



INFORME DEL BORRADOR DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE REGULAR Y PERMANENTE DE VIAJEROS POR CARRETERA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. ANTECEDENTES.

Con fecha 19 de julio de 2011 se ha recibido de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, el borrador del *Pliego de condiciones para la licitación, por procedimiento abierto, del contrato de concesión administrativa para la gestión del servicio público de transporte regular y permanente de viajeros por carretera de uso general entre (XXXXXX)* (Pliego de condiciones en adelante) al objeto de que se efectúen las observaciones pertinentes.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 6/2007, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, esta ADCA *“tiene como fin general promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados, garantizando la existencia de una competencia efectiva en los mismos (...)”*, pudiendo ser consultada con carácter facultativo en materia de promoción y defensa de la competencia en virtud del artículo 3.d) del mismo cuerpo legal. En consecuencia, en este informe se realiza un análisis del borrador de Pliego de condiciones, bajo el prisma de la normativa de competencia.

Con carácter general, los pliegos de contratación constituyen los documentos reguladores en el acceso a las licitaciones públicas. Por ello, debe ponerse especial énfasis en la elaboración de los mismos, evitando la introducción de cláusulas que generen barreras, obstáculos o cargas innecesarias al acceso de los operadores económicos a la licitación.

En este sentido, a nivel estatal, la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, al objeto de regular los concursos para la concesión de las rutas de competencia estatal, acordó con determinados representantes empresariales del sector, así como organizaciones sindicales y de consumidores, el “Protocolo de apoyo para fijar los criterios de los concursos de las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros, regulares y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento, que venzan a partir de 2007” (Protocolo en adelante). Sin embargo, la Comisión Nacional de Competencia (CNC), en su informe *La competencia en el transporte interurbano de*



viajeros en autobús de España, de 2008 sostuvo que el Protocolo favorecía el mantenimiento de las concesiones por los actuales titulares, y que no constituía un marco lo suficientemente favorecedor de la competencia de cara a los concursos que se habían de convocar en los próximos años. En particular, el informe llamaba la atención sobre las siguientes materias:

- Los requisitos de experiencia en la operación de concesiones que se establecían para poder presentarse a los concursos.
- El reducido peso que dos de las variables más importantes para el consumidor, los precios y la frecuencia, tenían en relación con otros criterios de valoración, y el carácter altamente restrictivo de la competencia del mecanismo de tope establecido para otorgar la puntuación máxima en dichas variables.
- La alta valoración de otros criterios que obedecen a objetivos de política laboral o de calidad, tales como la asunción de personal al servicio de la concesión vigente o determinadas mejoras en la calidad.
- El carácter decisivo del derecho de preferencia del titular actual de la concesión establecido a nivel normativo en caso de similitud de ofertas, considerando como similares aquellas ofertas cuya puntuación total no se desvía en más del 5% de la presentada por el concesionario vigente.
- Los plazos de las concesiones, que a veces resultaban desproporcionados y sobrepasaban lo establecido en la normativa comunitaria recientemente aprobada.

Tras la publicación del Informe de la CNC, la Dirección General de Transporte Terrestre modificó el Protocolo, en aras a atender las consideraciones puestas de manifiesto en aquel, modificaciones que fueron valoradas en 2010 por la CNC en su *Informe de seguimiento de renovación de las concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús*, que concluía estableciendo como recomendación general una nueva modificación del citado Protocolo, insistiendo en los siguientes aspectos:

- La eliminación del derecho de preferencia a favor del actual concesionario en caso de similitud de ofertas con un competidor en la nueva licitación, que se encuentra recogido en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT).
- El otorgamiento de un peso relativo mayor a las principales variables de decisión del consumidor, tarifa y frecuencias del servicio, sobre todo a la primera.



- La modificación del mecanismo de tope existente a la hora de conceder la máxima puntuación en relación con los mencionados criterios de tarifa y frecuencias.
- El respeto de los plazos de duración de las concesiones a las previsiones generales máximas del Reglamento comunitario 1370/2007, así como su modulación en función de la amortización de las inversiones necesarias para desarrollar la actividad.

La importancia de garantizar la competencia en el acceso al sistema concesional en el servicio de transporte de viajeros de carretera, se ha puesto de manifiesto recientemente de manera muy significativa en cinco sentencias firmes dictadas a principios de 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias nº 150, 152, 154, 158 y 160) en las que se anulan sendos pliegos de los concursos aprobados por el Ministerio de Fomento, así como las adjudicaciones realizadas en ejecución de los mismos, basándose exclusivamente en consideraciones jurídicas relativas a la libre competencia.

2. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

Todo análisis que trate de identificar la posible existencia de restricciones a la competencia efectiva ha de partir de la definición del mercado objeto de atención. A este respecto, el transporte público regular permanente de viajeros de uso general tiene el carácter de servicio público de titularidad de la Administración, prestándose mediante la atribución a una empresa a través de un concurso público de la correspondiente concesión administrativa con carácter exclusivo. Para la prestación de estos servicios de transporte, la normativa regula con detalle las condiciones en las que habrá de producirse la *competencia por este mercado*.

En efecto, el régimen concesional establecido para el desarrollo de la actividad del transporte público, regular y permanente de viajeros por carretera de uso general, imposibilita la *competencia en el mercado*, puesto que el oferente del servicio es único y el precio del mismo viene condicionado en las tarifas establecidas en la propia concesión administrativa que supone adquirir el derecho de explotación en exclusiva de la línea o las líneas concedidas, ya que no pueden establecerse mientras estén vigentes otras concesiones que cubran servicios de transporte coincidentes. En definitiva, sólo se puede



plantear la competencia en la celebración de los concursos públicos para la adjudicación de las concesiones, lo que se denomina *competencia por el mercado*.

El acceso a ese mercado se produce en el momento de la licitación, y permite competir en atención al precio y calidad, además de otros parámetros que deben recibir en los pliegos de condiciones la ponderación adecuada que permita garantizar el traslado del máximo de eficiencias al usuario final mediante la disminución de los costes y la mejora del servicio ofrecido sin cierres ni obstáculos en el acceso al mercado.

A este respecto, las autoridades de competencia han señalado en reiteradas ocasiones que cuando se inicia el proceso de renovación de las concesiones administrativas, la cuestión clave radica en asegurar que los procesos concursales tienen lugar y que éstos cuentan con un adecuado diseño, partiendo de las bases regulatorias oportunas y siguiendo con las posibilidades de introducir elementos de competencia adicionales en las condiciones de los concursos y en la articulación del desarrollo del proceso. Además esta competencia *por el mercado* se puede ver mermada por la posible existencia de otro tipo de barreras para el acceso al mercado de estas concesiones, como pueden ser la existencia de largos plazos concesionales, o el trato preferente que reciben anteriores concesionarios a la hora de participar en nuevos concursos.

El análisis de competencia del Pliego de condiciones remitido, se centra en dos aspectos fundamentales como son, por un lado, los criterios de valoración de las ofertas presentadas y por otro, determinadas condiciones de acceso a la licitación.

En relación con los criterios de valoración, el examen del Pliego de Condiciones remitido por la Dirección General de Transportes, puede deducirse que:

- a) Respecto de la valoración de las tarifas (30 puntos) y expediciones (20 puntos), se observa una notable diferencia en comparación con los Pliegos del Estado, en tanto que la valoración máxima era de 15 puntos para las tarifas, y 8 para las expediciones. Por lo tanto, dado que los conceptos de “tarifa” y “expediciones”, se configuran como los dos conceptos esenciales en los que las empresas pueden competir entre sí con mayor margen de maniobra, por cuanto que con relación al resto de los conceptos de valoración existe práctica igualdad entre las empresas



del sector, puede considerarse que se deja un margen suficiente a la competencia efectiva pues su valoración alcanza el 50% de la puntuación total.

- b) En cuanto al compromiso de mantenimiento de la plantilla, el artículo 73.2 Real Decreto 1211/1990 de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes terrestres (ROTT) lo recoge como un criterio de valoración (*2. Se valorará cada uno de los componentes de la oferta en virtud de su importancia para la prestación del servicio. En especial, serán objeto de dicha valoración las concreciones que sobre tarifas, frecuencia de expediciones, características y antigüedad de los vehículos e instalaciones, compromiso de absorber al personal del antiguo concesionario cuando proceda, y calidad y seguridad del servicio realicen los distintos licitadores*). Los Pliegos de Condiciones aprobados por el Estado recogían asimismo este compromiso como criterio de valoración, otorgándole una puntuación máxima de 15 puntos. Conforme a la línea jurisprudencial marcada por las Sentencias del TSJ de Madrid, dicha valoración se declara excesiva y desproporcionada en comparación con el resto de criterios. Por otro lado, además de señalarse la necesidad de reducir su valoración, se hace referencia a la necesidad de informar a los licitadores acerca de las condiciones de los contratos de los trabajadores que pudieran subrogarse.

El borrador de Pliego de condiciones remitido, establece en la cláusula 4.2 el compromiso de mantenimiento de la plantilla, configurándola no como un criterio de valoración, sino como una obligación para acceder a la licitación, por lo que las consideraciones hechas a los Pliegos del Estado relativas a su valoración no le serían aplicables. Podría afirmarse incluso que el Pliego al establecer el compromiso de mantenimiento de la plantilla como condición, y no como criterio de valoración resulta neutro en relación a la competencia por la concesión ya que no distorsiona la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores.

- c) En cuanto a la necesidad de que el Pliego contenga suficiente información acerca de las condiciones laborales del personal a absorber de la anterior concesionaria, puede considerarse cumplida al quedar recogida dicha información en el Anexo V del Pliego de condiciones, que puede considerarse suficiente a los efectos informativos señalados.



- d) Acerca de las condiciones que han de concurrir para el ejercicio del derecho de preferencia por el anterior concesionario, el Pliego de condiciones se remite expresamente a la cláusula al artículo 73.3 del ROTT que regula la materia, y en consecuencia pueden darse por reproducidos los términos en que el derecho de preferencia puede hacerse efectivo.
- e) En definitiva, estos aspectos del Pliego de condiciones remitido resultan acordes en conjunto con las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a que se ha hecho referencia anteriormente, pues concretamente en base al Fundamento de Derecho Noveno de cualquiera de ellas (Décimo en la Sentencia 160) puede concluirse que, para evitar que los criterios de valoración examinados impidan la real y efectiva operatividad de la libre competencia empresarial en orden a la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular y permanente:
- Deben valorarse más los conceptos de tarifa y expediciones en relación con el resto.
 - Debe incluirse, en relación con la valoración del compromiso de absorber al personal, información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y reducir su valoración (era de 15 puntos sobre 100 considerándose excesiva y desproporcionada).
 - Debe incluirse la manifestación de que la preferencia del anterior concesionario en relación con las ofertas presentadas sólo será aplicable cuando la prestación del servicio por el anterior concesionario se ha realizado en condiciones adecuadas, cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia, y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de la finalización del plazo concesional, ni en éste por la comisión de determinadas infracciones. En consecuencia, no procede establecer el derecho de preferencia del anterior concesionario con carácter generalizado, es decir, para que opere automáticamente, sin tener en cuenta las variantes señaladas.

En relación con el procedimiento de licitación, y al objeto de maximizar la participación de potenciales licitadores, esta ADCA y la Comisión Consultiva de Contratación Pública elaboraron conjuntamente el documento *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza*, en el que se



proporcionan entre otras cuestiones una serie de pautas que podrían adoptar los órganos de contratación tanto en la fase preparatoria previa al inicio del procedimiento de contratación como en el diseño del propio proceso de licitación de cara a promover una competencia efectiva en el mercado de la contratación pública. Analizado el Pliego de condiciones a la luz de las citadas *Recomendaciones*, podrían apuntarse los siguientes aspectos:

- a) Garantizar una adecuada publicidad de los procedimientos de contratación. En este sentido se sugiere cursar información a las asociaciones de empresarios involucrados. Asimismo podría publicarse a principios de año un anuncio indicativo de las concesiones que se tiene previsto celebrar a lo largo del mismo, para permitir a los potenciales licitadores conocer con la suficiente antelación las oportunidades que les pueden brindar las licitaciones públicas y puedan preparar la presentación de las ofertas con mayor detenimiento.
- b) Favorecer la accesibilidad de las empresas a la hora de presentar la documentación necesaria para licitar. En este punto el Pliego de condiciones, únicamente admite la presentación en el Registro del órgano de contratación o por Correos. Se sugiere utilizar la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Además, la disponibilidad de los pliegos a través de esta Plataforma de Contratación facilitaría a los potenciales candidatos la elaboración de una mejor oferta. Asimismo, la descarga de los pliegos supone una minoración de los costes económicos para los licitadores, al no tener que acudir presencialmente a los lugares habilitados para la recepción de los mismos.
- c) Ponderar la exigencia de documentación o certificación acreditativa de la capacidad personal de las empresas como condición para poder acceder a los procesos públicos de licitación puede suponer una carga evitable cuando estos documentos obran en poder de la Administración. En particular, en aquellos supuestos en que tales documentos hayan sido presentados con antelación para participar en un anterior procedimiento con el mismo ente o en aquellos casos en que se pueda consultar por la Administración en el Registro Público de Licitadores.

A tal efecto, se recomienda emplear, en aquellos supuestos en que sea admisible, la posibilidad de que en la fase de preselección sea suficiente la presentación de



una declaración responsable en la que los licitadores manifiesten que reúnen los requisitos exigidos para licitar y que, en el caso de que resulte adjudicatario, aportarán los documentos de forma fehaciente.

- d) Por último se sugiere efectuar una adecuada planificación del proceso de contratación para la renovación de las concesiones, al objeto de promover la concurrencia y evitar posibles comportamientos colusorios. En este sentido, el inicio escalonado de los diferentes procesos de contratación que estén previstos celebrarse en un lapso de tiempo determinado, puede resultar más favorecedor de la competencia efectiva que el hecho de sacar todas las licitaciones al mismo tiempo.

3. CONCLUSIONES

1. El régimen concesional establecido para el desarrollo de la actividad del transporte público, regular y permanente de viajeros por carretera de uso general, determina que sólo pueda plantearse la competencia efectiva en la celebración de los concursos públicos para la adjudicación de las concesiones, lo que se denomina *competencia por el mercado*.
2. El acceso al mercado de prestación de servicios de transporte público, regular y permanente de viajeros por carretera de uso general, se produce en el momento de la licitación en el que podrá competirse en atención al precio, calidad y otros parámetros que deben recibir en los pliegos de condiciones la ponderación adecuada que permita garantizar el traslado del máximo de eficiencias al usuario final mediante la disminución de los costes y la mejora de servicio ofrecido, sin barreras ni obstáculos en el acceso a la licitación.
3. En el Pliego de condiciones objeto de análisis y en relación con los criterios de valoración no se advierten restricciones a la competencia efectiva, en línea con el reciente criterio jurisprudencial del TSJ de Madrid sobre los Pliegos aprobados por el Ministerio de Fomento.
4. En relación al procedimiento de licitación, se ha considerado oportuno efectuar determinadas sugerencias en base a las *Recomendaciones para facilitar el acceso*



y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza, elaboradas conjuntamente por esta ADCA y la Comisión Consultiva de Contratación Pública, para promover la competencia efectiva de los operadores económicos en los procesos de licitación y en su caso, sobre cómo prevenir y detectar conductas colusorias que se pudieran producir.

5. Finalmente, debe señalarse que en el presente informe se realiza un análisis del borrador de Pliego de condiciones bajo el prisma de la normativa de competencia, sin prejuzgar la facultad de esta ADCA para examinar en momento ulterior los mismos aspectos con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía,

Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 d) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, se emite el presente informe.

En Sevilla, a 29 de julio de 2011