

INFORME. ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE GARANTÍA DE UNIDAD DE MERCADO

UM/058/24 CONTRATACIÓN PÚBLICA - QUIOSCO ALMERÍA

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 29 de octubre de 2024

1. ANTECEDENTES

1. El 03 de octubre de 2024, se dirigió a la Secretaría para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), con relación a un procedimiento para la adjudicación y concesión demanial de uso privativo de un local comercial para la implantación de un quiosco en la Universidad de Almería (expediente 1018.24) y cuyo anuncio de licitación fue publicado en la plataforma de contratación del sector público en fecha 18 de septiembre de 2024¹.

¹https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/DcqXCoAgEADQT7qtImilqCHaGkqXOFTi8DILUz8_xwcPJOWgHUY6MdDtkluFNsYzOdtqE5DZHEyKAqoSYAMJkvQYGURVN9k_6aMhr-K1s1140qnrwF9X_wPet4BG/.

2. El 07 de octubre de 2024, la SECUM remitió a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) la reclamación al amparo del artículo 26.5 de la LGUM.
3. El 29 de octubre de 2024 el Pleno del Consejo de la CNMC aprobó el presente informe.

2. RESUMEN DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA

4. La Reclamante detalla en su escrito la contrariedad con la LGUM de la exigencia, como requisito de solvencia técnica, de contar con experiencia previa en la prestación de servicios similares. Dicha exigencia figura en la Cláusula Séptima (página 6) de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del procedimiento para la adjudicación y concesión demanial de uso privativo de un local comercial para la implantación de un quiosco que tiene la naturaleza de bien de dominio público (expediente 1018.24).²
5. En concreto, considera que sería incompatible con la libertad de circulación o establecimiento, en los términos establecidos en la LGUM, el contenido del siguiente párrafo de la Cláusula Séptima del mencionado PCAP.

Relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Será requisito mínimo haber realizado un servicio similar al objeto de esta concesión.

6. La Reclamante alega que se limitan las posibilidades de concurrencia a empresas de nueva creación y se vulnera lo dispuesto en el art. 74.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
7. Con fecha de 30 de septiembre de 2024, la Reclamante realizó, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, una consulta al órgano de contratación, habiendo recibido una respuesta del mismo que no consideró satisfactoria, razón por la cual presentó su reclamación a la SECUM.

²https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/DcqxCoAgEADQT7qtImilqCHaGkqXOFTi8DILUz8_xwcPJOWgHUY6MdDtkluFNsYzOdtqE5DZHEyKAqoSYAMJkvQYGURVN9k_6aMhr-K1s1140qnrwF9X_wPet4BG/.

3. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD CON LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN O ESTABLECIMIENTO

3.1. Inclusión de la actividad en el ámbito de la LGUM

8. La actividad económica consistente en la explotación de un quiosco en el Campus Universitario de Almería³, otorgada mediante concesión demanial de un local comercial, está incluida en el ámbito de aplicación definido en el artículo 2 de la LGUM. Así lo indicó esta Comisión en el anterior Informe UM/026/24 de 15 de mayo de 2024⁴.

3.2. Valoración sobre la compatibilidad de la actividad administrativa con la libertad de establecimiento o circulación

9. Por un lado, tanto la normativa universitaria⁵ como los Estatutos de la Universidad de Almería⁶ se remiten, en materia de concesiones demaniales, a la legislación general aplicable al patrimonio de las Administraciones Públicas.
10. Por otro lado, la exigencia de “*experiencia previa*” al concesionario no figura en el régimen jurídico andaluz de concesión administrativa regulado en los artículos 33 a 43 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LPCA) ni en el artículo 84.2⁷ del Reglamento andaluz

³ Véase cláusula 1.1 del PCAP.

⁴ Quiosco Madrid (<https://www.cnmc.es/expedientes/um02624>): *En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la información presentada consiste en la venta de prensa y otros artículos en quioscos situados en la vía pública, que son objeto de autorización administrativa, lo cual constituye una actividad sometida a la LGUM, pues supone la ordenación de medios por cuenta propia con la finalidad de prestar un servicio en condiciones de mercado.*

⁵ Artículo 91 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades: La administración, desafectación y disposición de los bienes de dominio público, así como de los bienes patrimoniales de las Universidades, se ajustarán a las normas generales que rijan en esta materia, y en particular a la legislación de la Comunidad Autónoma sobre patrimonio, debiendo entenderse referidas a los órganos de gobierno universitarios las menciones de la citada legislación a los órganos autonómicos.

⁶ Artículo 181.3 del Decreto 225/2018, de 18 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Almería (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2019, páginas 18461 a 18531): Los expedientes de desafectación, afectación y enajenación posterior, así como el otorgamiento de autorizaciones y concesiones demaniales contendrán los procedimientos y requisitos materiales y formales exigidos por la legislación aplicable.

⁷ Dicho precepto prevé como requisitos mínimos los siguientes: a) Objeto de la concesión y límites a que se extendiere. b) Plazo de utilización. c) Deberes y obligaciones recíprocos de la Administración y concesionario d) Si hubieren de prestarse servicios sujetos a tarifa, las bases del referido régimen, con descomposición de sus factores constitutivos y criterios para las

de aplicación de la LPCA⁸ (Reglamento LPCA). El mencionado artículo 84.2 prevé el contenido mínimo de los pliegos de condiciones particulares reguladoras de la concesión. Tampoco el artículo 93.5 en relación con el artículo 92.7 de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) incluye, dentro de las condiciones mínimas de las concesiones demaniales, el requerimiento de “*experiencia*”.

11. Asimismo, de conformidad con lo indicado en el artículo 9.19 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la cláusula 1.3 del PCAP se declara que, aunque “*no se aplica la normativa en materia de Contratos del Sector Público, por ser un negocio excluido*” al procedimiento de concesión administrativa, sí se le aplican “*los principios de dicha regulación de forma supletoria por lo que se hará referencia a la norma en lo no previsto para la figura de la presente convocatoria*”. Y entre los principios de contratación pública recogidos en el artículo 1.1 LCSP se encuentran los de “*libertad de acceso a las licitaciones*”, “*no discriminación*” e “*igualdad de trato entre los licitadores*”.
12. Precisamente, para evitar la discriminación de empresas de nueva creación en las licitaciones públicas, los artículos 88.2, 89.1 h) y 90.4 de la LCSP, para los contratos de obras, suministros y servicios y también para el resto de contratos¹⁰, disponen que, en los contratos no sujetos a regulación armonizada¹¹ cuando el contratista sea una empresa de nueva creación (con una antigüedad inferior a los 5 años), su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refiere cada precepto, “*sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado*” de obras/suministros/servicios. Ello significa que, en el caso de empresas de nueva creación (con menos de cinco años de existencia), la solvencia técnica deberá probarse por medios distintos a la experiencia, puesto que las citadas normas excluyen expresamente dicho medio de acreditación. La regulación de los artículos 88.2, 89.1.h) y 90.4 LCSP responde al principio de “*neutralidad*”

revisiones futuras e) En caso de que se otorgaren subvenciones, clase y cuantía de las mismas, plazos y formas de entrega a la persona interesada.

⁸ Decreto núm. 276/1987 de Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía, de 11 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de Ley 4/1986.

⁹ *Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.*

¹⁰ A los que se les aplican las normas del contrato de servicios, según el artículo 91 de la LCSP.

¹¹ Y, en los contratos de obras, cuando éstos, además, tengan un valor estimado inferior a 500.000 euros (art.88.2 LCSP).

competitiva” que deben observar los poderes públicos y que supone que la regulación no beneficie injustificadamente a ningún operador por causas subjetivas, como, en este caso concreto, por el hecho de contar una empresa con mayor antigüedad¹². Dicho principio se expone en los apartados 2.7, 3.4 y 4.5 de las Recomendaciones de la CNMC de 07 de julio de 2021 a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva (G-2021-01¹³).

13. Asimismo, debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo número 717/2020, de 30 de junio (RC 2857/2016), que contiene algunos razonamientos que resultan de plena aplicación al presente caso y en la que se analiza la exigencia de una experiencia determinada como único medio de acreditación de solvencia, concluyendo que ello supone una limitación desproporcionada a la concurrencia.
14. También debe recordarse que, en nuestro anterior Informe UM/019/24 de 15 de abril de 2024¹⁴ se consideró desproporcionado un determinado requisito de solvencia técnica¹⁵ en una licitación de concesión demanial. En este supuesto específico, aunque el uso y explotación de un bien de dominio público justifique la necesidad de autorización previa con base al artículo 17.1.c) LGUM¹⁶, tanto los requisitos para acceder y participar en el procedimiento de la concesión demanial como las condiciones particulares de dicha concesión deben sujetarse también a los principios de necesidad y proporcionalidad según lo previsto en el artículo 5 LGUM. Sin embargo, en este caso, la Universidad de Almería no justifica en el PCAP la exigencia de experiencia previa en ninguna de las razones imperiosas de interés general previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Tampoco figura motivación alguna sobre este extremo ni en la Memoria ni en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) del procedimiento administrativo de referencia (expediente 1018.24).

¹² Esto es, que no se benefician a las empresas preexistentes.

¹³ <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2021-01>.

¹⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01924>.

¹⁵ En total, se exigía experiencia en la gestión de 8 estaciones más que la que era objeto de concesión, 12 cargadores más, de los cuales 2 de 360 kW más, que los propios de la instalación objeto de la concesión, y 4 marquesinas más. No se advirtió justificación para un desequilibrio tan marcado entre el objeto de la concesión y la experiencia exigida.

¹⁶ Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización: (...) c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

En virtud de lo expuesto, **se concluye que la actividad administrativa es contraria a la libertad de establecimiento o circulación en los términos establecidos en la LGUM.**