



Expediente: 57/2023

ACUERDO 65/2023, de 5 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. L. O., en nombre y representación de EASYPARK ESPAÑA, S.L.U., frente a los pliegos del *“Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de retirada de vehículos de la vía pública”*, publicado por el Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Con fecha 22 de junio de 2023, el Ayuntamiento de Pamplona publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del *“Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de retirada de vehículos de la vía pública”*.

SEGUNDO. - Con fecha 3 de julio, don Carlos Arroyo San José interpuso, en nombre y representación de INTEGRA PARKING SOLUTIONS, S.L., una reclamación especial en materia de contratación pública frente al pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato.

TERCERO. - Con fecha 5 de julio, don L. L. O. interpuso igualmente, en nombre y representación de EASYPARK ESPAÑA, S.L.U., una reclamación especial en materia de contratación pública frente al citado pliego, alegando que no garantiza que podrá prestar libremente sus servicios en Pamplona y/o presentarse a la licitación, de manera contraria a Derecho.

Señala, con carácter previo, que la reclamación se interpone dentro del plazo de 10 días desde el siguiente al de la publicación de los pliegos en la plataforma de contratación de Navarra, siendo importante destacar que el pliego de cláusulas administrativas generales omite que el plazo para su impugnación se computa en días naturales, con infracción del artículo 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, lo que indujo a error o confusión sobre la forma de computar el plazo, entendiéndose EasyPark que debía hacerse por días hábiles.

Manifiesta a continuación que, en relación con los servicios de cobro mediante Apps en el área SER de Pamplona, el artículo 4.3 del pliego técnico dispone que:

“4. GESTIÓN DEL ESTACIONAMIENTO REGULADO

“4.3. Condiciones de prestación del servicio

(...)

Formas de pago.

(...)

El adjudicatario deberá implantar un sistema de pago mediante Aplicación móvil y web.

La aplicación deberá estar disponible como mínimo en castellano y en euskera. El objeto de este medio es gestionar el estacionamiento del vehículo del usuario dentro de la zona regulada desde el teléfono móvil del propietario a través de una App previamente descargada de forma gratuita en su Smartphone, cualquier dispositivo inteligente o bien a través de la página web correspondiente.

El adjudicatario deberá posibilitar y facilitar el pago mediante Smartphone a otras plataformas. No obstante, entre las funciones del adjudicatario está la recaudación, por lo que será el adjudicatario quien recaude lo correspondiente al uso de otras plataformas. En cualquier caso, el precio por el estacionamiento será el que se establezca en las Ordenanzas Fiscales, no pudiéndose cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas y debiéndose ingresar al ayuntamiento la totalidad de lo abonado por el ciudadano por la contraprestación del

servicio. Asimismo, todos los gastos derivados del pago mediante tarjeta bancaria revertirán en el adjudicatario.”

Manifiesta que la disposición transcrita permite extraer las siguientes conclusiones:

a) los pliegos no diferencian entre la gestión del área SER y la prestación del servicio de cobro mediante aplicaciones móviles en la misma, siendo así que la prestación del servicio de cobro es descrita como una de las prestaciones que la adjudicataria deberá poner a disposición de los usuarios;

b) los pliegos no aclaran si la App de la adjudicataria, como la de cualquier otro tercer operador que quiera prestar el servicio, podrá cobrar por sus servicios a los usuarios, si bien la interpretación que parece propugnar el Ayuntamiento de Pamplona es que no.

También con carácter preliminar, alude a numerosos informes y resoluciones de distintas autoridades de la competencia y tribunales que han diferenciado entre el régimen jurídico del servicio de cobro mediante Apps en áreas de estacionamiento regulado, de la gestión del área de estacionamiento regulado (SER) en sí misma, concluyendo que son servicios distintos, sometidos ambos tanto a la normativa de contratación pública como al derecho de la competencia. Señala, a este respecto, que la inclusión del servicio de cobro como una de las prestaciones del servicio de gestión crea barreras innecesarias y desproporcionadas a la competencia si no se garantiza expresamente el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación al resto de operadores.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1ª. Infracción de los artículos 3, 30 y 204 de la LFCP al incluir en la licitación la concesión de un servicio que no es público y para el cual el Ayuntamiento de Pamplona carece de competencias

Alega que los ayuntamientos tienen competencia para licitar el servicio de gestión en virtud del artículo 25.2.g) de la LBRL, pero no tienen competencias para licitar el servicio de cobro, ni para regular los contratos privados que se celebren libre y voluntariamente entre las Apps y sus usuarios en relación con el mismo.

2ª. Infracción del artículo 2 de la LFCP al aprobar unos pliegos discriminatorios y desproporcionados

2.1 Alega que se restringe injustificadamente el acceso de licitadores alternativos a la licitación, bien por haberse incluido en la misma el servicio de cobro junto con el servicio de gestión, bien por no haberse establecido en una licitación o lote diferente, o bien porque la App de la adjudicataria o la de terceros no podrán cobrar por sus servicios a los usuarios.

Manifiesta 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 y entre medios de pago. Señala que, incluso, si se interpretara que los pliegos permiten a EasyPark cobrar por sus servicios, el artículo 4.3 del pliego técnico seguiría restringiendo la competencia en el mercado puesto que distorsionaría la competencia entre la App de la adjudicataria (“gratuita” ya que es remunerada a través de los cánones del servicio de gestión) y la del resto de operadores (de pago directo o indirecto por parte de los usuarios).

2.2 Alega que para que EasyPark pudiera presentarse a la licitación, los pliegos la obligan a prestar también el servicio de gestión, lo cual es completamente innecesario y desproporcionado.

Igualmente, alega que para prestar sus servicios como tercero, el Ayuntamiento pretende que EasyPark no pueda cobrar por sus servicios a sus usuarios, siendo una imposición igualmente innecesaria y desproporcionada que restringe la competencia en

tanto que impide a operadores como EasyPark prestar sus servicios libremente en Pamplona, con la consecuente pérdida de competencia.

3ª. Infracción del artículo 56 del TFUE por cuanto los pliegos restringen la libertad de establecimiento y prestación de servicios de cobro

Alega que los pliegos no garantizan expresamente que EasyPark pueda prestar libremente los servicios de cobro y que pueda participar en la licitación, impidiendo con ello que pueda prestar libremente sus servicios en territorio español.

Cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto C-171/17, Comisión Europea v. Hungría, de 7 de noviembre de 2018, donde se concluyó que los servicios de cobro son una actividad económica sujeta plenamente al régimen de libertades fundamentales de la Unión Europea y a su derecho de la competencia, así como que establecer un régimen de exclusividad tanto a un operador público como a uno privado para la prestación de dichos servicios infringe el artículo 56 del TFUE, concluyendo que una restricción de esta naturaleza sólo podría estar justificada si *“[r]esponde a razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general que persigue y si no va más allá de lo necesario para conseguirlo”*.

Concluye que, de la aplicación de la jurisprudencia al caso concreto, es evidente que la licitación del servicio de gestión junto con el de cobro y que no se pueda cobrar a los usuarios por este último no responde a necesidades imperiosas de interés general y no es una medida adecuada, existiendo además otras alternativas menos gravosas para alcanzar el supuesto fin pretendido.

4ª. Infracción del artículo 5 de la LGUM por cuanto los pliegos son discriminatorios y vulneran los derechos de EasyPark en todo el territorio nacional

Alega que se contraviene el artículo 5 de la LGUM, que establece el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes cuando

establezcan límites en el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para su desarrollo.

5ª. Infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE por cuanto los pliegos excluyen y discriminan a EasyPark del mercado del servicio de cobro, abusando el Ayuntamiento de Pamplona de su posición de dominio en el mercado de gestión

Alega que el Ayuntamiento de Pamplona tiene una posición de dominio en el mercado de gestión al disfrutar de una posición de monopolio, habiendo utilizado dicha posición de dominio establecida legalmente para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de cobro. Así, ha incluido la prestación del servicio de cobro en la licitación del servicio de gestión, impidiendo que EasyPark pueda presentarse a la licitación por no ser un Operador Integrado, y pretende que ni la adjudicataria, ni cualquier tercero, pueda cobrar por los servicios que presta a través de sus Apps.

Señala que el Ayuntamiento pretende otorgar un derecho exclusivo a un operador económico, lo que inevitablemente va a conllevar que la adjudicataria abuse de su posición de dominio, puesto que su mero otorgamiento genera un conflicto de intereses (porque la adjudicataria, además del servicio de gestión, también competirá con EasyPark por el servicio de cobro), un trato discriminatorio entre Operadores Integrados y no Integrados, aquellos que cobran a los usuarios por sus servicios y los que no, y extiende un monopolio a un mercado conexo.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la anulación del artículo 4.3 del pliego técnico y la cancelación de la licitación ante la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento, ordenando la redacción de unos nuevos pliegos donde no se incluya la licitación del servicio de cobro, con la inclusión de las disposiciones que señala.

Subsidiariamente, solicita, además de la anulación del citado artículo y la cancelación de la licitación, que se ordene la redacción de unos pliegos donde se incluya un lote para la prestación de los servicios de cobro o que se liciten separadamente ambos servicios, o bien, el establecimiento de un procedimiento de acceso a terceros

operadores para que estos puedan prestar sus servicios en igualdad de condiciones con la App de la concesionaria.

Por último, solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la licitación hasta que se resuelve la reclamación especial interpuesta.

CUARTO. - Con fecha 13 de julio el órgano de contratación aportó el correspondiente expediente así como un escrito de alegaciones, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Alega, en primer lugar, que la reclamación es extemporánea, por haberse interpuesto transcurrido el plazo de 10 días naturales desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación, tal y como disponen los artículos 124.2 y 47.1 de la LFCP, y se advertía en el pliego del contrato.

Señala que la reclamante conocía esta circunstancia pues en su propio escrito aborda la cuestión, reconociendo la existencia de un plazo en días naturales y pretendiendo justificar la extemporaneidad en el hecho puntual de que en un punto del pliego no se haga referencia expresa a la condición de días naturales en orden a la interposición de la reclamación.

En segundo lugar, con carácter subsidiario, se reitera en su escrito de alegaciones presentado en relación con la reclamación interpuesta frente al mismo pliego por INTEGRA PARKING SOLUTIONS, S.L., por coincidir básicamente con el objeto de las presentes alegaciones.

Así, respecto a que no licitar como dos servicios independientes la gestión del servicio del estacionamiento regulado y las posibles formas de pago derivadas del mismo atenta contra la libertad de mercado, señala que de conformidad con la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 9 de junio de 2021, la regulación del estacionamiento es un servicio público de suma trascendencia y muy relevante, porque afecta al correcto uso

de las vías públicas. Dentro de ello, el desarrollo del sistema queda directamente condicionado al cobro al particular del importe que corresponda por el uso del estacionamiento regulado, de modo que todo lo relacionado con la gestión del cobro está directa y especialmente vinculado a la concesión. Señala dicha sentencia lo siguiente:

“En consecuencia, con tal vinculación directa entre el uso del dominio público, la concesión de su utilización y el pago que por ello deben hacer tanto el concesionario como el particular, es artificioso y contrario a la naturaleza misma de la concesión disociar, como pretende el demandante, los medios de pago de la gestión del servicio en general y del cobro en particular. Porque la directa interrelación de toda la gestión de cobro con el servicio público que se presta muestra como coherente, y justifica en este caso que la Administración haya incluido en la concesión, y como carga del concesionario, todo lo referente al pago y percibo de las cantidades, con inclusión, por tanto, y también, de los mecanismos de pago que deban utilizarse como medios de prestación del servicio. Lo cual cumple el canon de razonabilidad a que se hizo referencia en el fundamento anterior de que para la prestación del servicio público en este caso sea la propia concesionaria del servicio quien cobre directamente lo que deben pagarle a ella los usuarios, sin necesidad ni conveniencia de la intervención de un tercero intermediario en la actividad de pago y cobro del servicio objeto de concesión”.

Por ello, considera perfectamente factible licitar de manera conjunta tanto la gestión del servicio de regulación del estacionamiento como las formas de pago del mismo, rechazando que la integración en el contrato de la prestación de pago por móvil suponga la imposibilidad de que otras empresas puedan prestar el servicio. Destaca que el propio órgano de contratación insta en el pliego al adjudicatario a posibilitar y facilitar a otras plataformas el pago mediante teléfono móvil.

Señala que resulta de aplicación a este supuesto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 1624/2023, de 30 de marzo, que enjuicia un supuesto semejante al aquí planteado, dando cumplida respuesta al argumentario de la recurrente, de ahí su

importancia en este caso. Manifiesta que dicha resolución judicial analiza y resuelve la posible responsabilidad del Ayuntamiento de Zaragoza por su supuesto abuso de posición de dominio por la concesión del servicio de estacionamiento, sosteniendo que para que una administración pública pueda ser declarada responsable por su conducta infractora en materia de competencia es necesario que ejerza una actividad económica, entendiéndose como tal la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Dicha sentencia establece lo siguiente:

“Por tanto, siendo indudable la sujeción de las Administraciones Públicas a las normas de competencia (art. 4.2 LDC) nos corresponde discernir si la Corporación Municipal ha actuado como empresa u operador económico en el mercado –siguiendo el antedicho criterio amplio y funcional y lo dispuesto en la D.A 4ª LDC- o bien, como Administración Pública en la gestión de servicios que establece la Ley.

A fin de determinar la naturaleza de la actividad desarrollada por el Ayuntamiento de Zaragoza, es necesario recordar que dicha Corporación acordó no prestar directamente el servicio de estacionamiento, al decidir la licitación de la gestión del servicio de estacionamiento regulado, optando así por la gestión indirecta del servicio a través de una tercera empresa-una UTE- mediante el sistema de concesión administrativa.

Con la licitación del servicio, el Ayuntamiento no interviene en la prestación del servicio de estacionamiento, ni es proveedor del mercado, antes bien, actúa como "poder adjudicador" de una concesión local, en la terminología del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y sometido a la legislación de los contratos públicos (LSCP) siendo la empresa adjudicataria la que presta y gestiona el servicio de estacionamiento regulado. De lo anterior se desprende que el Ayuntamiento de Zaragoza no ejerce una actividad económica, siendo la empresa concesionaria la que actúa en el mercado, cuya conducta no es objeto de este recurso de casación.

(...)

Pero no cabe imputar a la Administración Pública de forma directa ni indirecta el abuso de posición de dominio ex artículo 2 LDC, por la mera razón de que no presta directamente el servicio de estacionamiento, ni realiza la actividad económica a la que se refiere la concesión ni tampoco ha llevado a cabo alguna actuación material apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia que, en fin, haya contribuido de manera decisiva y activa a la práctica anticompetitiva. Sino que, por el contrario, actúa en el ejercicio de sus competencias como poder público dotado de imperium al adjudicar una concesión para la prestación del servicio de estacionamiento, incompatible con afirmar una pretendida existencia de un abuso de posición de dominio.

Y, es que, además, en el caso examinado, tal como se desprende del contenido de los Pliegos de la concesión del servicio, la Corporación Municipal no promovió ni decidió la exclusividad de la concesionaria en la concreta prestación del servicio de pago mediante plataformas app; ante la solicitud de "EasyPark" de acceso a los datos se limitó a remitirse a las prescripciones técnicas de la concesión suscrita el 27 de octubre de 2010 por 10 años más 5 prorrogables, en la que no se contemplaba este tipo de pagos. y sólo al pago mediante tiquet. Y es en la cláusula 6.2.1 del Pliego de Prescripciones técnicas, en la que se recoge la posibilidad de pago por móvil/web con arreglo al reglamento de estacionamiento del año 2014, sin que figure la exclusión de otros operadores en el servicio. Y cabe interpretar que el contenido de las condiciones de la concesión en sí mismas -que no regulan el servicio de pago mediante estas herramientas tecnológicas- no restringen de forma expresa o necesariamente la participación a otros operadores o plataformas que ofrecen el servicio de pago, apreciándose autonomía en la empresa concesionaria en lo que se refiere al acceso a dicho servicio de gestión del cobro, conexo al del estacionamiento regulado,

Esto es, la configuración de la concesión no implica per se la creación de barreras o restricciones a la competencia ni el cierre a la entrada de otros operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación al mercado del servicio de pago del estacionamiento mediante dichas tecnologías y aunque hubiera sido

conveniente una mayor especificidad y claridad, cabe entender que en la medida que no incorpora expresamente la exclusividad en favor de la adjudicataria en relación con dicho servicio de pago mediante app, ni la exclusión de otros operadores en el pago, correspondía a la UTE concesionaria del servicio de estacionamiento discernir el acceso de otras entidades que pudieran prestar el servicio (...)”.

Señala que, en cualquier caso, corresponderá a la empresa recurrente negociar y acordar con la que resulte adjudicataria del servicio la forma y condiciones de la posible prestación de sus servicios de pago, no correspondiendo al Ayuntamiento de Pamplona ni regular las mismas ni repercutir sobre el ciudadano los posibles costes de estos sistemas de pago, por cuanto en la actualidad existen fórmulas suficientes que garantizan la rentabilidad para los operadores de pago.

Por todo ello, solicita que se admitan las alegaciones presentadas.

QUINTO. - No existen otras personas interesadas a las que deba dársele traslado de la reclamación a los efectos previstos en el artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación ante este Tribunal los pliegos de contratación, tal y como establece su artículo 122.2.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP, pues como indicamos en nuestro Acuerdo 126/2020, de 29 de diciembre, conforme a los preceptos citados la legitimación se reconoce, en primer término, a quien concurre a la licitación o no puede hacerlo precisamente por los términos en que se encuentra redactado el pliego que recurre, como es el caso; resultando así que la reclamante, que

comercializa con un sistema de pago por móvil, interesa precisamente la anulación de las cláusulas del pliego que se refieren a la implantación en el servicio objeto del contrato de un sistema de pago mediante aplicación móvil.

TERCERO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma prevista en el artículo 126.1 de la LFCP.

QUINTO. - Alegada por el órgano de contratación la concurrencia de la causa de inadmisión de la reclamación prevista en el artículo 127.3.a) LFCP - derivada de su interposición extemporánea -, debemos proceder, en primer término, a su examen, toda vez que de su resultado depende el análisis del fondo de las pretensiones ejercitadas.

Respecto al plazo para la interposición de la reclamación especial, el artículo 124.2.a) LFCP dispone que *“El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde: a) El día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra cuando no sea preceptivo aquel, o de la publicación del anuncio de adjudicación cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación, para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él.”*, debiéndose advertir, a este respecto, que el artículo 47.1 de la misma norma señala que *“Todos los plazos establecidos en esta ley foral se entenderán referidos a días naturales, salvo que expresamente se disponga lo contrario”*, así como que, efectivamente, en su artículo 127.3.a) se recoge la interposición extemporánea como una de las causas de inadmisión de la reclamación especial en materia de contratación pública.

En el presente caso, la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea tuvo lugar el 22 de junio de 2023, finalizando por tanto el plazo para interponer la reclamación con fecha 3 de julio, toda vez que siendo inhábil el día 2 de julio – último día del plazo – es de aplicación la regla prevista en el artículo 30.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de la cual cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Siendo esto así, habiéndose interpuesto la reclamación con fecha 5 de julio, en principio habría de considerarse extemporánea al haberse formulado una vez transcurrido el plazo de diez días naturales legalmente previsto.

No obstante, la cláusula 31 del pliego regulador del contrato no advierte expresamente de que el cómputo del plazo para la interposición de la reclamación especial debe hacerse en días naturales, incumpliendo así la obligación impuesta en el artículo 30.2 del mismo cuerpo legal, conforme al cual: *“Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose de su cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”*.

La irregularidad en tal sentido advertida determina la aplicación de la consolidada doctrina de este Tribunal relativa a las consecuencias de las notificaciones defectuosas, que también cabe predicar de los casos en que el acto se publica en lugar de notificarse, conforme a lo señalado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y que sintetizamos en nuestro Acuerdo 15/2021, de 9 de febrero, conforme al cual *“En los casos de notificación defectuosa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 transcrito, dicha notificación sólo puede quedar convalidada desde la fecha en que el interesado realizó actos que ponen de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o interpuso el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional - por todas, Sentencia 158/2000, de 12 de junio -, lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó*

ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 40.2 LAPACAP recoge.

En el supuesto examinado, la omisión en la notificación cursada al efecto de la circunstancia relativa a que el plazo para el ejercicio de esta concreta acción de impugnación se computa en días naturales, determina que la comunicación realizada deba reputarse como notificación defectuosa, con la consecuencia de que la reclamación que aquí se examina debe considerarse ejercitada dentro del plazo legalmente establecido para su interposición.

Sobre este particular, señala la Sentencia 586/2019, de 29 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que "(...) lo que realmente resulta discutible no es en sí que el cómputo de los plazos se deba realizar por días naturales, lo que de manera implícita y en cierta medida se acepta por la recurrente, sino si en nuestro asunto se han observado los requisitos y formalidades exigibles para que resulte válido y pueda entenderse que el cómputo de los plazos- en este caso el de los 10 días- se imponga imperativamente por días naturales y no por días hábiles tal y como defiende la mercantil recurrente.

En este sentido la Sala comparte la argumentación de la parte actora y entiende que la solución al caso la encontramos en lo dispuesto en el art. 48.1 de la Ley 30/92 cuando establece que: ". Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones".

Por tanto, y de acuerdo con el precepto señalado, es preciso para hacer valer todas las consecuencias derivadas de la inobservancia de los plazos legales impuestos, que tratándose del cómputo de plazos por días naturales, se haga referencia expresa en la notificación de que se trata del cómputo por dicho sistema de días naturales para que el interesado quede suficientemente advertido sobre ello y no se llame a engaño sobre tal observancia, ya que se trata de una excepción a una regla general ya

inveterada en nuestro derecho de que el cómputo de los plazos normalmente se ha venido haciendo por días hábiles.

Aunque no resulte de aplicación, también avala el tenor del citado art. 48.1, el nuevo articulado de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo art. 30.2 establece lo siguiente: (...).

Entiende la Sala que la concreta forma en que se ha realizado la notificación del contenido de las actas de conformidad sin indicación de que el cómputo de los plazos se debería llevar a cabo por días naturales induce a error o confusión sobre la forma de evaluar tal cómputo, lo que impide su exigencia ante la creencia de que a falta de esa indicación el cómputo a tener en cuenta como el más habitual sería el de días hábiles. Todo esto comporta que se admita la solicitud de aplazamiento como causa de oposición a la providencia de apremio con efecto invalidante sobre la misma al deberse aceptar tal solicitud, como, por cierto, y con posterioridad ocurrió. (...)

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Sentencia 152/2008, de fecha 7-3-2008, cuando indica que "(...) La Administración al incumplir la obligación de hacer constar tal circunstancia en la notificación, indujo a error a la demandante haciendo que al interponer la reclamación económico administrativa frente a las liquidaciones aduaneras y solicitar su suspensión (un día después de vencer el cómputo del plazo en días naturales) creyese que efectivamente estaba en plazo. Este error inducido no puede tener consecuencias gravosas para la entidad recurrente cual sería el recargo de apremio y por ello el recurso debe ser estimado".

Por todo ello, cabe concluir que la reclamación se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto, procediendo, por ello, la desestimación del óbice de inadmisibilidad invocado.

SEXTO. - También con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, este Tribunal debe pronunciarse sobre la petición formulada por la reclamante relativa a la suspensión cautelar del procedimiento de contratación hasta la resolución de la presente reclamación.

Al respecto, cabe señalar que la LFCP, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, prevé dicha suspensión de forma automática por la mera interposición de la reclamación; disponiendo en su artículo 124.4 que *La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.*

Por su parte, el artículo 125 del mismo cuerpo legal, en el que se regulan las medidas cautelares, señala en su apartado 1º que *Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.*

Por último, el apartado 3º del mismo precepto prevé que *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco o del

encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.

Por lo tanto, con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de contratación, sin que resulte necesario realizar un pronunciamiento respecto a la petición realizada por la reclamante.

SÉPTIMO.- Entrando ya en las cuestiones de orden sustantivo, conforme a lo expuesto de manera detallada en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho del presente Acuerdo, la reclamante sostiene, en síntesis, que la cláusula 4.3 del pliego de prescripciones técnicas no se ajusta a la legalidad, de un lado por cuanto el objeto del contrato comprende, además del servicio de gestión de las áreas de estacionamiento regulado, el servicio de gestión de cobro sobre el que el Ayuntamiento no tiene competencias; motivo por el cual la inclusión de tal prestación en el objeto del contrato – o, cuando menos, no configurarla como un lote diferente del servicio de gestión – infringe, a su juicio, tanto la LFCP como la normativa reguladora de la libertad de mercado y de la competencia, pues al no ser un prestador de servicios de gestión de áreas SER, le impide presentarse a la licitación.

De otro lado, y también en relación con el servicio de cobro contemplado en dicha cláusula, postula que el pliego resulta discriminatorio al impedir que los prestadores del servicio de pago mediante aplicación móvil puedan cobrar a los usuarios por sus servicios, lo que a su juicio supone una restricción a la competencia; discriminación que cabe apreciar aun en el caso de que se le permitiera cobrar por sus servicios, dado que se distorsionaría la competencia entre la App de la adjudicataria del servicio cuya gratuidad exige el pliego y la del resto de operadores. Exponiendo, asimismo, que las infracciones denunciadas, al restringir la libertad de establecimiento y prestación de los servicios de cobro por establecer un régimen de exclusividad a favor de un operador económico, contravienen el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; así como los artículos 2 de la Ley de Defensa de la

Competencia y 102 del TFUE por cuanto el pliego resulta discriminatorio en la medida que le excluye del mercado.

Delimitado en tales términos el objeto del debate planteado, debemos advertir que conforme a lo expresamente previsto en el pliego, ninguna duda se suscita sobre el hecho de que el contrato comprende la gestión del estacionamiento regulado así como la recaudación resultante; pues, efectivamente, la cláusula 1 del pliego técnico señala que *“El objeto de la presente licitación es la contratación de la gestión del estacionamiento regulado y otros aspectos relacionados con el estacionamiento en la vía pública de la ciudad de Pamplona.”*

ALCANCE DE LOS SERVICIOS DEL CONTRATO:

- *Gestión del estacionamiento regulado, que incluye: el control y vigilancia en las zonas y sectores que constituyen el estacionamiento regulado, la señalización horizontal y vertical propias de dicho estacionamiento, la expedición de tarjetas de residentes y actividad, así como el mantenimiento de todo los materiales, vehículos y aplicaciones puestos al servicio del contrato, las recaudaciones y realización de informes para el adecuado seguimiento del servicio.*

- *Gestión de los aparcamientos disuasorios y del aparcamiento de autocaravanas, que incluye: el control y vigilancia de los aparcamientos disuasorios incluidos en este contrato y del aparcamiento de autocaravanas, así como el mantenimiento de todo los materiales, vehículos y aplicaciones puestos al servicio del contrato, las recaudaciones y realización de informes para el adecuado seguimiento del servicio.*

- *Gestión del servicio de grúa, que incluye: el servicio de retirada de vehículos de la vía pública, posterior custodia de los mismos, cobro de tasas y multas, notificación de denuncias a quienes acudan a retirar vehículos cuyo traslado genere cobro de tasa, emisora del servicio de grúa y colaboración con Policía Municipal y Protección Civil en otras labores que le sean requeridas.*

- *Gestión del ZAC y de la ZBE, que incluye: el control de las cámaras de accesos y del resto de sensores, la verificación de las denuncias, la tramitación, las labores administrativas, la carga de listas, la actualización de las aplicaciones móviles y sus mantenimientos y realización de informes para el adecuado seguimiento del servicio.*

Se deberá contar con una central de comunicaciones con atención permanente las 24 horas del día, para la atención a cualquier incidencia que se pueda producir.

El contrato es único y global”. Añadiendo en su cláusula cuarta, relativa a la gestión del estacionamiento regulado, dentro de las “Condiciones de prestación del servicio” lo siguiente: *“Formas de pago.*

- *En metálico en el expendedor.*
- *Moneda comerciante en el expendedor.*
- *Con tarjeta bancaria contactless en el expendedor. (Tarjetas magnéticas de crédito y tarjetas chip de prepago o con tarjetas de pago sin contacto).*
- *Pago mediante aplicación móvil (Smartphone y web).*

El adjudicatario deberá implantar un sistema de pago mediante Aplicación móvil y web.

La aplicación deberá estar disponible como mínimo en castellano y en euskera. El objeto de este medio es gestionar el estacionamiento del vehículo del usuario dentro de la zona regulada desde el teléfono móvil del propietario a través de una App previamente descargada de forma gratuita en su Smartphone, cualquier dispositivo inteligente o bien a través de la página web correspondiente.

El adjudicatario deberá posibilitar y facilitar el pago mediante Smartphone a otras plataformas. No obstante, entre las funciones del adjudicatario está la recaudación, por lo que será el adjudicatario quien recaude lo correspondiente al uso de otras plataformas. En cualquier caso, el precio por el estacionamiento será el que se establezca en las Ordenanzas Fiscales, no pudiéndose cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas y debiéndose ingresar al ayuntamiento la totalidad de lo abonado por el ciudadano por la contraprestación del servicio. Asimismo, todos los gastos derivados del pago mediante tarjeta bancaria revertirán en el adjudicatario.”

Partiendo de tales premisas, comenzaremos por dar respuesta al primero de los motivos de impugnación en los que sustenta la pretensión de anulación de la cláusula 4.3 del pliego técnico, a saber, el que se fundamenta en que el contrato no debería incluir el servicio de cobro junto con el servicio de gestión, debiendo haberse establecido ambos servicios, en todo caso, en licitaciones o lotes diferentes.

A tales efectos, interesa traer a esta reclamación lo razonado por este Tribunal en el Acuerdo 62/2023, de 17 de agosto, donde indicamos que el servicio de cobro constituye una prestación accesoria al servicio de estacionamiento regulado que tiene carácter principal, pero que no se trata de una prestación inconexa sino vinculada a la misma, por lo que su licitación conjunta no constituye, por sí misma, una restricción injustificada de la competencia. Conclusión que apoyamos en que *“Respecto de la delimitación del objeto del contrato, cabe recordar que es competencia del órgano de contratación, que debe justificar su necesidad antes de comenzar el proceso de licitación que corresponda en el informe razonado de la unidad gestora del contrato que, conforme al artículo 138 LFCP, debe incorporarse con carácter preceptivo al expediente de contratación y que, entre otros extremos, debe exponer la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse e idoneidad del objeto para satisfacerlas; informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato sobre el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 concluye que no es un simple requisito formal, sino que es un trámite esencial del procedimiento, que actúa como presupuesto habilitante para proceder a la contratación. De este modo, el contrato debe ajustarse a los objetivos que la entidad contratante persigue para la consecución de sus fines y ejercicio de sus competencias, pues su finalidad es la satisfacción de los fines públicos que ésta tenga encomendados, correspondiéndole así apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación de su objeto una facultad discrecional de la misma.*

En el supuesto analizado, en línea con lo señalado por la Sentencia 218/2012, de 6 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la gestión del estacionamiento regulado constituye la prestación esencial del referido contrato, siendo el resto de las prestaciones que comprende el contrato cuestión accesorias, instrumentales o subordinadas de aquella prestación principal, que facilitan o completan las prestaciones principales, pero no desligadas o independientes de aquella. Así lo razona también la Resolución 139/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, al afirmar que el servicio de cobro mediante aplicación móvil 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, y por tanto de posible inclusión como parte del objeto del

contrato. Prestación accesoria que, obviamente, no puede ser configurada en términos que pueda 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, pues el respeto a los principios de contratación pública proclamados en el artículo 2 LFCP constituye uno de los límites que la entidad contratante debe observar en el ejercicio de tal facultad discrecional. Limitación que no cabe apreciar por el mero hecho de integrar ambas prestaciones en el objeto contractual; si bien sobre ello volveremos más adelante al analizar el resto de los motivos de impugnación alegados por estar referidos, precisamente y ya en términos más concretos, a la cuestión relativa a si determinadas condiciones impuestas en relación con la aplicación de pago por móvil limitan o no la libre competencia. (...)”

Pronunciamiento que, además, fundamentamos en la Sentencia 445/2023, de 30 de marzo, del Tribunal Supremo que confirma la Sentencia 198/2021, de 9 junio, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que, precisamente, desestima el motivo de impugnación alegado por la recurrente en el sentido de que siendo la actividad económica del servicio de cobro del estacionamiento regulado mediante aplicaciones móviles dissociable de la gestión del estacionamiento regulado, constituyendo servicios diferentes, la inclusión de la prestación del servicio de cobro en la concesión del uso del estacionamiento en las vías públicas no infringe el Derecho de la Competencia; argumento reiterado en el recurso de casación interpuesto que, como hemos anticipado, es desestimado. Interesando destacar, al igual que en el precitado Acuerdo, que la referida resolución judicial razona así la desestimación del recurso contencioso – administrativo: “*Dentro de la labor de cobro a los usuarios, y al igual que se mencionó respecto de toda la concesión en general, cabe también, sin duda, hacer mención de múltiples actividades diferenciadas encaminadas a percibir la cantidad que cada uno deba abonar, bien partiendo de los sistemas de pago actuales, bien en atención a los modos de pago que en el futuro puedan introducirse, ya como nuevos, ya como mejoras de los presentes.*

Ahora bien, el hecho de que, dentro de la concesión administrativa, y dentro también del sistema de pago y cobro, puedan diferenciarse diversas actividades relativamente independientes entre ellas, no implica por sí solo que deba hacerse una concesión para

cada actividad, ni tampoco, en sentido inverso, que no esté legalmente permitido que se haga una concesión comprensiva de todas, sino sólo de alguna de ellas. Porque, en la medida en que quede comprometido el servicio público, corresponde la gestión de éste a la Administración, la cual, dentro de parámetros razonables, puede hacer uso del mecanismo de la concesión en toda la extensión en que lo haga recomendable, en cada caso, la mejor prestación del servicio. Siendo así la propia Administración la encargada de valorar cuál será, en cada caso, el alcance a reconocer al servicio público al tiempo de gestionarlo, tanto de manera directa como por medio del instrumento de la concesión administrativa.

CUARTO

En el caso presente el servicio público comprometido es de suma trascendencia y muy relevante, pues afecta al correcto uso de las vías públicas de la ciudad de Zaragoza. Lo que lo vincula directamente tanto a la circulación rodada y transporte por la ciudad, como al uso final que los colectivos de ciudadanos podrán hacer del viario municipal. Dentro de ello, el desarrollo del sistema queda directamente condicionado al cobro al particular del importe que corresponda por el uso del estacionamiento regulado. De modo que todo lo relacionado con la gestión del cobro está directa y especialmente vinculado a la concesión, hasta el punto de que la adecuada percepción de las cantidades que corresponda pagar condiciona el uso del dominio público viario y la propia existencia de la concesión, entendida como lo es por contraprestación económica a abonar por el concesionario, el cual a su vez cobrará lo que corresponda a los usuarios del servicio.

En consecuencia, con tal vinculación directa entre el uso del dominio público, la concesión de su utilización y el pago que por ello deben hacer tanto el concesionario como el particular, es artificioso y contrario a la naturaleza misma de la concesión disociar, como pretende el demandante, los medios de pago de la gestión del servicio en general y del cobro en particular. Porque la directa interrelación de toda la gestión de cobro con el servicio público que se presta muestra como coherente, y justifica en este caso que la Administración haya incluido en la concesión, y como carga del concesionario, todo lo referente al pago y percibo de las cantidades, con inclusión, por tanto, y también, de los mecanismos de pago que deban utilizarse como medios de prestación del servicio. Lo cual cumple el canon de razonabilidad a que se hizo

referencia en el fundamento anterior de que para la prestación del servicio público en este caso sea la propia concesionaria del servicio quien cobre directamente lo que deben pagarle a ella los usuarios, sin necesidad ni conveniencia de la intervención de un tercero intermediario en la actividad de pago y cobro del servicio objeto de concesión.”

De lo anteriormente expuesto queda claro que la diferenciación que realiza el reclamante entre ambos servicios no es válida al encontrarse el pago de las tasas directamente vinculado al estacionamiento en el dominio público viario, y corresponder a la Administración la gestión del servicio público, la cual puede configurar el mismo y valorar el alcance de dicha gestión, siempre que entre dentro de parámetros razonables”.

Así las cosas, atendiendo a razones de seguridad jurídica y para mantener el principio de unidad de doctrina, no podemos sino reiterar el criterio manifestado en el indicado Acuerdo, pues existiendo una evidente vinculación entre el servicio de gestión del estacionamiento regulado y el de cobro su licitación conjunta no infringe, por sí sola, el principio de competencia. Y si bien es cierto que tampoco merecería reproche jurídico alguno su licitación separada y que el artículo 41 LFCP establece que, con carácter general, los contratos se dividirán en lotes, también lo es que los argumentos que conforman la ratio decidendi de la sentencia anteriormente citada y que este Tribunal comparte, ponen de relieve que una adecuada gestión del servicio puede precisar la ejecución coordinada de ambas prestaciones, lo que se presenta como una justificación razonable para su licitación conjunta; decisión que, en todo caso y como hemos avanzado, corresponde adoptar al órgano de contratación valorando todas las circunstancias concurrentes.

El motivo de impugnación ha ser, pues, desestimado.

OCTAVO.- Una vez aclarado que la inclusión del servicio de cobro dentro del objeto del contrato no supone, en este caso, una restricción a la competencia, resta por analizar si tal efecto limitativo puede derivarse de la condición prevista también en la cláusula 4.3 del pliego relativa a que ni la app que debe implementar la adjudicataria ni

la de cualquier otro tercer operador pueda cobrar por sus servicios a los usuarios, y que la reclamante articula como segundo motivo de impugnación, indicando al respecto que tal previsión resulta discriminatoria – no sólo respecto a terceros operadores frente a la adjudicataria, quien a pesar de la gratuidad de la aplicación obtendría ingresos del Ayuntamiento por la gestión del estacionamiento, sino respecto al resto de medios de pago pues las entidades bancarias sí podrían percibir comisiones -, desproporcionada y que en modo alguno responde a razones imperiosas de interés general.

El análisis de las cuestiones planteadas ha de partir de que, como bien razona la anteriormente citada Sentencia 445/2023, de 30 de marzo, del Tribunal Supremo, la entidad contratante, en el diseño y elaboración de las condiciones del contrato de prestación del servicio de estacionamiento regulado, en la medida en que afecta a actividad económica, debe atenerse tanto a las normas de derecho administrativo, como a la normativa de la competencia; de forma que las condiciones del servicio a licitar no pueden implicar la creación de barreras a la competencia o su restricción, salvo que estén debidamente justificadas u obedezcan a una razón imperiosa de interés general. Consideraciones que no van sino en la línea de lo razonado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-234, cuando expone que *“Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65).”*

En el mismo sentido, la Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi destaca que 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; señalando que en caso de que los pliegos establezcan una limitación o una condición restrictiva 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, y especificando que, a estos efectos, *“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)”*. Correspondiendo al órgano de contratación la justificación, en cada caso, de la concurrencia de las circunstancias de interés general que legitiman la medida de que se trate, así como de la proporcionalidad de la medida a tales efectos adoptada.

Realizada la anterior precisión, debemos reiterar que, efectivamente, la cláusula 4.3 del pliego técnico recoge la obligación de que la aplicación móvil que debe proporcionar el adjudicatario, o las que eventualmente puedan proveer terceros, no puedan cobrar al usuario final una contraprestación por el uso del servicio de pago por móvil adicional al importe de la tasa incluido en la ordenanza fiscal. Cuestión sobre la que nos hemos pronunciado en el precitado Acuerdo 62/2023, de 17 de agosto, donde concluimos que su imposición resulta limitativa de la competencia, razonando que *“(…) Así las cosas, la cuestión a resolver es, como hemos apuntado, si la condición recogida en el pliego en el sentido de prohibir, en relación con el pago a través de móvil, que se cobre al ciudadano más cuantía que la tasa que establece la ordenanza fiscal limitando*

con ello la posibilidad de repercutir a los usuarios costes derivados del servicio de pago por móvil aun cuando éstos utilicen plataformas diferentes a la del adjudicatario resulta ajustada a derecho; y ello en la medida en que tal previsión, cuando menos a priori, puede dificultar que proveedores que cuenten con aplicaciones que apliquen comisiones puedan participar en la licitación.

Pues bien, a juicio de este Tribunal la previsión en tal sentido contenida en el pliego no resulta ajustada a la legalidad, pues el pago por el uso de una app constituye una contraprestación a la entidad privada que presta el servicio de la app, y por tanto una relación ajena a la contractual que va a resultar de la licitación y también al ámbito del adjudicatario seleccionado que en modo alguno puede imponer tal condición al resto de proveedores ni tampoco a los propios usuarios; de forma que su inclusión en tales términos en el pliego resulta, por ello, desproporcionada y carente de justificación.

Resulta especialmente significativa por su similitud con el supuesto analizado la Resolución 139/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, que este Tribunal comparte, y que estima que la exigencia de gratuidad de la aplicación para el pago de las tasas mediante aplicativos móviles, no es ajustada a Derecho, razonando que “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 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.”

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.”

Así pues, procede la estimación de este motivo de impugnación por cuanto la prohibición de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualesquier aplicación móvil no resulta, por los motivos expuestos, ajustada a derecho; disponiéndose, por tanto, su anulación, a los efectos de que el órgano de contratación proceda a dar una nueva redacción al correspondiente inciso de la cláusula cuarta del pliego de prescripciones técnicas para acomodarla a la normativa de contratación y competencia que resulta de aplicación.”

Así pues, la prohibición que contiene el pliego de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualesquier aplicación móvil, y que se traduce en la imposibilidad de dichos operadores de cobrar por los servicios que prestan a través de sus Apps, no resulta ajustada a derecho; procediendo, por tanto, la estimación en este punto de la reclamación interpuesta, así como la anulación de dicha previsión contenida en el pliego.

Sentado lo anterior, lo cierto es que la reclamante entre los argumentos alegados como sustento de dicho motivo de impugnación reitera en varias ocasiones que la restricción a la competencia no desaparecería en el supuesto de que el pliego permitiera que los terceros operadores cobren a los usuarios por la utilización de sus aplicaciones de pago, pues la exigencia de que la aplicación a implementar por la adjudicataria sea gratuita coloca al resto en una situación de desventaja competitiva, toda vez que, además de que ésta ya recibe ingresos del ayuntamiento a través de la gestión del servicio de estacionamiento, las personas usuarias utilizarán más la aplicación de la adjudicataria por el solo hecho de que resulta gratuita. Alegación a través de la cual este Tribunal entiende que se cuestiona, si bien con una redacción claramente mejorable, la legalidad de la exigencia de que la aplicación a implementar por la adjudicataria sea gratuita; y ello al margen de lo que se prevea al respecto para el resto de operadores.

En este contexto, como apunta la citada Resolución 155/2020, de 19 de noviembre, pudiera admitirse, en términos abstractos, 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, por cuanto el Ayuntamiento puede considerar adecuado asumir el coste del servicio como un gasto propio en lugar de decidir que lo paguen los usuarios. No obstante, lo cierto es que como hemos apuntado tal previsión para ser jurídicamente admisible, deberá estar justificada por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar el objetivo que se persigue y resultar proporcionada; debiendo, por tanto, constar en el expediente las razones imperiosas de interés general que motivan la limitación o restricción de la competencia que tal previsión del pliego supone.

Pues bien, en nuestro caso el expediente no contiene justificación o motivación alguna por mínima que fuera de las razones de interés público que aconsejan la inclusión de la obligación por parte de la adjudicataria de implementar una aplicación para el pago a través de móvil que sea gratuita para las personas usuarias, y tampoco de la finalidad que se persigue con ésta ni de que tal medida resulte, por tanto, proporcionada en el sentido de resultar la menos gravosa o restrictiva; de hecho ninguna referencia a la aplicación de pago se contiene en el informe de necesidades o en el informe jurídico sobre la licitación. Justificación que se revela imprescindible en orden a la admisión de una medida de tales características que, dicho sea de paso, tampoco se incluye en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal en defensa de la legalidad del acto impugnado y cuya omisión determina la estimación también de la reclamación en este punto.

Cumple indicar, llegados a este punto, y la vista de las alternativas que la reclamante plantea en el suplico del escrito de interposición que la estimación parcial de la reclamación determina la anulación de su cláusula cuarta en lo que se refiere a la condición de que la aplicación de pago por móvil a implementar por la adjudicataria sea

gratuita por carecer de la justificación exigida al tratarse de una medida restrictiva de la competencia, así como de la prohibición de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualquier aplicación móvil, sin que en ningún caso pueda este Tribunal sustituir al órgano de contratación en la determinación del contenido de la cláusula objeto de anulación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don L. L. O., en nombre y representación de EASYPARK ESPAÑA, S.L.U., frente al pliego de prescripciones técnicas particulares del “*Contrato del Servicio de estacionamiento regulado en la vía pública de Pamplona, incluyendo el servicio de retirada de vehículos de la vía pública*”, publicado por el Ayuntamiento de Pamplona, disponiendo la anulación de la cláusula 4.3 del pliego técnico en lo que se refiere a la condición de que la aplicación de pago por móvil a implementar por la adjudicataria sea gratuita, así como de la prohibición de cobrar al ciudadano más cuantía por el servicio que la establecida en las Ordenanzas Fiscales cuando el pago se realice a través de cualquier aplicación móvil; y, con ello, la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de licitación.

2º. Notificar este acuerdo a don L. L. O., en calidad de representante de EASYPARK ESPAÑA, S.L.U., al Ayuntamiento de Pamplona, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 5 de septiembre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.