

RESUMEN (26)

CONTRATACIÓN PÚBLICA – Transporte Escolar

Se presenta reclamación en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, frente una de las cláusulas relativa a los criterios de adjudicación recogidos en el Pliego de Cláusulas Económicas Administrativas (PCEA) que rige la licitación del contrato administrativo, mediante procedimiento abierto armonizado y trámite ordinario, para la adjudicación del servicio de transporte escolar obligatorio y no obligatorio de la Comarca del Baix Llobregat, para los cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019 y dos posibles prórrogas.

En concreto, se reclama la cláusula recogida en los criterios de evaluación de ofertas, relativa a la adjudicación de puntos en función de la mejor retribución salarial de los conductores y de los acompañantes, por considerarla la reclamante contraria a los principios de libertad de establecimiento y circulación establecidos por la LGUM

Desde esta Secretaría se considera que los criterios de valoración incluidos en los pliegos de licitación de los contratos deben ser necesarios y proporcionados al objetivo perseguido, en virtud del artículo 5 de la LGUM y debieran analizarse en ese sentido.

[Informe SECUM](#)



26/17044

I. INTRODUCCIÓN

El 25 de abril de 2017, tuvo entrada en esta Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, reclamación de D (...), en representación de la Asociación (...), en el marco del procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), frente a una de las cláusulas relativa a los criterios de adjudicación recogida en el Pliego de Cláusulas Económicas Administrativas (PCEA) que rige la licitación del contrato administrativo, mediante procedimiento abierto armonizado y trámite ordinario, para la adjudicación del servicio de transporte escolar obligatorio y no obligatorio de la Comarca del Baix Llobregat, para los cursos escolares 2017-2018 y 2018-2019 y dos posibles prórrogas.

El 24 de marzo el Consell Comarcal el Baix Llobregat¹, publicó en el perfil del contratante la licitación de este servicio, siendo el valor estimado del contrato, dividido en 17 lotes, de 14.383.814 Euros.

En concreto la reclamante considera incompatible con la libertad de establecimiento y circulación, la cláusula recogida en los criterios de evaluación de las ofertas, relativa a la adjudicación de 4 puntos a la mejor retribución salarial de los conductores y 4 puntos a la mejor retribución de los acompañantes (8 puntos en total sobre la máxima puntuación por lote, que es de 80 puntos).

II. MARCO NORMATIVO SECTORIAL DE POSIBLE APLICACIÓN

a) Normativa estatal:

- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, (última modificación Ley 9/2013, de 4 de julio).

¹ http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organisme_fitxa.jsp?codi=2000495

Entidad local de carácter territorial formada por la agrupación de municipios contiguos, con personalidad jurídica propia y plena capacidad y autonomía para el cumplimiento de sus fines, entre los que se encuentra la prestación de determinados servicios públicos como la educación, y formando parte de ello, el transporte escolar.

Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (última modificación Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre).

- Normativa de contratación de las Administraciones públicas.
 - a) Las características de esta licitación hacen necesario recordar la aplicación del Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CEE.
 - b) Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y normativa de desarrollo.

b) Normativa autonómica:

- Decreto 161/1996, de 14 de mayo, por el que se regula el servicio escolar de transporte para facilitar el desarrollo del alumnado en la educación secundaria obligatoria.
- Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores. Modificado por R.D. 894/2002, de 30 de agosto

c) Licitación

Licitación del contrato de servicio de transporte escolar obligatorio y no obligatorio. Anuncio del Consell Comarcal del Baix Llobregat. BOE, lunes 3 de abril de 2017.

El Pliego de Cláusulas Económicas Administrativas que rigen esta licitación, se publica en el perfil del contratante del Consell Comarcal, el 24 de marzo de 2017.

A los efectos del caso que nos ocupa, se reproduce a continuación la cláusula 1, que detalla el objeto del contrato, así como la cláusula 16, que constituye el objeto de esta reclamación:

“Cláusula 1. Objeto

El objeto de este contrato es el servicio de transporte escolar obligatorio y no obligatorio a centros escolares de la comarca del Baix Llobregat, gestionado por el Consell Comarcal del Baix Llobregat, que se prestará todos los días lectivos del calendario escolar que el Departament d'Ensenyament establezca para cada curso, salvo causa de fuerza mayor, a fin de que los alumnos sean transportados a los centros escolares especificados en los anexos de este Pliego.

Cláusula 16. Criterios para la evaluación de las ofertas

Los criterios vinculados al objeto del contrato para calificar automáticamente y que servirá como base para la adjudicación del contrato son los siguientes:

a) Oferta económica, hasta.....30 puntos

$Puntos\ de\ la\ oferta\ (i) = 30 \times (oferta\ más\ baja/oferta\ (i))$

Se redondeará a dos decimales. Para valorar las ofertas presentadas se tendrá en cuenta como criterio vinculado al objeto del contrato, el precio ofertado por los licitadores teniendo en cuenta que los puntos se otorgarán de acuerdo con la fórmula.

b) Antigüedad de los vehículos (1ª matrícula) hasta.....30 puntos

A cada vehículo se le asignará una puntuación en función de su antigüedad según:

Matriculados entre 2013 y 2017:	30 puntos
Matriculados entre 2009 y 2012:	15 puntos
Matriculados entre 2005 y 2008:	5 puntos
Matriculados en el año 2004 o anteriores:	0 puntos

En el caso de lotes con más de un vehículo o ruta se calculará de la siguiente manera: promedio de la puntuación obtenida por cada vehículo, dependiendo de la antigüedad. Se redondeará a dos decimales.

c) Compromiso de mantener el precio indicado en caso de incremento de las rutas del lote, hasta un máximo de 4 km de ida y 4 km. de vuelta..... 10 puntos

d) Disponer de sistemas automáticos de control de asistencia diaria de los usuarios (APP o similares).....2 puntos

e) Retribuciones salariales 2017 de los conductores, vinculado al objeto del contrato ya que garantiza una ejecución más eficiente del contrato y de calidad del servicio. Hasta.....4 puntos

Según la aplicación de la siguiente fórmula: 4 puntos sobre la remuneración total más alta y el resto de la puntuación proporcional. Se entenderá la retribución salarial computando el salario base, plus convenio, antigüedad (bienio), bolsa de vacaciones y plus jornada partida. Se redondeará a dos decimales.

f) Retribuciones salariales 2017 de los acompañantes, vinculado al objeto del contrato ya que garantiza una ejecución más eficiente del contrato y de calidad del servicio. Hasta.....4 puntos

Según la aplicación de la siguiente fórmula: 4 puntos sobre la remuneración total más alta y el resto de la puntuación proporcional. Se entenderá la retribución salarial computando el salario base, plus convenio, antigüedad (bienio), bolsa de vacaciones y plus jornada partida. Se redondeará a dos decimales

Puntuación máxima por Lote: 80 puntos.”

III. CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO.

a) Inclusión de la actividad del transporte público de viajeros por carretera en el ámbito de la LGUM.

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como:

“b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.”

La Asociación (...) representa los intereses de operadores dedicados al transporte público de viajeros por carretera. Esta constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, cuyo artículo 2 establece:

“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”

b) Inicio de la tramitación de la reclamación en el marco del procedimiento del artículo 26 de la LGUM

La reclamación tiene entrada en esta SECUM el 25 de abril de 2017. Se plantea frente al Pliego de Cláusulas Económicas y Administrativas que rige la licitación del servicio de transporte escolar obligatorio y no obligatorio a centros escolares de la comarca del Baix Llobregat, publicado el 24 de marzo de 2017.

Procede el inicio de la tramitación ya que se dan los requisitos contemplados en el artículo 26.1 de la LGUM.

c) Análisis de la reclamación a la luz de los principios de la LGUM.

El artículo 9 de la LGUM proclama el principio de garantía de las libertades de los operadores económicos y señala:

1. *Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.*
2. *En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:*
 - a) *Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.*

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

(...)

En el supuesto que nos ocupa - licitación por parte de una entidad local, de la contratación de un servicio (transporte escolar) por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios automáticos de valoración o evaluación de ofertas - son precisamente los criterios de evaluación (características económicas y técnicas de los operadores económicos) los susceptibles de introducir trabas al ejercicio de la actividad, eventualmente contrarias a los principios de la LGUM².

En este sentido, el artículo 5³ de la LGUM establece que los requisitos para el desarrollo de una actividad económica deben estar motivados por la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general y que, en todo caso, tales requisitos deberán ser proporcionados a la razón de interés general invocada y lo menos distorsionadores de la actividad económica.

En el caso que nos ocupa, la cláusula 16 de los PCEA recoge los criterios para la evaluación de ofertas, y la interesada centra su reclamación en los relativos a las retribuciones salariales:

² El TJUE se ha pronunciado en numerosas sentencias en relación a los criterios de valoración recogidos en concursos nacionales que puedan obstaculizar la libre prestación de servicios.

A reseñar la de fecha 27 de octubre de 2005 (asunto C- 158/03) que concretamente establece que *“es preciso recordar que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación que se desprende de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y que las restricciones a esta última, deben cumplir, por su parte, los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia citada en el apartado 35 de la presente sentencia - (i) debe respetar el principio de no discriminación, (ii) estar justificada en razones imperiosas de interés general, (iii) ser adecuadas para garantizar la realización del objeto que persigue y (iv) no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo“.*

³ **Artículo 5.** Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.”

“(…)

e) *Retribuciones salariales 2017 de los conductores, vinculado al objeto del contrato ya que garantiza una ejecución más eficiente del contrato y de calidad del servicio. Hasta.....4 puntos*

Según la aplicación de la siguiente fórmula: 4 puntos sobre la remuneración total más alta y el resto de la puntuación proporcional. Se entenderá la retribución salarial computando el salario base, plus convenio, antigüedad (bienio), bolsa de vacaciones y plus jornada partida. Se redondeará a dos decimales.

f) *Retribuciones salariales 2017 de los acompañantes, vinculado al objeto del contrato ya que garantiza una ejecución más eficiente del contrato y de calidad del servicio. Hasta.....4 puntos*

Según la aplicación de la siguiente fórmula: 4 puntos sobre la remuneración total más alta y el resto de la puntuación proporcional. Se entenderá la retribución salarial computando el salario base, plus convenio, antigüedad (bienio), bolsa de vacaciones y plus jornada partida. Se redondeará a dos decimales”

Los criterios reclamados por la interesada suponen el 10% del total de puntos (8 sobre 80).

El artículo 18.2.i de la LGUM considera como actuación que limita la libertad del establecimiento y la libertad de circulación, los requisitos que no guarden relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio. En este sentido, de acuerdo con la redacción de los mismos, la entidad adjudicadora parece vincular la superior retribución salarial al objeto del contrato (transporte escolar), bajo el argumento de que garantiza una ejecución más eficiente del mismo así como la calidad del servicio.

Los criterios de evaluación de ofertas establecidos en los pliegos deben cumplir el principio de necesidad y proporcionalidad establecido en la LGUM. Así, solo podrán considerarse acordes con el principio de necesidad, en la medida en que estuvieran vinculados a la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general de las establecidas en el artículo 3.11⁴ de la Ley 17/2009, de 23 de

⁴ “Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

noviembre y, en relación a la proporcionalidad, habrá que determinar que tales requisitos sirven al objetivo pretendido (RIIG), es decir guardan un nexo causal con el mismo, restringiendo o distorsionando lo menos posible la posibilidad de acceso a la actividad de la que se trate mediante el procedimiento de licitación (transporte escolar). Esta valoración debe ser aplicable al criterio de evaluación por el que se pondera hasta con 8 puntos la superior retribución salarial⁵ de conductores y acompañantes.

IV. CONCLUSIONES

Los criterios de valoración incluidos en los pliegos de licitación de los contratos deben ser necesarios y proporcionados al objetivo perseguido en virtud del artículo 5 de la LGUM y debieran analizarse en ese sentido.

Madrid, 25 de mayo 2017

SECRETARIA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO

⁵ En la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, se contempla (artículo 70) la posibilidad de que *“los poderes adjudicadores establezcan condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.”*

El artículo 67.3 establece lo siguiente: *“Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o, b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia)”*.

Y el Considerando (99) establece: *“Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse.”*