expuesto en los apartados anteriores se concluye que el contrato recurrido restringe indebidamente la competencia por limitar a un único modelo de aplicación de pago móvil, gratuito y aportado por el adjudicatario que también debe prestar el SER, el acceso al pago de los servicios que son objeto del contrato. La satisfacción de la pretensión conlleva la anulación de los pliegos impugnados y la elaboración de otros que garanticen la igualdad y la libre competencia entre todos los operadores de aplicaciones de pago móvil, incluyendo la apertura a todos los operadores capaces de prestar el servicio en el caso de que el órgano de contratación decida permitir esta forma de pago. Una vez satisfecha esta condición, el poder adjudicador puede configurar el contrato discrecionalmente, incluso manteniendo las cláusulas impugnadas si lo estima oportuno pues la restricción a la libre competencia no procede de ellas, sino de la ausencia en la documentación contractual de estipulaciones que la faciliten. En todo caso, la anulación de los pliegos implica también la cancelación del procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EASYPARK ESPAÑA, S.L.U. contra los pliegos del contrato “Servicios para el control, delimitación y ordenación del estacionamiento de vehículos en determinadas vías públicas del municipio de Tolosa (OTA)”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa, anulando los citados pliegos y cancelando la licitación en los términos expresados en la letra c) del Fundamento jurídico octavo.

SEGUNDO: Levantar la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko azaroaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de noviembre de 2020