



INFORME 9/2014, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 LGUM (Expte. (...)) TRANSPORTES-BICICLETAS)

I. ANTECEDENTES

D [Informante], en nombre y representación de [Asociación], informa por escrito a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad, de la existencia de obstáculos o barreras a la unidad de mercado en el ejercicio de su actividad económica. En su escrito, presentado en el Registro del Ministerio de Economía y Competitividad el 4 de junio de 2014, hace uso del procedimiento previsto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM).

En el mismo, el informante indica que, con fecha 26 de julio de 2013 fue aprobado por el Ayuntamiento de Madrid el concurso denominado “Contrato Integral de movilidad de la ciudad de Madrid a adjudicar por el procedimiento abierto” con número de expediente: 145/2013/02944. El pliego de cláusulas administrativas particulares formulado para dicho concurso establecía como valor para determinar la solvencia técnica de los posibles licitadores: *“Un contrato gestionado en los últimos tres años (ejercicios 2010, 2011 o 2012) de gestión de bicicleta pública con un despliegue de bicicletas gestionadas por contrato de al menos 2.000 unidades. El contrato deberá estar vigente o haberlo estado en los últimos tres años”*. El 8 de noviembre de 2013, la asociación conoce que ha resultado adjudicataria del concurso una empresa que no cumple este requisito de solvencia técnica, ante lo que solicita en reiteradas ocasiones aclaración sobre este extremo al Ayuntamiento de Madrid. El ayuntamiento reconoce que la empresa adjudicataria por si misma carece de entidad y fiabilidad, sobre todo económica, para atender un sistema de esta envergadura pero que le viene de la mano y solvencia de una empresa americana que posee varios sistemas de este tipo en distintas ciudades americanas entre las que se encuentra Nueva York. Igualmente pone de manifiesto en su escrito que se solicitó al Ayuntamiento la consulta del expediente de adjudicación negándosele dicho acceso.

Todos estos hechos considera la asociación que constituyen una conducta que ha supuesto una barrera u obstáculo a la unidad de mercado, y solicitan por tanto que se activen los mecanismos de protección de la unidad de nuestro mercado. Junto con el citado escrito de información presentado ante la Secretaría del Consejo, presenta también denuncia de los hechos ante la CNMC para que interponga recurso contencioso-administrativo en virtud del art. 27 de la LGUM, respuesta de la CNMC, y escrito a la Secretaría del Consejo aportando nuevos detalles del caso.

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado da traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de la información presentada con fecha 4 de junio de 2014 para que de considerarlo oportuno emita el informe previsto en el artículo 28.2 y 3, párrafo final, de la LGUM en fecha anterior al 23 de junio de 2014.



Con fecha 5 de junio, la Agencia remite un oficio a la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía exponiendo los obstáculos descritos por el operador y solicitando su parecer jurídico informado al respecto. La Agencia recibe el informe reclamado con fecha 12 de junio de 2014.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA ÓPTICA DE LA COMPETENCIA

En primer término, se estima oportuno realizar algunas consideraciones generales desde el punto de vista de la competencia para abordar correctamente el análisis de la información presentada por parte de la Asociación [...] ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

Las peculiares características de los mercados públicos han planteado históricamente la necesidad de cuidar que las normas y los procedimientos en los que se basan los procesos de contratación pública den como resultado, bienes y servicios públicos en las mejores condiciones de eficacia, pero también de economía y eficiencia.

Los procedimientos de contratación abiertos y transparentes contribuyen a mejorar la competitividad de las empresas que operan en dichos mercados. Nada mejor que un sistema de competencia efectiva para incitar a las empresas a mejorar sus procesos de producción, ajustar el precio de sus ofertas e innovar para competir de manera eficiente.

Además, una política de contratación pública favorecedora de la competencia constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente. Las Administraciones que actúan en mercados competitivos y transparentes pueden adquirir bienes de mayor calidad a menores precios.

Estas cuestiones revisten especial importancia en un contexto de consolidación fiscal, como el actual, que plantea la exigencia de una mayor eficacia en la utilización de los recursos públicos. En este sentido, en el ámbito de los mercados públicos y de la contratación pública puede ser la propia Administración la que cree barreras al acceso de las empresas a los mercados públicos, mediante el mantenimiento de trabas burocráticas o cualquier tipo de cargas.

Estas prácticas resultan muy perjudiciales, en la medida en que es un hecho constatado que en los mercados en los que se aumenta el número de oferentes se obtienen los bienes en mejores condiciones de precio y calidad.

En consecuencia, la simplificación de procedimientos, la eliminación de cargas innecesarias en los procesos de selección y especialmente la implantación completa de la administración electrónica en la contratación pública, son en la actualidad compromisos ineludibles para impulsar una mayor competencia en este ámbito.



Con carácter general, los pliegos de contratación constituyen los documentos reguladores en el acceso a las licitaciones públicas. Por ello ha de ponerse especial énfasis en su elaboración, evitando la introducción de cláusulas que generen barreras, obstáculos o cargas innecesarias al acceso de operadores económicos a la licitación. Entre las prácticas más habituales a las que recurren las administraciones públicas a la hora de diseñar los pliegos de contratación, se encuentran algunas que establecen trabas o barreras innecesarias y que suponen una carga para las empresas limitando la competencia efectiva en este mercado.

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en sus “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza” (publicadas en el año 2010), aconseja una serie de buenas prácticas en esta materia. Entre éstas, y por su conexión con el caso que nos ocupa, podemos citar, a título de ejemplo, la de elegir unos criterios de selección de los contratistas que favorezcan la participación del mayor número posible de licitadores.

En tal sentido, la elección de unos criterios de solvencia económica y técnica demasiado rigurosos pueden suponer barreras en el procedimiento de contratación para aquellos agentes económicos que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución del contrato, tienen limitado el acceso al proceso de licitación. Por ello, conviene que a la hora de elaborar los pliegos de contratación, los poderes públicos tengan en cuenta las siguientes premisas:

- Evitar el uso de un único criterio de selección excluyente. La normativa de contratación prevé un conjunto de medios de acreditación de la solvencia económica y técnica de las empresas. La elección de estos medios o criterios debe formularse con el rigor adecuado, de manera que se evite una limitación injustificada del número de competidores. Así por ejemplo, una condición conforme a la cual sólo se tomará en consideración, y además con carácter excluyente, la experiencia de la empresa adquirida en relación con un contrato similar, aún reconociendo que este medio de acreditación es importante para asegurar una correcta ejecución del gasto público, no se encuentra siempre suficientemente justificada y supone una limitación de la competencia. Es más, aplicar un único criterio como el señalado, sin ofrecer opciones alternativas, implica para los potenciales licitadores la entrada en un círculo vicioso. Por ello en función del objeto del contrato, los pliegos deben establecer de forma concurrente el mayor número de medios o criterios de acreditación de la solvencia técnica igualmente idóneos y previstos expresamente en la norma.
- Establecer una clasificación empresarial ajustada a los requisitos exigidos en la normativa aplicable. El sistema de clasificación tiene la virtud de reducir las cargas administrativas a los licitadores que deseen acceder a los procesos de selección de los contratos, puesto que no tienen que presentar la documentación acreditativa de disponer de la solvencia oportuna en cada uno de los contratos en los que participen. Además, por otro lado, la clasificación también implica beneficios para la administración, dado que se libera de verificar para cada uno de los procesos de contratación que celebre la solvencia específica de los licitadores.



Sin embargo, en ocasiones se solicita una clasificación por encima de los umbrales mínimos reglamentariamente establecidos para acceder a determinados contratos, lo cual supone una barrera significativa para aquellos operadores económicos que ya disponen de la clasificación mínima requerida por la normativa aplicable. En tal caso el órgano de contratación debería especificar de manera clara cuáles serían las circunstancias especiales que han determinado la necesidad de imponer al contratista esa clasificación determinada.

Del análisis de la información obrante en el expediente del caso que nos ocupa y, una vez conocidos tanto el transcurso como el resultado final del proceso de licitación, se puede extraer como primera conclusión el poco espacio que se ha dejado a la competencia en el lote 5 (Movilidad ciclista y peatonal en toda la ciudad) del Contrato Integral de Movilidad de Madrid cuyo objeto global abarcaba el conjunto total de prestaciones relativas a la ordenación del espacio público de la capital de España y que ha sido considerado como uno de los mayores procedimientos de licitación pública de la historia de la ciudad de Madrid.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del citado contrato recoge, en su Anexo I, punto 12, los requisitos mínimos de solvencia de las empresas adjudicatarias del servicio público de bicicletas del Ayuntamiento de Madrid y, textualmente, indica lo siguiente: *“Los licitadores deberán presentar relación de los principales trabajos efectuados durante los últimos tres años que sean similares a las prestaciones objeto del presente contrato., indicando de forma expresa las fechas y destinatarios de los mismos, así como el número de bicicletas gestionadas en el caso de tratarse de contratos de gestión de bicicleta pública (...). Se entenderá acreditada esta solvencia si entre dicha experiencia se encuentra a un contrato gestionado en los últimos tres años (ejercicios 2010, 2011 ó 2012) de gestión de bicicleta pública con un despliegue de bicicletas gestionadas por contrato de al menos 2.000 unidades. El contrato deberá estar vigente o haberlo estado en los últimos tres años”.*

El artículo 62 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre establece que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo; así lo recoge la “Guía de Contratación y Competencia” que la extinta CNC publicó en 2011 y las citadas “Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza”, donde se indica que la elección de unos requisitos de solvencia económica y técnica a priori desproporcionados podrían suponer “barreras a la entrada” en el procedimiento de contratación para aquellos agentes económicos que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución del contrato, tienen limitado el acceso al proceso de licitación.

La solvencia económico-financiera y técnico-profesional del licitador debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo. La solvencia técnica y profesional se debe probar mediante documentación ad hoc, o, en el caso de los contratos de obra y servicios que superen un determinado importe, mediante la exigencia de la correspondiente clasificación en un



grupo, subgrupo y categoría determinados.

Los requisitos de solvencia exigidos por el ente público deben estar justificados sobre bases relacionadas con el objeto del contrato, ya que una clasificación excesivamente exigente puede elevar sustancialmente las barreras de entrada.

Aplicando el citado artículo 62 y las indicaciones de esta Agencia y de la extinta CNC al caso concreto que nos ocupa, el número de unidades de bicicletas gestionadas que exige la citada cláusula para acreditar la solvencia de las empresas podría constituir una exigencia excesiva, tratándose, en definitiva, de un requisito que podría calificarse a priori como desproporcionado y que situaría a la experiencia de forma decisiva como criterio de valoración para la adjudicación del contrato público. Una forma de proceder por parte del órgano de contratación que podría ser limitativa de la competencia.

Según la documentación aportada en este expediente, parece que no se ha realizado por parte del órgano de contratación la pertinente justificación de los estrictos requisitos de solvencia técnica relativos al número de bicicletas gestionadas en contratos anteriores.

La única mención a esta materia la encontramos en el Compendio de las cuestiones formuladas y las repuestas correspondientes al presente contrato, publicado en la página web de este Ayuntamiento, en el que figura una consulta sobre esta cláusula específica, la cual es respondida textualmente de la manera siguiente: *“La solvencia técnica exigida para concurrir al lote 5, prevista en el apartado 12 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, resulta proporcional al objeto contractual de dicho lote y, responde a la complejidad de la gestión de un servicio de estas características en una gran ciudad, como Madrid”*.

Esta escueta motivación parece insuficiente porque no explicita de manera clara y detallada cuáles serían las circunstancias especiales que han determinado la necesidad de los requisitos de solvencia impuestos al contratista. En este sentido, podría haberse justificado el establecimiento de un cierto nivel de exigencia en las condiciones técnicas y económicas del eventual operador, que además tendría soporte competencial dentro de la autonomía local, tal y como viene configurada en la legislación aplicable a este nivel de administración pública, por ejemplo, en atención a la magnitud del contrato que analizamos, su complejidad técnica; las profundas implicaciones en la ordenación de la realidad urbana de una ciudad como la capital de España; y la posible afectación a valores intrínsecamente relacionados con el interés público (en particular, encontramos que estarían vinculados con el servicio municipal de alquiler de bicicletas públicas, valores como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la salud pública, movilidad, tráfico urbano, etc.).



III. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

Llegados a este punto, conviene traer a colación aquellos preceptos de la LGUM que se consideran de aplicación al caso en cuestión, relativo al procedimiento de licitación tramitado por el Ayuntamiento de Madrid para la contratación del lote 5 del Contrato Integral de movilidad de esta ciudad.

A estos efectos, es de significar que el artículo 1 de la LGUM determina que su objeto es establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado, continúa el apartado segundo de este artículo, se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

Para cumplir su objetivo, la ley consagra unos principios que garanticen esta libertad de establecimiento y circulación; el principio de no discriminación, de cooperación y confianza mutua, de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, de eficacia de sus actuaciones en todo el territorio nacional, de simplificación de cargas y de transparencia.

Por su parte, el artículo 9 impone a todas las autoridades competentes la obligación de velar para que estos principios sean observados en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación. Entre las disposiciones y actos que han de cumplir estos principios, se cita particularmente la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos.

Este análisis preliminar de la LGUM podría llevarnos a interpretar que el asunto objeto de informe podría encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la LGUM, pero si continuamos analizando la norma, observamos que entre las actuaciones que el artículo 18 define como limitadoras de la libertad de establecimiento y la libre circulación, no se encuentra ninguna de las conductas denunciadas por la [Asociación] ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

En tal sentido, el mencionado artículo dispone en su apartado primero que cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado, y a continuación, en el apartado segundo define qué determinadas actuaciones se considerarán que limitan estas libertades por no cumplir los principios afianzados en esta ley (el principio de no discriminación, de cooperación y confianza mutua, de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, de eficacia de sus actuaciones en todo el territorio nacional, de simplificación de cargas y de transparencia).



Así, y concretamente en materia de contratación administrativa, se considerarán que vulneran los principios de la LGUM de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2.a) y, por tanto, entrarían en el ámbito de aplicación de los mecanismos de protección del artículo 28 los actos, disposiciones y medios de intervención que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, y en particular, los siguientes:

- 1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.
- 2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado período de tiempo en dicho territorio.
- 3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.
- 4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.
- 5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

Sobre la base de todo cuanto antecede, y a la vista de la información presentada por la [Asociación], se puede concluir que en el caso que nos ocupa, la actuación del Ayuntamiento de Madrid, si bien contiene ciertas actuaciones que pueden afectar de alguna manera a la competencia, no pueden considerarse que las mismas limiten la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, por lo que entendemos que no resultarían de aplicación los “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación” previstos en el capítulo VII de la LGUM.

IV. CONCLUSIÓN

Este punto de contacto estima que en el presente caso, y a la vista de la información presentada por la [Asociación], la actuación del Ayuntamiento de Madrid no puede considerarse una actuación limitadora de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación. No obstante, se ha estimado oportuno realizar una serie de observaciones desde el punto de vista de la competencia, a las cuales nos remitimos íntegramente para evitar su reiteración.

Por último, este punto de contacto no estima procedente pronunciarse sobre otro tipo de consideraciones que estarían vinculadas a cuestiones jurídicas relativas al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Las disconformidades en materia de criterios de adjudicación, publicidad, solvencia de los adjudicatarios o cualesquiera otras que se pudieran plantear dentro del normal curso de



un procedimiento del nivel de complejidad como el que hemos tratado en este informe, deberían dirimirse mediante los mecanismos previstos en dicha ley, fundamentalmente, mediante la interposición de recursos administrativos ante el órgano de contratación o el ejercicio de eventuales acciones judiciales.

Sevilla, 23 de junio de 2014
Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía