CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

INF/CNMC/033/19 INFORME SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL PROGRAMA DE TURISMO DEL IMSERSO PARA PERSONAS MAYORES Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO EN ZONAS TURÍSTICAS

10 de abril de 2019

www.cnmc.es

Índice

I. ANTECEDENTES 3
II. CONTENIDO 5
III. VALORACIÓN 11

III.1 Observaciones generales 11

III.1.1 Evaluación *ex ante* y *ex post* 12
III.1.2 Análisis de los de servicios licitados: desagregación en lotes diferentes 15
III.1.3 Precedentes sancionadores e instrumentos de política de competencia 20

III.2 Observaciones particulares 22

III.2.1 Determinación y metodología del presupuesto base de licitación 22
III.2.2 Requisitos de solvencia 24
III.2.3 Criterios de adjudicación 28
III.2.4 Condiciones especiales de ejecución 29
III.2.5 Otras cuestiones 30
III.2.6 Uso restrictivo de la prórroga 32
III.2.7 Minimización del riesgo de comportamientos colusorios 32

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 33

ANEXO 36

CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

INFORME SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL PROGRAMA DE TURISMO DEL IMSERSO PARA PERSONAS MAYORES Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO EN ZONAS TURÍSTICAS

INF/CNMC/033/19

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

Dª. María Ortiz Aguilar
D. Josep María Guinart Solà
Dª. Clotilde de la Higuera González
Dª. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO DEL CONSEJO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de abril de 2019.

Vista la solicitud de informe sobre la contratación pública del Programa de Turismo Social del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 22 de febrero de 2019, teniendo en cuenta que en fecha 7 de marzo de 2019 se remitió documentación que modificaba parte de la remitida inicialmente, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la **SALA DE COMPETENCIA**, acuerda emitir el siguiente informe.

I. ANTECEDENTES

El Programa de Turismo del IMSERSO (en adelante, el Programa) se viene realizando desde 1985 y tiene como objetivo principal mejorar la calidad de vida de las personas mayores y fomentar el envejecimiento activo mediante la participación en viajes y en actividades turísticas, así como potenciar el desarrollo económico del sector turístico, reduciendo la estacionalidad y, con ello, generando empleo y actividad económica.

Este Programa, considerado como servicio complementario de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social español, viene regulado en la Orden SCB/926/2018, de 10 de septiembre, en la cual se determinan, entre otras cuestiones, los requisitos de los beneficiarios y acompañantes, los servicios incluidos, el sistema de financiación, el procedimiento para la convocatoria de plazas y su adjudicación[1], así como el desarrollo y seguimiento del Programa.

Según la memoria que acompaña a los Pliegos, los objetivos perseguidos son: a) **Mejorar la calidad de vida de las personas mayores de 65 años** (19.2% del total de la población española) mediante la participación en viajes y la realización de actividades turísticas, contribuyendo a un envejecimiento saludable; b) **Favorecer la creación o mantenimiento del empleo en el sector turístico**, con especial incidencia en el hotelero (350 establecimientos), durante temporada baja, contribuyendo, con ello, a paliar la estacionalidad (340 millones de euros por temporada y mantenimiento de 12.000 empleos directos y 85.000 indirectos) y c) **Potenciar la actividad económica en diversos sectores de la economía**: entre otros, el hotelero, la restauración, el transporte, las agencias y empresas de ocio.

El Programa se caracteriza por gestionarse de **forma centralizada**, ejecutarse a través de **empresas mayoristas de viajes** y **cofinanciarse** entre aportaciones del IMSERSO y los usuarios beneficiarios del Programa. Abarca normalmente el periodo comprendido entre septiembre y junio del año siguiente. Para ello, en virtud del art. 12.4 de la referida Orden SCB/926/2018, se convocan licitaciones públicas conforme a la legislación de contratos del sector público (actualmente, Ley 9/2017, de 8 de noviembre) con el objeto de adjudicar la prestación del Programa mediante un contrato de servicios que abarca, en principio, dos temporadas. El contrato vigente para la ejecución del Programa se licitó con una duración prevista de dos temporadas 2015/2016 y 2016/2017 y, actualmente, se encuentra prorrogado para la temporada 2018/2019[2].

En esta línea, el objeto del presente Informe es la nueva **convocatoria de licitación pública para la gestión de las temporadas 2019/2020 y 2020/2021**, con posibilidad de prórroga por otras dos temporadas, cuyo anuncio previo fue

[1] En este sentido, el PPT establece que en el primer semestre de cada año se publicará en el BOE la resolución de la Dirección General del IMSERSO de convocatoria de plazas, en la que se indicará el plazo para presentar las solicitudes de participación en el Programa y se detallará además, el destino, duración, número de plazas, tipos de turno, precio a pagar por las personas usuarias y el baremo aplicable para la priorización de las personas usuarias.

[2] El contrato vigente (Expte 745/2014) tiene un valor estimado de 1.203.725.750,88 euros; (CPV 63510000-Servicios de agencias de viajes y servicios similares), tramitado por procedimiento abierto, dividido en tres lotes (1- Turismo zona de costa peninsular; 2- Turismo zona de costa insular y 3- Turismo de interior e intercambio internacional) donde hubo tres participantes en cada uno y resultando adjudicatarios: UTE Mundosenior, UTE Mundiplan y UTE Mundosenior, respectivamente. Puede consultarse en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

publicado en la Plataforma de contratos del sector público con fecha 29 de enero de 2019[3].

Por último, tal y como se detallará más adelante en este Informe, la CNMC ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con convocatorias anteriores de este Programa de Turismo del IMSERSO en vía sancionadora a la luz de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia[4] (LDC). Adicionalmente, cabe recordar que han existido pronunciamientos en el ejercicio de su función consultiva sobre la contratación de los servicios de agencias de viajes para la Administración General del Estado[5] y sobre la regulación del sector[6].

II. CONTENIDO

La solicitud de informe sobre la convocatoria de licitación pública para la gestión de las temporadas **2019/2020 y 2020/2021** del Programa viene acompañada de los borradores de pliegos (PCAP y PPT), una memoria[7], y otra documentación relacionada con los litigios surgidos del contrato vigente. En el Anexo de este informe se ha incluido información más detallada sobre la tipología de paquetes turísticos y plazas incluidos. Las características esenciales de la convocatoria son:

- **Objeto:** la organización, gestión y ejecución del Programa de Turismo de manera que engloba los siguientes servicios:
  - Comercialización de las plazas en cada una de las provincias españolas, así como en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y se efectuará a través de la web de la/s empresas adjudicatarias de cada lote y de las agencias de viajes concertadas al efecto.
  - Transporte desde la capital de provincia de origen hasta el hotel de destino y regreso; excepto la modalidad de viajes sin transporte y viajes a capitales de provincia.

[3] Expediente 308/2019. Puede consultarse en la Plataforma de Contratos del Sector Público. Tanto el CPV (63511000- Organizacion de viajes combinados) como el valor estimado (VE) (1.305.692.188,72 euros) señalados en el Anuncio previo han sido modificados en los pliegos remitidos para informe.
[4] Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000 (Expte. 476/99 Agencias de Viajes) y Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 (Expte. SNC/DC/007/16 Agencias de Viajes).
[5] INF/DP/0019/14 INFORME SOBRE LOS PLIEGOS DEL CONTRATO DE AGENCIAS DE VIAJES PARA LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.
[6] IPN/CNMC/042/17: ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS y IPN/CNMC/020/17 PROYECTO DE DECRETO DEL GOBIERNO DE ARAGÓN POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE AGENCIAS DE VIAJE
[7] Memoria para elevar a Acuerdo del Consejo de Ministros la autorización para la contratación, por procedimiento abierto y tramitación anticipada, de los servicios de organización, gestión y ejecución del Programa de Turismo Social para personas mayores y para el mantenimiento del empleo en zonas turisticas.

- Alojamiento en régimen de pensión completa o media pensión (para capitales de provincia), y siempre en habitación doble a compartir en hoteles con un mínimo de tres estrellas.
- Animación socio-cultural (actividades culturales, deportivas, de participación y recreativas) prevista para los turnos de Turismo de Zonas costeras.
- Asistencia sanitaria (servicio de medicina general) complementaria a la de la Seguridad Social, que tendrán que facilitar a los usuarios los establecimientos hoteleros de los turnos de zonas costeras, garantizando un servicio mínimo de una hora diaria de un médico y de un A.T.S. /D.U.E. por cada 200 personas o fracción.
- Póliza de seguros colectiva con la finalidad de cubrir aquellas contingencias que de una forma muy especial pudieran producirse en el colectivo de personas mayores.

— **CPV:** en la última versión de pliegos figura como CPV *63500000-4 Servicios de agencias de viajes, operadores turísticos y asistencia al turista.* A diferencia del anuncio previo que indica como CPV *63511000- Organización de viajes combinados*.

— **División del contrato en tres lotes** en función de los destinos:

- Turismo en zona de costa peninsular: se refiere a las zonas costeras de Andalucía, Murcia, Cataluña y Valencia y se desglosa a su vez por turnos -con o sin transporte- y en estancias -de 15, 10 u 8 días- en régimen de pensión completa.
- Turismo en zona de costa insular, es decir, Baleares y Canarias y se desglosa a su vez por turnos -con o sin transporte- y en estancias -de 15, 10 u 8 días- en régimen de pensión completa.
- Turismo de interior y procedencia europea[8] que incluye circuitos culturales, turismo de naturaleza, viajes a capitales de provincia (media pensión) y viajes a Ceuta y Melilla.

— **Turnos, plazas y estancias:** el Programa se gestionará por **turnos** que agrupan a los usuarios con el mismo origen, destino, modalidad, fecha de inicio y fin de actividad desarrollada. A su vez, se considera como **plaza** al viaje combinado o paquete turístico ofertado a los usuarios acreditados del Programa, que incluye todos los servicios de su modalidad durante la duración del mismo. En la próxima convocaría se prevén **900.000 plazas** para los usuarios acreditados para cada temporada (2019/2020 y

[8] Según el PPT, se consideran "viajes con procedencia europea" los que realicen los españoles residentes en determinados países europeos, con salida desde los mismos y destinos a turismo de zona de costa insular y peninsular y turismo de interior.

2020/2021) y distribuidas por cada lote[9], pudiendo los oferentes incrementar dicho número en sus ofertas. Se contempla una distribución de dichas plazas en los tres lotes de manera similar a temporadas anteriores[10]. Las **estancias** hacen referencia a la pernoctación en establecimiento hotelero por usuario y día.

— **Procedimiento de contratación:** abierto conforme a la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público.

— **Licitadoras**: según la memoria, empresas mayoristas del sector turístico con la habilitación empresarial o profesional necesaria de acuerdo con la legislación vigente.

— **Duración**: dos temporadas 2019/2020 y 2020/2021[11] con posibilidad de prórroga de dos temporadas adicionales (2021/2022 y 2022/2023) según la memoria debido a los gastos iniciales en infraestructuras que no son asumibles para una sola temporada.

— **Valor estimado**: 1.196.884.506 euros[12], calculado atendiendo al presupuesto base de licitación sin IVA, la aportación de los usuarios, las eventuales modificaciones y la posibilidad de prórroga.

— **Presupuesto base de licitación**, que engloba las anualidades 2019/2020/2021 y considera la aportación del IMSERSO, asciende a 133.379.460 euros (110.230.958 euros + IVA).

— **Cofinanciación**: además de la aportación del IMSERSO –oscila entre el 15 y el 30% del coste del servicio según los tipos de temporada y turnos-, los usuarios del Programa aportarán los importes (IVA incluido) que figuran en un anexo 7 del PCAP, y varía en función de la estancia, modalidad, zona de destino y duración de los turnos. A diferencia de otras ediciones, en esta convocatoria **se reserva el 1% de las plazas con una subvención del 50% del importe para personas con recursos económicos iguales o inferiores al importe de las pensiones no contributivas de jubilación o invalidez** de la Seguridad Social.

[9] De esta forma se prevén: lote 1 : 512.700 plazas ; lote 2 : 258.100 plazas y lote 3 : 129.200 plazas. Estas plazas a su vez se desglosan en cada lote en funcion de los turnos, destinos, modalidades y estancias.
[10] Se señala en la memoria que se ha realizado algun ajuste, como un incremento del 7% en las plazas del lote 3 y diminucion del 6% en lote 1.
[11] Cada temporada va desde el mes de septiembre hasta el mes de junio del año siguiente.
[12] Se corresponde con la suma de 242.508.109,08€ aportación del IMSERSO y 954.376.397,25€ aportación de los usuarios.

— **Solvencia económica y financiera:** se requiere contar con un volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles (según las fechas de constitución o de inicio de actividades), en función de cada lote, por importe igual o superior a: Lote 1. 272.652.330,41 euros; Lote 2. 197.410.359,92 euros; y Lote 3: 72.829.027,99 euros.

— **Solvencia técnica o profesional:** se requiere una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato de los últimos tres años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos que comprenda para cada lote: Lote 1. 52.968.062,52 euros; Lote 2. 39.686.661,16 euros y Lote 3. 17.576.235,00 euros.

— **Criterios de adjudicación**: únicamente se contemplan el precio y criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas. En el Anexo 7 del PCAP se desarrolla la puntuación de cada criterio. **Precio**: 35 puntos y **Calidad:** 65 puntos. En la siguiente tabla se resumen todos los criterios de adjudicación y su correspondiente ponderación.

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN		**PONDERACIÓN**	
		LOTE 1 y 2	**LOTE 3**
1. CALIDAD DE LA OFERTA		**65**	**65**
1.1. Oferta hotelera		**35**	**35**
1.1.1.	Categoría de los hoteles ofertados	22	22
1.1.2.	Oferta de plazas en habitación doble de uso individual	3	3
1.1.3.	Accesibilidad de instalaciones comunes de los establecimientos hoteleros	3	3
1.1.4.	Accesibilidad de las habitaciones de los establecimientos hoteleros	3	3
1.1.5.	Acceso inalámbrico a internet en habitaciones	2	2
1.1.5	Cercanía del hotel al Ayuntamiento en la modalidad de capital de provincia (Lote 3)	-	2
1.1.6.	Número de horas dedicadas a actividades de animación socio-cultural en hoteles (Lote 1 y 2)	2	-
1.2. Comercialización de las plazas		**6**	**6**
1.2.1.	Número de puntos de venta de comercialización	4	4
1.2.2.	APP móvil para el seguimiento del Programa	1	1
1.2.3.	Comercialización por internet accesible “AAA”	1	1
1.3. Oferta Transporte		**22**	**22**
1.3.1.	Número de pasajeros transportados en avión y tren de alta velocidad	12	12
1.3.2.	Número de aeropuertos de salida	4	4
1.3.3.	Accesibilidad de autocares	3	3
1.3.4.	Autocares dotados con cabina de baño y WC.	3	3

1.4. Asistencia sanitaria complementaria	**2**	**2**
1.4.1. Número de horas de asistencia sanitaria complementaria	2	2
2. PRECIO	**35**	**35**

Fuente: anexo 7 del PCAP

En relación con el criterio precio, cabe señalar que se basa en la rebaja que se oferte sobre los precios unitarios financiados por el IMSERSO. Así, en el anexo 4B del PCAP se desglosan los precios unitarios por lote financiados por el IMSERSO (sin IVA) sobre los cuales los licitadores deben presentar sus ofertas, mejorándolos. Además, se prevé que la baja en el precio unitario podrá ser utilizada por el IMSERSO para financiar un incremento de plazas en el lote correspondiente, incrementándose el importe global de la aportación de los usuarios por estas nuevas plazas (según los importes unitarios a financiar por los usuarios establecidos en el anexo 4C del PCAP)[13]. Esta circunstancia no tendrá la consideración de modificación del contrato.

— **Ofertas anormalmente bajas:** reglas de cuantificación diferentes según el número de operadores presentados[14]: por ejemplo, un solo licitador, cuando la oferta económica sea inferior al PBL en más de 10%; dos licitadores, cuando la oferta que sea inferior en más de 8% a la otra oferta, etc.

— **Subcontratación:** se permite con un límite del 60%.

— **Condiciones especiales de ejecución de tipo social y/o ético** (anexo 1B PCAP): se estipula que la adjudicataria (infracción grave si se incumple a los efectos de imposición de penalidades Anexo 1.c) se debe comprometer a:

[13] Literalmente se señala: *La diferencia entre el importe establecido por lotes en el anexo 1A del correspondiente pliego de cláusulas administrativas con cargo al presupuesto de gastos del Imserso y el importe resultante de la financiación que corresponda según los precios unitarios por mi ofertados podrá utilizarse para incrementar el número de plazas de cualquiera de las modalidades, zonas de destino y turnos incluidos en el lote respetándose, en todo caso, la proporcionalidad establecida para la distribución según provincias de origen del Anexo 1 del Pliego de prescripciones Técnicas, incrementándose el importe global de la aportación de los usuarios por estas nuevas plazas según los importes unitarios establecidos para esta aportación en el anexo 4C del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares."*

[14] Si concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 6% respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas (se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 6% a dicha media y en cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 10%); cuando concurran cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 4% a la media aritmética de las ofertas presentadas (si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 4 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía).

- **la contratación o el mantenimiento de 1.000 puestos de trabajo netos por cada 7.500 estancias diarias durante los meses de ejecución del programa,** o la parte proporcional que corresponda según las estancias ocupadas en cada centro de trabajo.
- a garantizar la accesibilidad de los autobuses adscritos al transporte del Programa de Turismo
- que la página web en la que se comercializa el Programa tenga reconocido, como mínimo, el grado de accesibilidad "AA".

— **Requisitos técnicos.** Esta documentación es esencial ya que es necesaria para la valoración de los criterios de adjudicación:

- **Plan de comercialización:** que incluya los puntos de venta y contratos o precontratos para ello, asi como el sistema informático para la reserva y comercialización de plazas. Se exige respecto de la relación de las agencias de viajes físicas cumplir, como mínimo, las siguientes condiciones[15]: **Municipios de 25.000 a 100.000 habitantes: 1 punto de venta y municipios igual o superior a 100.000 habitantes: 1 punto de venta por cada 100.000 habitantes o fracción**. Se prevé que las agencias de viajes puedan firmar acuerdos con todos los licitadores al Programa y no podrán establecerse acuerdos de exclusividad con una sola de las licitadoras.
- **Plan de viajes:** se exige presentar un plan de viajes diferente e independiente para cada una de las temporadas y zonas de destino incluidas en el lote, con los itinerarios previstos (lugar, fecha, hora kms); y las correspondientes cartas de compromiso, precontratos o contratos de las empresas que faciliten el transporte aéreo, ferroviario y marítimo a utilizar por la empresa licitadora.
- **Establecimientos hoteleros:** se requiere que los hoteles tengan como mínimo 3 estrellas y entre otras cuestiones que cuenten con una serie de servicios mínimos (wifi gratuito, comedores, espacios comunes, enfermería, plazas accesibles y ascensores).
- **Programa de animación:** se exige que se remita información sobre el programa de animación socio-cultural y recreativo (lotes 1 y 2) de cada hotel, que deberá contemplar un mínimo de actividades semanales.
- **Formación:** el PPT exige implantar un programa de formación especializado y dirigido a los trabajadores que participen directamente en el Programa: personal del *call center*, responsables de grupo, personal de hoteles, guías acompañantes, agentes de viaje, etc.

[15] Los datos para aplicar esta medida serán los del padrón municipal del Instituto Nacional de Estadística (INE): Cifras oficiales de población resultantes de la revisión del Padrón municipal a 1 de enero 2018: http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=525

- **Asistencia sanitaria complementaria:** deben informar del número de médicos y ATS/DUE ofertados y el número de horas en el que permanecerán en cada hotel, estableciéndose como mínimo una hora diaria por cada 200 usuarios o fracción alojados en el hotel. Esta prestación no será exigible en los establecimientos hoteleros en los viajes de interior (lote 3).
- **Póliza de seguros:** las empresas licitadoras deberán presentar carta de compromiso, precontrato o contrato con la/s compañía/s de seguro/s y la propuesta de póliza colectiva de seguros.
- **Comisión de seguimiento en cada uno de los lotes.** Las licitadoras deberán informar, entre otras cuestiones, sobre la ocupación mensual o la variación en la distribución de plazas por destino.
- **Generación o mantenimiento del empleo en establecimientos hoteleros y comisión especial de seguimiento de empleo.** En relación con la condición especial de ejecución (1.000 puestos de trabajo netos por cada 7.500 estancias diarias), se determina que en primer lugar se procederá a la contratación de los trabajadores fijos discontinuos ya existentes.
- **Gestión de la calidad**: las adjudicatarias se deben comprometer a implantar un sistema de gestión de calidad, que además de asegurar que los servicios se presten en las condiciones exigidas en el PPT, se oriente a la satisfacción de los usuarios. Las adjudicatarias deberán efectuar encuestas, al menos, al 10% de usuarios para valorar la calidad de los servicios ofrecidos.
- **Obligaciones de información y atención de los usuarios** a través de un *call center* con el objeto de atender al usuario del Programa para cualquier cuestión relacionada con el mismo, para obtener información sobre la comercialización del Programa, verificación sobre la inclusión de solicitantes en la base de datos de gestión del Programa, gestión de las correcciones de posibles errores detectados, reclamaciones, sugerencias, etc. Se prevé que sea un servicio gratuito y el horario de atención (9 a 19h de lunes a viernes).

III. VALORACIÓN

III.1 Observaciones generales

La existencia de competencia efectiva en el **diseño y ejecución de los procesos de aprovisionamiento público maximiza la eficiencia económica de los mismos consiguiendo mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación, siendo éste el objetivo primordial de la normativa[16].** Por ser una

[16] Se recuerda que el principio de eficiencia, además de principio básico informador de la normativa de contratación pública (art. 1 de la LCSP), es un principio de alcance y fundamento constitucional (art. 31 de la CE), es principio básico de buena administración (art. 3 Ley 40/2015) y está presente igualmente en otras legislaciones sectoriales (por ejemplo, normativa presupuestaria).

política prioritaria para esta Comisión, se han venido realizando un conjunto variado de recomendaciones[17] desde la óptica de la promoción de la competencia efectiva y la regulación económica eficiente, algunas de ellas directamente relacionadas con borradores de Pliegos en muy diversos sectores de actividad (agencias de viajes, telecomunicaciones, mobiliario, material de oficina, suministro de combustible, etc.).

En este sentido, dada la relevancia de las licitaciones convocadas por el IMSERSO, tanto por su elevada cuantía (recordemos que la próxima convocatoria tiene un valor estimado de 1.196.884.506 euros), duración (normalmente dos temporadas y sometidas posteriormente a prórroga, como demuestran los últimos años) y los efectos que despliega para el sector turismo y el empleo, así como dados los antecedentes anticompetitivos sancionados conforme a la LDC**, se valora positivamente que se haya remitido para informe a esta CNMC** *ex* art. 5.2 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC, la próxima convocatoria del Programa Turismo del IMSERSO para las temporadas 2019/2020 y 2020/2021.

Antes de entrar a analizar el contenido de los pliegos remitidos para informe, cabe realizar las siguientes consideraciones previas.

III.1.1 Evaluación *ex ante* y *ex post*

En la memoria que se adjunta a los borradores de pliegos no se hace mención alguna a las convocatorias anteriores. Tal y como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de este informe, el órgano de contratación ha debido adquirir una experiencia muy relevante en relación con el diseño de las sucesivas licitaciones públicas y el comportamiento de las empresas en sus procesos. Aprovechar ese conocimiento resulta de capital importancia para alcanzar mayores cotas de competencia y con ello de eficiencia en la asignación de los fondos públicos.

Por ello, se recomienda la realización de un análisis *ex ante y ex post* de cada licitación pública. El objetivo de eficiencia exige una fiscalización del conjunto de medidas tomadas durante el proceso de licitación y adjudicación evaluando el grado de competencia existente[18].

A continuación, se analizan brevemente las licitaciones realizadas para el contrato de servicios de organización, gestión y ejecución de un Programa de Turismo Social para personas mayores a partir de la información disponible. Debe advertirse que no se ha tenido acceso a los pliegos de estas convocatorias de licitación pública al no encontrarse publicados, a excepción del contrato *745/2014* iniciado en la

[17] Disponibles en la web de la CNMC en Recomendaciones de aprovisionamiento público.
[18] Veáse, por ejemplo,el Informe de la CNMC -IPN/CNMC/010/15 sobre el APL de Contratos del Sector Público.

temporada 2015/2016, que se encuentra accesible en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

Tabla nº 1. Histórico de licitaciones Programa Turismo IMSERSO

TEMPORADA	NUMERO	CONCURSO	LICITADORES PRESENTADOS
1998/1999	*29/1998*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.- **UTE VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.***
1999/2000	*25/1999*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.- UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)*
2000/2001	*23/2000*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.- UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)*
2001/2002	*22/2001*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.- UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)*
2002/2003	*8/2002*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.- UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)*
2003/2004 y 2004/2005 Prorrogado a 2005/2006 y 2006/2007	*31/2003*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.- VIAJES ZOETROPE, S.A.* *2.- UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)*
2005/2006 Prorrogado a 2006/2007	*14/2005*	*Programa Experimental de Ocio y Cultura*	*1.- UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)*
2007/2008 y 2008/2009 prorrogado a 2009/2010 y 2010/2011	*21/2007*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	*1.-UTE **Mundosenior** (VIAJES MARSANS, S.A., VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)* *2.-M.A.S. ALTERNATIVAS SOCIALES*

2011/2012, 2012/2013 prorrogado 2013/2014	*416/2011*	*P. de Vacaciones para Mayores y Mantenimiento del empleo en zonas turísticas*	***1- UTE Mundosenior[19]*** *(VIAJES IBERIA, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.A. Y VIAJES HALCÓN, S.A.)* *2.-VIAJES ZOETROPE*
2015/2016 y 2016/2017 prorrogado a 2017/2018 y 2018/2019	*745/2014*		*1.-UTE* ***Mundosenior (VIAJES BARCELÓ, S.L.U. - VIAJES HALCÓN, S.A.U.)*** ***2.*** *UTE* ***MUNDIPLAN*** (GOWAII VACATION HOLDING, S.L. - INTEGRACIÓN AGENCIAS DE VIAJES, S.A. - IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A. OPERADORA SOCIEDAD UNIPERSONAL - NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U.)

Fuente: Elaboración propia a partir de la información publicada en la Resolución CNMC (Expte. SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES) y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Se observa que la **UTE Mundosenior[20] ha resultado adjudicataria del contrato de manera sucesiva** y **que se ha experimentado poca o nula concurrencia en los distintos procesos**. Solo en tres ocasiones se presentaron VIAJES ZOETROPE (2003 y 2011) y MAS ALTERNATIVAS SOCIALES (2007) sin que ninguna de ellas resultara adjudicataria de los respectivos concursos. Solamente en 2014 (el contrato vigente Expediente: 745/2014), otra UTE, MUNDIPLAN, ha resultado adjudicataria de un lote (2) del contrato.

Interesa resaltar que esta última licitación no ha estado exenta de litigiosidad a partir del acuerdo de adjudicación de fecha 21 de julio de 2015 por parte del IMSERSO de los 3 lotes a favor de la UTE Mundosenior. El primer recurso fue interpuesto por otra licitadora en el proceso, Mundiplan[21], ante el Tribunal Administración Central de Recursos Contractuales (TACRC)[22] centrando su denuncia en la interpretación de los criterios de adjudicación, lo que derivó en la anulación de aquel acto de

[19] Debe tenerse en cuenta que la empresa VIAJES MARSANS, entró en concurso de acreedores el 25 de junio de 2010, lo que supuso su salida de la UTE Mundosenior y el mantenimiento de la misma por los otros tres socios a partes iguales. Igualmente, Viajes Iberia se disolvió después de adjudicado el concurso a la UTE en la que participaba.

[20] Con anterioridad a 1998, también las integrantes de dicha UTE resultaron adjudicatarias de los distintos lotes en los que se dividía el contrato.

[21] Formada por GOWAII VACATION HOLDING, S.L. - INTEGRACIÓN AGENCIAS DE VIAJES, S.A. – IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A. OPERADORA SOCIEDAD UNIPERSONAL - NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U.

[22] Resolucion de 11 de septiembre de 2015 por la cual se estima parcialmente el recurso interpuesto por la UTE Mundiplan contra el acto de adjudicación de 21 de julio de 2015 a favor de Mundosenior.

adjudicación[23] y la obligación del órgano de contratación de retrotraerse a la fase de valoración de las ofertas y, en consecuencia, proceder a adjudicar de nuevo el contrato.Con fecha 7 de octubre de 2015[24] el órgano de contratación acordó la adjudicación (formalizada el 25 de noviembre de 2011), resultando finalmente adjudicatarios[25] Mundiplan (lote 2) y Mundosenior (lotes 1 y 3).

En definitiva, se recomienda al órgano de contratación que analice en profundidad la ejecución del contrato vigente al ser la primera vez en la que han resultado varias adjudicatarias del mismo, comparándolo con los resultados obtenidos en las licitaciones anteriores.

III.1.2 Análisis de los de servicios licitados: desagregación en lotes diferentes

El diseño de la licitación resulta de capital importancia para maximizar la eficiencia vía fomento de la concurrencia. En este sentido, debe analizarse el diseño de los lotes en los que se divide el objeto del contrato con el objetivo de asegurar la presencia del mayor número posible de oferentes en el procedimiento de adjudicación del Programa, en sintonía con la nueva regla pro división en lotes del artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante).

Para un adecuado diseño resulta esencial analizar con carácter previo y de manera rigurosa las necesidades a cubrir (demanda del servicio) y la oferta disponible (el mercado). Ni en los pliegos ni en la memoria[26] que los acompaña se hace referencia a un análisis de mercado con carácter previo a la redacción de los pliegos, que siempre es necesario para fundamentar correctamente las decisiones tomadas.

[23] El TACRC consideró que determinados criterios eran evaluables mediante fórmulas y, en consecuencia, en su valoración no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, y que la mesa de contratación debió limitarse a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.

[24] Esta adjudicación fue igualmente objeto de recurso por Mundiplan ante el TACRC, quien con fecha 3 de noviembre de 2015 lo desestimó. Esta resolucion del TACRC tambien ha sido recurrida ante la AN por Mundiplan (SAN 10 de octubre de 2018 declara inadmisible el recurso) y por Mundosenior (SAN de 4 de julio de 2018 (desestimatoria).

[25] Estas actuaciones han sido igualmente recurridas ante la Audiencia Nacional a través de diversos recursos que no han prosperado (Sentencias de 5 de abril de 2017 (recurso de Muniplan) y de 24 de mayo de 2017 (recurso de Mundosenior)) y en casación por parte de Mundosenior.

[26] En la memoria se alude a que la ejecución del Programa a través de empresas mayoristas de viajes se realiza para resolver los inconvenientes de una gestión separada de los distintos servicios que ofrece el Programa (agencias de viajes, hoteles, transportes, etc.), opción que se ha demostrado eficaz.

Tal y como se ha expuesto se echa en falta una mayor labor de estudio por parte del órgano de contratación, no solo de la experiencia de las licitaciones previas –por lo menos las más recientes- sino también un análisis prospectivo de la nueva convocatoria del concurso. Esta CNMC viene recomendando[27] adoptar medidas que lleven a una mayor disponibilidad de información sobre las licitaciones pasadas y las proyectadas para el futuro, lo que resulta fundamental para aumentar la eficiencia, la participación de licitadores y minimizar riesgos de colusión.

En este sentido, el análisis de mercado no tiene por qué reducirse a los viajes realizados en el marco del Programa IMSERSO, sino que debe realizarse para todo el mercado en su conjunto de manera que englobe la oferta de viajes para la tercera edad que no se acoja al Programa.

En los pliegos se hace referencia a *estudios y prospecciones sobre los precios de mercado para la realización de este tipo de programas y sobre los costes de las plazas en la temporada del Programa vigente, para la determinación de los precios unitarios que se tienen en cuenta en esta convocatoria*. Por tanto, se deduce de tal afirmación que se han tenido en cuenta no solo los demandados por el IMSERSO sino otros similares al Programa, exclusivamente para la determinación de los costes y precios unitarios. Sin embargo, se sugiere que ese tipo de estudios sean aportados en el expediente remitido a esta Comisión para informe.

En esta línea, la CNMC viene recordando que por el **análisis de la oferta** debe entenderse, entre otros aspectos, la estructura del sector o sectores implicados en cuanto a tamaño (facturación, empleados), indicadores económicos financieros, evolución de precios, grado de concentración, tensión competitiva y variables en las que compiten los operadores (por ejemplo, en precios o en diferenciación de productos, tamaño de empresas y nuevos entrantes, demografía empresarial (salida y entrada de empresas), segmentación y especialización de los agentes, intensidad de innovación tecnológica, o el marco regulatorio principal que lo condiciona, si procede, entre otros aspectos. Todo ello referido a la situación actual, evolución en los últimos años y perspectivas futuras.

Del estudio de la ejecución de los contratos pasados (como se ha expuesto con anterioridad, no hay acceso a los mismos públicamente, pero en la poca información disponible se constata un bajo nivel de concurrencia) se puede extraer información valiosa sobre el número de licitadores y adjudicatarios en cada lote, valor económico, descuentos o bajas (respecto de los precios unitarios), entre otros aspectos.

Por el lado del **análisis de la demanda**, el IMSERSO, como responsable del Programa, debería analizar, por un lado, la ejecución de los últimos concursos

[27] Por, ejemplo, INF/CNMC/133/18 sobre el Acuerdo Marco para el suministro de servidores, sistemas de almacenamiento y software de infraestructura.

hasta la actualidad y, por otro, estimar las necesidades futuras con una visión estratégica y no una mera extrapolación de la demanda de los distintos viajes pasados. En esta tarea, resulta importante tener en cuenta las encuestas realizadas a los usuarios del Programa sobre el desarrollo del mismo que se mencionan en la memoria y en el PPT, así como la información sobre la gestión de la calidad impuesta a cada adjudicataria y los servicios de inspección del IMSERSO. Igualmente, hay que tener en cuenta que por el hecho de haberse ejecutado el contrato con el mismo adjudicatario (UTE Mundosenior) desde 1998, tanto la Administración convocante como los usuarios del Programa se ven privados de valorar otras alternativas a la prestación de estos servicios de viajes.

Se recuerda que este tipo de análisis previo al diseño de los concursos puede articularse tanto internamente por el órgano contratante, como a través de estudios de mercado o consultas a los operadores económicos a través de las *consultas preliminares de mercado* (reguladas por primera vez en la Directiva 2014/24/UE art. 40 y ya recogidas en el artículo 115 de la LCSP), siempre con las debidas precauciones o cautelas para evitar restringir, eliminar o falsear la competencia en el posterior proceso de licitación[28].

Derivado de lo anterior, cabe concluir que la memoria justificativa que acompaña a los pliegos no contiene un análisis de mercado que analice los parámetros señalados. Con la idea de que sirva de referencia, simplemente utilizando los datos del sector publicados en fuentes oficiales (INE), y más en concreto dentro de la categoría CNAE sobre agencias de viaje (**79 Actividades de agencias de viajes, operadores turísticos, servicios de reservas y actividades relacionadas con los mismos),** se observa que existe un número más que relevante de operadores que por razones desconocidas no se está presentando a las licitaciones.[29]

Tabla 1. Número de empresas y cifra de negocios CNAE 79

[28] Para más información véase el apartado sobre consultas preliminares de mercado y las cautelas recomendadas por la CNMC en su celebracion recogidas en el IPN/CNMC/10/15 APL Contratos del Sector Público.

[29] Esta división comprende la actividad de las agencias cuya dedicación principal es vender servicios de viajes, recorridos turísticos, transporte y alojamiento al público en general y a clientes comerciales, así como la actividad de planificación y organización de recorridos turísticos cuya venta se realiza a través de agencias de viaje o directamente por los agentes, como los operadores turísticos; y otros servicios relacionados con los viajes, incluidos los servicios de reserva. Comprende también las actividades de los guías turísticos y las actividades de promoción del turismo.

79 Actividades de agencias de viajes, operadores turísticos, servicios de reservas y actividades relacionadas con los mismos						
Nº de empleados	Número de empresas		Cifra de negocios (miles de euros)		Cifra de negocios por empresa	
	2017	2016	2017	2016	2017	2016
De 0 a 1	9.827	8.416	1.238.754	2.689.368	126.056,17 €	319.554,18 €
De 2 a 9	4.148	3.953	2.455.696	2.379.996	592.019,29 €	602.073,36 €
De 10 a 19	258	304	1.518.765	1.258.672	5.886.686,05 €	4.140.368,42 €
De 20 a 49	158	153	1.251.094	2.469.962	7.918.316,46 €	16.143.542,48 €
De 50 a 249	87	85	8.906.736	5.581.357	102.376.275,86 €	65.663.023,53 €
De 250 >	23	21	6.411.894	5.754.892	278.778.000,00 €	274.042.476,19 €
Total	**14.501**	**12.932**	**21.782.939**	**20.134.247**	**1.502.168,06 €**	**1.556.932,18 €**

Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE (Estadística estructural de empresas: sector servicios).

Cabe por ello pensar que con un diseño diferente del contrato se pueden generar mayores cotas de concurrencia que a su vez dinamicen la competencia y la eficiencia. En este sentido, parece razonable plantearse la **configuración de los lotes**. Actualmente el contrato se divide en función del destino, aunque se observa que el lote tres mezcla destino de interior con otro parámetro aparentemente distinto, los beneficiarios que procedan de otros países de Europa, quienes pueden optar por cualquier destino (peninsular, insular o de interior)[30]:

- lote 1: turismo zona de costa peninsular (zonas costeras de Andalucía, Murcia, Cataluña y Valencia);
- lote 2: zona de costa insular, es decir, Baleares y Canarias; y
- lote 3: turismo de interior y procedencia europea que incluye circuitos culturales, turismo de naturaleza, viajes a capitales de provincia (media pensión) y viajes a Ceuta y Melilla.

Esta Comisión considera que sería conveniente un replanteamiento de la **distribución por destinos** (la configuración del lote tres de manera particular), por las siguientes razones:

En primer lugar, porque **ha quedado demostrado que no garantiza una mínima concurrencia a pesar de existir oferentes potencialmente capacitados.** En la memoria se justifica la ejecución del Programa *a través de empresas mayoristas de viajes, para resolver los inconvenientes que una gestión separada de los distintos servicios que ofrece el Programa (agencias de viajes, hoteles, transportes, etc.),*

[30] Según el PPT, se consideran "viajes con procedencia europea" los que realicen los españoles residentes en determinados países europeos, con salida desde los mismos y destinos a turismo de zona de costa insular y peninsular y turismo de interior.

opción que se ha demostrado eficaz, pero no se aporta mayor fundamentación al respecto[31].

En segundo lugar, **porque cada servicio licitado en los Pliegos** -comercialización, alojamiento y pensión, transporte, animación socio-cultural, asistencia sanitaria complementaria y seguro- **puede ser considerado como una actividad económica independiente**, existiendo oferta suficiente en cada una de ellas para garantizar la concurrencia por cada lote/servicio.

En tercer lugar, en caso de demostrarse que la gestión centralizada es la más eficiente, otra opción podría ser dividir el objeto del contrato en más lotes ya sea en función del destino (Comunidades Autónomas de destino) o por tipo de viaje (por ejemplo, por tipo de estancias) o por el origen, es decir, por turnos ya que estos agrupan a los usuarios con el mismo origen, destino, modalidad, fecha de inicio y fin de actividad desarrollada.

No obstante, podría plantearse igualmente, en función del examen de eficiencias a realizar, agrupar algunos servicios que generen economías de escala, como podría ser el supuesto de agrupar los servicios de comercialización, alojamiento y transporte, y separar de manera individualizada los servicios de asistencia sanitaria, seguros y animación.

Finalmente, debería prestarse atención a la identificación del objeto del contrato con el CPV[32] correspondiente. Indicar correctamente el CPV resulta fundamental para dar pleno cumplimiento al principio de publicidad consagrado en la LCSP.

Si se opta por mantener el contrato de gestión centralizada por ser la opción más eficiente y que genera competencia, el CPV debe representar dicha circunstancia por lo que parece razonable el propuesto en los pliegos - 63500000-4 Servicios de agencia de viajes, operadores turísticos y asistencia al turista- a diferencia del señalado en el anuncio previo que se limitaba a agencias viajes combinados.[33] De esta forma, como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 mayo 2017 (fundamento de derecho 11)[34] a la hora de medir la capacidad de las

[32] El CPV corresponde a las siglas en inglés de vocabulario común de contratación y es el un sistema de categorizar todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública en la UE.

[33] El CPV 63500000-4 Servicios de agencia de viajes, operadores turísticos y asistencia al turista, a su vez se deglosa en 63510000-7 Servicios de agencias de viajes y servicios similares, 63511000-4 Organización de viajes combinados; 63512000-1 Servicios de venta de billetes y de viajes combinados ; 63513000-8 Servicios de información turística; 63514000-5 Servicios de guías de turismo; 63515000-2 Servicios de viajes; 63516000-9 Servicios de gestión de viajes; 63520000-0 Servicios de compañía de transporte.

[34] En el recurso de Mundosenior se alegó que Mundiplan no podía ser adjudicataria del contrato por falta de capacidad ya que: no existía relación entre el objeto social de dos de sus miembros (IBERIA LAE y NEX) y la prestación objeto del contrato, la falta de habilitación empresarial y aplicación de la

potenciales adjudicatarias habrá que estar a su objeto social y su vinculación con el objeto del contrato[35].

III.1.3 Precedentes sancionadores e instrumentos de política de competencia

Cabe recordar que el comportamiento de las empresas licitadoras en los concursos convocados por el IMSERSO ha sido objeto de investigación, sanción y seguimiento por parte de la Autoridad de Competencia.

En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en su Resolución de 25 de octubre de 2000[36] sancionó a las cuatro principales empresas del sector por **repartirse los concursos públicos para los servicios de viajes en el marco de programas sociales para la tercera edad** (como el analizado en el presente informe) bajo la figura de una Agrupación de Interés Económico (AIE), creada expresamente para la consecución de tal fin ilícito. El TDC declaró, por tanto, que esas empresas (Halcón Viajes, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans, y la AIE formada por ellas, Mundosocial[37] habían cometido una infracción muy grave del art. 1 de la LDC[38].

prohibición de contratar por no estar dada de alta en el epígrafe del IAE correspondiente al objeto del contrato (755 "agencias de viajes").

[35] De conformidad con el artículo 66 de la LCSP: Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

[36] Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99 Agencias de Viajes. En su dispositivo tercero el TDC instó a las empresas sancionadas para que cesaran de inmediato en la realización de las conductas declaradas prohibidas y en lo sucesivo se abstuvieran de adoptarlas y pactarlas de nuevo.

[37] Las sanciones individualizadas fueron: 829.396 euros a Halcón Viajes, 829.396 euros a Viajes Barceló, 1,23 millones de euros a Viajes Iberia y 721.214 euros a Viajes Marsans; además de una sanción de 901.518 euros a la Agrupación de Interés Económico Mundosocial. Todas las infracciones declaradas fueron confirmadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en la revisión judicial del procedimiento. Como afirmó el Tribunal Supremo en sus ssentencias de 14 de febrero de 2006 (Viajes Barceló y Halcón Viajes, respectivamente): *"Lo que ha sido sancionado por contrario a (…) la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante".* Las empresas sancionadas abonaron las multas entre los años 2006 y 2009.

[38] Las cuatro empresas competidoras se presentaron desde el año 1998 con ofertas idénticas a los concursos públicos de viajes del IMSERSO y acordaron la ejecución conjunta del mismo cualquiera que fuera el resultado de la licitación a través de la AIE Mundosocial, creada e integrada por Halcón Viajes, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans. El TDC en su Resolucion de 25 de octubre de 2000 afrimó que: "*Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir a través de Mundosocial AIE, como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia. En Mundosocial AIE se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el art. 1 de la LDC*."

Esta Resolución del TDC, fue objeto de vigilancia por parte de la CNMC, y una vez instruido el expediente correspondiente[39], volvió a multar en 2016 a Halcón Viajes y a Viajes Barceló al constatarse que la conducta sancionada y los efectos anticompetitivos de la misma continuaban produciéndose en los concursos de viajes del IMSERSO. Se pudo constatar que entre las temporadas 1995/96 y 1997/98 se presentaron al concurso de viajes del IMSERSO las cuatro agencias de viajes sancionadas con ofertas idénticas (Halcón Viajes, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans) y a partir de la temporada 1998/99, estas cuatro agencias formaron una UTE, ligada y asociada a Mundosocial, que resultó ser la única licitadora al concurso público a partir de ese año salvo en tres ejercicios. Con posterioridad, la UTE fue perdiendo miembros[40], manteniéndose exclusivamente la participan conjunta de Viajes Barceló (Grupo Barceló) y Halcón Viajes (Grupo Globalia) y hasta la temporada 2014/2015, esta UTE fue la adjudicataria de todos los concursos convocados.

La CNMC consideró que, analizadas las características de los contratos y la estructura, volumen de negocios y propia actuación de las empresas sancionadas previamente, no existían razones económico-financieras, tecnológicas, o de falta de capacidad para atender en plazo a las demandas del IMSERSO, por lo que el uso continuado de la UTE no ha quedado justificado y se considera que se utilizó esa figura jurídica con fines ilícitos anticompetitivos.

Con independencia del control de legalidad de los tribunales de dichas resoluciones[41], esta CNMC considera que debe **aumentar la sensibilidad de las Administraciones implicadas a la hora de detectar posibles comportamientos anticompetitivos y ponerlos en conocimiento de esta Comisión. Un buen ejemplo de ello es la redacción del actual artículo 69.2[42] de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público.**

[39]Concretamente, mediante Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 (Expte. SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES) se declaró acreditado el incumpliendo de lo dispuesto en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99 Agencias de Viaje) de acuerdo con el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyas consecuencias sancionadoras resultaron en una sanción de 1.218.924 euros a Viajes Halcón, S.A.U. y de 619.500 euros a Viajes Barceló, S.L.

[40] En 2010, Viajes Marsans entró en concurso de acreedores y, en 2013, lo hizo Viajes Iberia.

[41] La Resolución de 29 de septiembre de 2016 (Expte. SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES) sancionadora ha sido anulada por la Audiencia Nacional, en sus Sentencias de 18 y 30 de julio de 2018, por considerar que el comportamiento sancionado por la CNMC en el marco de un expediente de vigilancia, es distinto al acreditado como infracción en la Resolución del TDC, de ahí que no pudiera declararse y sancionarse el incumplimiento de lo dispuesto en una Resolución previa (TDC) *ex* art. 62.4c) de la LDC. Por tanto, la anulación se formula en atención al procedimiento sancionador seguido, es decir, una resolución de incumplimiento recaida sobre un expediente de vigilancia sobre una conducta sancionada previamente (art. 64.2 LDC), y no entra a valorar la doctrina sobre la adecuación de la formación de UTE en concursos públicos a luz del art. 1 de la LDC aplicada por la autoridad de competencia.

[42] «Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la

Se recuerda además que la LCSP contempla en su artículo 71.1.b[43] un supuesto de **prohibición de contratar por falseamiento de la competencia**. Este supuesto de prohibición se activa una vez haya recaído sobre el potencial licitador una sanción con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia (artículo 72.2 LCSP)[44].

Finalmente, a efectos meramente informativos, cabe señalar que el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, ha instaurado **nuevo régimen de reclamación de daños por ilícitos de competencia**. De esta forma se facilita que los perjudicados por una infracción de la LDC, en este caso la Administración convocante de los concursos que han resultado manipulados ilícitamente por las empresas licitadoras, puedan reclamar por los daños y perjuicios causados que, en este caso, estarían relacionados con la gestión eficiente de los fondos públicos.

III.2 Observaciones particulares

III.2.1 Determinación y metodología del presupuesto base de licitación

El sistema de determinación del presupuesto es por precio unitario, correspondiente a cada tipo de plaza, y según los pliegos, incluyen en cada plaza los gastos que suponen los medios personales y materiales y el beneficio de la empresa. El presupuesto base de licitación, por tanto, recoge los precios unitarios que serían

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos».

[43] A tenor literal, el art. 71.1: *No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: (..) b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, (…).*

[43] A tenor literal, el art. 71.1: *No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: (..) b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, (…).*

[44] La CNMC ha publicado muy recientemente la sanción a 15 empresas y 14 directivos por repartirse de manera ilícita los concursos públicos convocados por ADIF relacionados con infraestructuras ferroviarias (sistemas de electrificación y electromecánica) para las líneas de tren convencional y alta velocidad. Por esta razón, se les impone en su conjunto una sanción de 118 millones de euros y a los directivos responsables de tales conductas una sanción en conjunto de 666.000 euros. Además, por primera vez, la CNMC activa el procedimiento para la prohibición de contratar con la Administración por lo que remite la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. (**S/DC/0598/2016**).

financiados por el IMSERSO (anexo 1A del PCAP). Si bien en la memoria se señala que los precios máximos por plaza se han calculado tras realizar *diferentes estudios y prospecciones sobre los precios de mercado para la realización de este tipo de programas y los costes de las plazas en la temporada del Programa vigente,* se desconocen tanto la metodología seguida como los programas similares a los que se ha acudido para comparar precios.

Por otro lado, a la hora de desglosar los costes se especifican los directos (conceptos de alojamiento, comercialización y transporte) pero no los indirectos, por lo que se desconoce a qué responden estos últimos, aunque se podría inferir que pueden ser servicios como los de asistencia sanitaria, seguros y animación; no obstante, se podrían referir a otros.

Además, en el modelo de proposición económica (anexo 4B del PCAP) en el que las licitadoras tendrán que presentar su oferta económica en atención a los precios unitarios a financiar por el IMSERSO, se observa que se diferencian para cada tipo de viaje plazas de subvención ordinaria y plazas con incremento de subvención. Este hecho no se pone de manifiesto en el desglose del presupuesto base de licitación.

Igualmente, se desconoce el criterio utilizado por el IMSERSO para determinar el peso de su aportación a cada plaza. En el PPT se refiere a una aportación que oscila entre el 15-30% del coste del servicio según los tipos de temporada y turnos. Se observa que la convocatoria proyectada no se ha diferenciado por temporadas como en la vigente, por lo que se requiere mayor justificación del criterio de reparto. En cuanto a la aportación de los usuarios del Programa (anexo 7 del PCAP), varía en función de la estancia, modalidad, zona de destino y duración de los turnos, observándose que son cuantías más elevadas que las vigentes (para temporada alta), sin que tampoco se haya motivado esta circunstancia.

Por otra parte, se recomienda estimar tanto el valor del contrato como el presupuesto base de licitación en función del análisis previo de las necesidades a satisfacer, análisis del mercado y de los servicios y restantes aspectos integrantes de una verdadera compra estratégica, en línea con los comentarios de apartados anteriores.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados[45]. Especialmente en

[45] Se introduce el concepto de servicios de viaje vinculados, en los que el papel que desempeñan los empresarios consiste en facilitar a los viajeros, de manera presencial o en línea, la contratación de servicios de viaje, llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores, inclusive mediante procesos de reserva conectados. Dichos servicios constituyen un modelo empresarial alternativo a los viajes combinados. Por otro lado, se establece que los organizadores y minoristas tendrán que constituir una garantía para responder con carácter general del incumplimiento de las obligaciones

lo que se refiere a los servicios que deben prestar los operadores de viajes, así como a los seguros contemplados, debe asegurarse que no se someten a valoración circunstancias ya contempladas para los propios operadores como obligatorias.

III.2.2 Requisitos de solvencia

Para acreditar la **solvencia económica y financiera** se requiere contar con un volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles (según las fechas de constitución o de inicio de actividades), en función de cada lote, por importe igual o superior a: lote 1. 272.652.330,41 euros; lote 2. 197.410.359,92 euros y lote 3: 72.829.027,99 euros.

No se ofrece justificación sobre las cantidades exigidas, pero se observa que coinciden con el importe de licitación (es decir, valor estimado sin impuestos, sin prorrogas ni modificaciones), por ello, nos remitimos en primer lugar a lo señalado sobre la falta de información sobre la metodología de cálculo de esas cantidades.

En segundo lugar, para poder valorar la proporcionalidad de dichos umbrales, hay que acudir al valor estimado del contrato[46] (1.196.884.506,33 euros), el cual en este caso, no solo tiene en consideración la aportación del IMSERSO (242.508.109,08 euros) sino también la de los usuarios (954.376.397, 25 euros), de forma que se alcanzan cifras muy elevadas de valor estimado por lote (Lote 1: 601.138.811,56 euros; lote 2: 435.165.929,57 euros y lote 3: 160.579.765,18 euros). Se observa que, si se tuviera en cuenta exclusivamente en el valor estimado la aportación del IMSERSO (lote 1: 116.529.737,54 euros; lote 2: 87.310.654,55 euros y lote 3: 38.667.717 euros), que es en realidad el presupuesto que debe ser objeto de oferta económica por las licitadoras, dicha proporcionalidad se vería cuestionada.

Por otro lado, atendiendo al análisis de mercado (datos INE expuestos anteriormente) se observa que para empresas de 250 empleados o más la cifra de negocios media en 2017 fue 278.778.000 euros para 23 empresas y en 2016 de 274.042.476,19 euros para 21 empresas, por tanto, superando los umbrales propuestos. Sin embargo, para empresas de menor tamaño dichos umbrales de solvencia no podrían ser alcanzados (así, por ejemplo, en las empresas de 50 a 249 empleados, la cifra media negocios en 2017, de 87 empresas, fue de 102.376.275,86 euros y en 2016 para 85 empresas fue de 65.663.023,53 euros).

derivadas de la prestación de sus servicios y, especialmente, para el reembolso de los pagos anticipados y la repatriación de los viajeros en caso de que se produzca su insolvencia. Corresponde a las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas concretar la forma que ha de revestir esta garantía.

[46] Art. 87 LCSP: *El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de los servicios*.

En atención a los datos de mercado y la entidad del contrato, se propone fijar unos umbrales de solvencia económica que garanticen la mayor concurrencia posible en la licitación sin perder de vista que se debe contar con salud financiera para la correcta ejecución del Programa.

Por otro lado, sin perjuicio de que se trate de uno de los medios legalmente establecidos, la CNMC viene cuestionando la idoneidad del volumen de negocios *per se,* como único parámetro para evaluar la solvencia económica y financiera. Este es un indicador del tamaño de la empresa más que de su salud financiera, que resultaría mejor acreditada, probablemente, con indicadores financieros como patrimonio neto, ratio de solvencia o apalancamiento financiero, plazos medios de pago de sus obligaciones, etc. En este sentido, los otros criterios del artículo 87 LCSP (patrimonio neto y, en su caso, plazo medio de pago a proveedores) parecen estar más en esa línea, por lo que se aconseja un replanteamiento, dentro de las opciones que permite la Ley.

En cuanto a la solvencia técnica-profesional, se mide en atención a unos umbrales económicos por lote (Lote 1: 52.968.062,52 euros; Lote 2: 39.686.661,16 euros y Lote 3: 17.576.235,00 euros.), los cuales tampoco han sido motivados por el órgano de contratación. No obstante, se observa que dichas cifras coinciden con el presupuesto base de licitación sin impuestos, es decir, la aportación del IMSERSO por plaza (coste unitario).

De nuevo, atendiendo a los datos oficiales del sector (INE), se puede constatar que solo empresas de gran tamaño superarían los citados umbrales. Así, por ejemplo, para empresas de entre 20 y 49 empleados, cuya cifra media de negocios en 2017 fue de 7.918.316 euros y en 2016 de 16.143.542 euros, aquellos umbrales actuarían como barrera de entrada para ser eventuales licitadores (158 empresas se quedarían fuera en 2017).

Además, la CNMC viene recomendando que la solvencia técnica no incluya criterios económicos, porque de ese modo se produce un solapamiento entre ambos tipos de solvencia (técnica o profesional y económica y financiera), falseando la forma de acreditar la capacidad de las empresas.

Por otro lado, cabe señalar que los pliegos exigen que las licitadoras dispongan de las correspondientes **autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales** necesarias conforme a la normativa vigente. En primer lugar, debe considerarse que en el contrato vigente no se exige habilitación empresarial para realizar la prestación objeto del contrato. De hecho, tal y como se reconoce en la Sentencia de la AN de 24 de mayo de 2017 (FD 11º), el hecho de que los miembros de una UTE tuvieran objetos sociales distintos pero que se ajustaban a las prestaciones demandadas en el contrato, que cada una estuviera inscrita en su IAE correspondiente y que no se requiriese habilitación empresarial alguna, facilitó que se presentaran otras UTES al concurso con capacidad para resultar adjudicatarias.

Por tanto, se considera necesario justificar esta exigencia en los pliegos y, en caso de mantenerse, se recomienda especificar qué habilitación es la requerida al ser un contrato que engloba distintos servicios[47].

Adicionalmente, en el concurso que nos ocupa, debe prestarse **especial atención a la posibilidad de presentación de empresas en forma de UTE al procedimiento**. El hecho de que el objeto del contrato englobe actividades económicamente independientes, ha podido favorecer tanto que solo un determinado perfil de operadores se haya presentado al concurso (touroperadores) como que, además, las distintas licitadoras hayan optado por presentarse al concurso de forma agrupada, como ha sucedido hasta la actualidad (solo dos UTE han resultado adjudicatarias desde 1999 hasta la actualidad). Ante esta posible circunstancia, cabe realizar una serie consideraciones.

El apartado 7.1 del PCAP establece que "*Los licitadores deben acreditar su personalidad jurídica y su capacidad de obrar. Cuando sean personas jurídicas deben justificar que el objeto del contrato de la entidad comprende el desarrollo de todas las actividades que constituyen el objeto del contrato al que concurren".* Y el apartado 7.2 precisa que "*Las empresas que deseen participar formando parte de una unión temporal deberán acreditar individualmente su capacidad y solvencia, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma*".

En primer lugar, se recuerda que el acuerdo para la constitución de una UTE (formada por empresarios competidores o no) no constituye un acuerdo anticompetitivo *per se*, por lo que debe analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto en el que se producen.

Es decir, la UTE es un instrumento en principio legítimo y autorizado legalmente para su uso por las empresas, salvo que encubra un acuerdo restrictivo de la competencia. Por tanto, su evaluación por la normativa de competencia debe alcanzar a su justificación objetiva. La cuestión a dilucidar es si las empresas participantes en la potencial UTE tienen capacidad suficiente para prestar el servicio y para presentarse de forma individual a la licitación o si la presentación conjunta era la única vía de participación en el concurso y, derivado de lo anterior, si la constitución de la UTE ha de considerarse como un acuerdo restrictivo de la competencia o no.

[47] El derogado Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viajes (derogado por Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio), consideraba Agencias de Viajes las empresas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/o organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos; y se les exigía, entre otras cuestiones una fianza. Actualmente, la regulación de la actividad corresponde a las CC.AA. (materia de turismo).

Debe recordarse en este punto que el artículo 69 de la LCSP, cuando existan indicios de que las UTES restrinjan injustificadamente la competencia se remite al procedimiento sumarísimo del artículo 150[48] de la propia norma, con efectos suspensivos desde su puesta en conocimiento a la autoridad de competencia[49].

A modo de resumen, estos serían los elementos más relevantes:

- La creación de una UTE no constituye *per se* un acuerdo anticompetitivo, la valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce.
- Su evaluación debe alcancar su justificación objetiva, caso por caso. Debe obedecer a una lógica empresarial y económica coherente: una necesidad objetiva de las empresas de asociarse por falta de capacidad para participar de forma individual[50].
- Debe hacerse un seguimiento a las subcontrataciones, si es que se producen, por haberse demostrado que pueden formar parte de los ilícitos de competencia realizados por una UTE.

En cualquier caso, sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración a la hora de diseñar los lotes de modo que favorezcan la competencia, ello no obsta para la exigencia de responsabilidad a las empresas por la presentación, en su caso, en UTE si es que ésta no presenta la mencionada justificación.

Por último, cabe recordar que si bien de la literalidad de los pliegos no hay obstáculo formal aparente para que las licitadoras se presenten de manera individualizada, se observa que en ocasiones se hace referencia literal a las licitadoras adjudicatarias como UTE[51]. Esta predisposición de la Administración debe ser corregida.

[48] Interesa el INF/CNMC/085/18: INFORME SOBRE EL ARTICULO 150 DE LA LEY 9/2017 DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO.
[49] Otras resoluciones de la autoridad de competencia en la que se ha debatido esta cuestión : Expte. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN, Resolución de 15 de enero de 2015 y Expte. S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, 30 de junio de 2016, Expte. S/DC/0565/15LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS, 26 de julio de 2018.
[50] El TDC, en su Resolución de 20 de enero de 2003 (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias) dejó establecido que, en la valoración del acuerdo asociativo como medio para llevar a cabo conductas anticompetitivas, deben tomarse en consideración los criterios de capacidad y autonomía de las empresas, por cuanto "*sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.*".
[51] Esto se ha constatado por ejemplo en la redacción del modelo de contrato con establecimientos hoteleros (Anexo 6B) en el que se hacen constantes referencias a "la UTE" como única empresa licitadora.

III.2.3 Criterios de adjudicación

Únicamente se contemplan criterios objetivos cuantificables mediante la aplicación de fórmulas (en el Anexo 7 del PCAP se desarrolla la puntuación de cada criterio) otorgándole 35 puntos al precio y 65 a la calidad de la oferta.

En cuanto al **criterio precio, parece una ponderación excesivamente baja**. En los pliegos se alega que los costes unitarios, que es lo que se licita en la oferta económica, se han determinado de forma ajustada a los costes reales de mercado, por lo que se considera ajustado otorgar 35 puntos al precio.

Para la valoración del criterio precio de las ofertas presentadas a cada uno de los lotes se utilizará únicamente el "Importe total IMSERSO" resultante de aplicar al número de plazas previstas para la temporada 2019/2020 los precios unitarios ofertados por los licitadores a la correspondiente modalidad, zona de destino y duración de los turnos incluidos en el respectivo lote (según el modelo que figura como Anexo 4B del PCAP).

La CNMC ha recalcado la importancia e idoneidad de que el precio, como variable económica objetiva por excelencia, sea el criterio con mayor peso relativo a la hora de evaluar las ofertas. Así se recomienda dotar de mayor peso al criterio precio ya que, asumiendo que los costes aplicados en el pliego reflejan los costes de mercado, el volumen del contrato puede permitir mayor tensión competitiva entre las ofertas.

Adicionalmente, dado que se prevé que la baja en el precio pueda ser utilizada por el IMSERSO para financiar un incremento de plazas en el lote correspondiente, se considera necesario clarificar en qué supuestos podrá producirse tal incremento del número de plazas.

Por otro lado, en cuanto a los criterios objetivos planteados para la **evaluación de las ofertas anormalmente bajas**, se recomienda flexibilizar los umbrales escogidos de manera que permitan mayor recorrido en las ofertas económicas[52].

En cuanto la valoración de la **calidad de la oferta** (65 puntos) cabe realizar las siguientes consideraciones:

- **Oferta hotelera (35 puntos):**
  - Solo se consideran admisibles los alojamientos hoteleros sin que se justifique por qué no pueden ser alojamientos de otro tipo (por ejemplo, hostales) o de categoría inferior a tres estrellas (cuando en

[52] Si bien de acuerdo con art. 149 LCSP no son aplicables los criterios del Reglamento, lo cierto es que los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas detallados en el mismo art 85 Reglamento son menos exigentes.

ediciones como la actual sí se preveía la posibilidad de hoteles de 2 estrellas). Ya que a la categoría de los hoteles se le otorga un peso considerable (22 puntos) debería permitirse la posibilidad de presentar distintos tipos de alojamiento con calidad asimilable.

— En cuanto a la accesibilidad tanto de las instalaciones (3 puntos) como de las habitaciones (3 puntos), en el anexo 7 donde se describe cada criterio se denominan *Número de plazas en hoteles accesibles y Accesibilidad de las plazas de los establecimientos hoteleros*. Para evitar confusión se sugiere utilizar la misma denominación. Mientras el primero valora que el establecimiento hotelero cuente con instalaciones comunes accesibles (con certificados homologados de accesibilidad o justificación de las condiciones de accesibilidad de las instalaciones y servicios) y se computará por el número de plazas que tenga dicho hotel, el segundo hace referencia a las plazas hoteleras accesibles para personas con discapacidad.

Se considera que debido al colectivo que se va a beneficiar del Programa y la importancia de contar con instalaciones en general que cumplan con la normativa de accesibilidad y que permitan alojar a personas con discapacidad, podría ponderarse adicionalmente este criterio o, al igual que con la accesibilidad de los autobuses o de la web de comercialización de las plazas, determinarse como condición especial de ejecución. Ya se exige en el PPT a los hoteles de zonas costeras y de interior contar con accesibilidad en zonas comunes, por lo que podrían detallarse en mayor medida los requisitos mínimos de accesibilidad que se consideren necesarios para una adecuada prestación del servicio.

- **Comercialización de las plazas (6 puntos)**
  — Sobre la comercialización de internet accesible “AAA”, teniendo en cuenta que se exige como mínimo (como condición especial de ejecución) la calificación “AA”, se sugiere permitir que se presenten certificados de accesibilidad equivalentes.

- **Oferta de transporte (22 puntos)**

Se considera que debería tenerse igualmente en cuenta el transporte marítimo, que aparentemente está excluido. III.2.4 Condiciones especiales de ejecución

Se prevén tres condiciones tal y como se ha expuesto en el resumen del contenido, una relativa al mantenimiento o generación de empleo y dos sobre accesibilidad de los autobuses y las páginas web de comercialización de los viajes.

El artículo 1.3 de la LCSP señala que: "*se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos […]*". A su vez, el artículo 202 LCSP prevé la posibilidad de establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Si bien tanto las medidas de accesibilidad como el mantenimiento o generación del empleo *a priori* guardan relación con el objeto del Programa, debe reforzarse su vinculación con el objeto del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 de la LCSP, a fin de que quede probada su necesidad, así como la efectividad de la medida en relación con los objetivos que pretende conseguir, los cuales han de quedar claramente identificados *ex ante*, y en especial, en qué medida dichos criterios proporcionan una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Además, en relación con la medida sobre el empleo se considera que debería evaluarse el impacto que puede generar en las potenciales licitadoras y especificarse su control del cumplimiento ya que la condición, aunque se impone a las licitadoras, su ejecución corresponde a los centros hoteleros.

Por último, se considera muy relevante que se garantice debidamente la no exclusividad de las agencias de viajes con los potenciales licitadores y esta quede reflejada con la debida claridad en los pre contratos o contratos definitivos, por cuanto es una variable competitiva esencial para permitir el libre juego de las ofertas.

III.2.5 Otras cuestiones

A continuación, se enumeran una serie de cuestiones susceptibles de mejora o aclaración en los pliegos:

- No se contempla penalidad por infracción muy grave (anexo 1.c del PCAP)
- En el PPT se hacen constantes remisiones a sus anexos, pero los mismos no constan (no han sido remitidos).
- En los requisitos técnicos mínimos (PPT) y en la documentación necesaria para acreditarlos (anexo 6A y 6B), se contienen algunas imprecisiones, como la referida a la idoneidad de las instalaciones[53]. Seña el PPT: "*Las empresas licitadoras deberán presentar documentación pormenorizada de todos los*

[53] Se recuerda que esta cuestión fue objeto de recurso en el contrato vigente (RTACRC de 11 de septiembre de 2015).

elementos necesarios para juzgar la idoneidad de las instalaciones y servicios de los establecimientos hoteleros ofertados para cada temporada y si se trata de establecimientos de actividad *permanente o no permanente".*

Ese criterio de idoneidad debería quedar previsto con claridad en los pliegos para evitar que el órgano de contratación tenga que hacer un juicio de valor técnico sobre el mismo, que puede derivar en la exclusión del determinado hotel *("Con anterioridad al inicio del Programa, los alojamientos turísticos ofertados deberán ser autorizados por el Imserso, pudiendo excluir a los que no respondan a las exigencias del mismo").* En cualquier caso, debe atenderse a que hoy en día existen alternativas para valorar la calidad o idoneidad de los establecimientos hoteleros (por ejemplo, puntuaciones de los usuarios por internet) que podrían ser utilizadas. Igualmente, se recomienda mayor precisión en relación con otras prescripciones de los establecimientos hoteleros como, por ejemplo, disponer de: *"Espacios suficientes para la realización de las actividades culturales y recreativas." "El menú de la comida y de la cena incluirá vino de mesa de calidad media"* o disponer de sala de enfermería con determinado mobiliario, mientras que a los hoteles de las zonas de interior se les exime de la disposición de dicha sala[54].

- **Programa de animación:** se exige remitir información sobre el programa de animación socio-cultural y recreativo (lotes 1 y 2) de cada hotel y, entre otras cuestiones, se solicita la titulación de los animadores y si son o no personal del hotel. Se recomienda replantear ambas exigencias pues no parecen estrictamente necesarias para el objeto del contrato.
- **Formación.** Se exige implantar un programa de formación especializado y dirigido a los trabajadores que participen directamente en el Programa y el contenido esencial de dicho programa formativo será conocido previamente por el IMSERSO. Debería, no obstante, especificarse el programa que deberá seguirse a propuesta de los licitadores.
- **Características de los autocares.** Se prevé, entre otras cuestiones, que los autocares dispongan de "*butacas cómodas y ergonómicas".* Debería especificarse o aclararse dichas previsiones. Por otro lado, se exige que los vehículos no tengan una antigüedad superior a cinco años contados desde la fecha de primera matriculación. Se recomienda reconsiderar esta exigencia ya que, si los vehículos cumplen con la normativa técnica y de

[54] *"Sala para atención médica que deberá contar con el mobiliario indispensable para el desarrollo de una consulta médica (cama para reconocimientos, mesa con sillón y confidente, mueble estantería para material médico, etc.), dotada de un frigorífico en el que los usuarios puedan dejar las medicinas y tratamientos que precisen conservación a bajas temperatura"*. Y establece una excepción*: "Los hoteles de Turismo de Interior deberán contar con la categoría y condiciones de alojamiento descritos anteriormente, no obstante, y atendiendo a las peculiares características de estos viajes no serán exigibles las condiciones relativas a los espacios para actividades, ni la sala de enfermería".*

seguridad, imponer requisitos adicionales podría beneficiar a los operadores de mayor tamaño.

- **Se exige contar con un representante en cada hotel** (lotes 1 y 2) con objeto de que los usuarios puedan plantearle sus preguntas, dudas, quejas y sugerencias al menos, dos horas diarias, de lunes a viernes. Al mismo tiempo se exige contar con un *call-center* de atención a los usuarios. Se recomienda reconsiderar la obligación de contar con un representante físico si con las otras exigencias de información se suple el servicio de atención al usuario

III.2.6 Uso restrictivo de la prórroga

En las últimas convocatorias se observa que se ha recurrido sistemáticamente a la prórroga. Se recomienda que el recurso a las prórrogas se realice de forma restrictiva. Éstas son esencialmente anticompetitivas por cuanto demoran la licitación en concurrencia competitiva, evitando que las condiciones de ejecución del contrato se ajusten temporalmente al mercado.

III.2.7 Minimización del riesgo de comportamientos colusorios

Debe hacerse una mención especial al artículo 132.3 LCSP, que prevé la notificación de cualesquiera hechos que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia en el marco de las licitaciones públicas. Así mismo debe tenerse presente el artículo 150 LCSP en el sentido ya manifestado en apartados anteriores.

Esta previsión legal corrobora el hecho de que existe un consenso generalizado sobre la necesidad de incentivar el cumplimiento de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por parte de las empresas. A este respecto, la CNMC considera recomendable, tal y como viene reiterando a través de sus informes, la inclusión dentro de la información contenida en los pliegos de la necesidad de que éstos incorporen un inciso que mencione de manera somera la definición de qué se consideran prácticas anticompetitivas, la normativa de aplicación, así como las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento[55].

[55] En línea con la propuesta de I.7 de "Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública de 17 de julio de 2012": *"Incluir en la convocatoria de licitación un aviso sobre las sanciones que se aplican en la jurisdicción por prácticas de colusión en procesos de contratación pública, como por ejemplo multas, penas de prisión y otras sanciones en materia de derecho de competencia, suspensión de participación en licitaciones públicas durante un período de tiempo determinado, sanciones por firmar un certificado de determinación de oferta independiente falso, y responsabilidad por daños y perjuicios producidos a la autoridad adjudicadora. Las sanciones deberán garantizar una disuasión suficiente, teniendo en cuenta la política de clemencia del país, si procede*". Así se viene recomendando por esta CNMC, por ejemplo, véase, en el IPN/CNMC/010/15 informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público

Cabe en este punto recordar, y así debería incluirse en los incisos mencionados, que la sanción del falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas no solo se limita al ámbito administrativo de competencia, sino que puede constituir ilícito penal de acuerdo con el artículo 262 del Código Penal.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta el impulso que la nueva normativa de contratación pública otorga a la figura de la declaración responsable, se considera oportuna también la inclusión (al estilo propuesto por la OCDE[56]) de un modelo de declaración contemplando para esa finalidad un inciso en el que los licitadores hagan constar de manera expresa su compromiso de no participar ni haber participado en prácticas anticompetitivas en la licitación a la que optan, de nuevo remarcando las consecuencias atribuibles en caso de incumplimiento, en especial la relativa a la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La CNMC ha analizado los borradores de pliegos del concurso público para adjudicar el contrato de servicios relativo a la ejecución del Programa de viajes del IMSERSO para las temporadas 2019/2020 y 2020/2021 desde la óptica de promoción de la competencia y regulación económica eficiente. Fruto de dicho análisis, se realizan las siguientes recomendaciones para su consideración por el órgano de contratación:

- *Evaluación ex ante y ex post:* se recomienda la realización de análisis ex ante y ex post de cada licitación pública y estudios rigurosos de mercado con el objetivo de promover un diseño de las licitaciones pro competitivo que consiga la maximizar la eficiencia económica. Resulta esencial analizar las necesidades a cubrir (demanda del servicio) y la oferta disponible (el mercado).

- *Análisis de los de servicios licitados y el diseño de los lotes*: el contrato se licita de manera centralizada englobando distintos servicios (comercialización, alojamiento, transporte, asistencia sanitaria, seguros y animación socio cultural). Se ha constatado que este diseño no ha favorecido la concurrencia, por lo que se recomiendan diferentes opciones, destacando su aumento y reconfiguración en lotes por actividades diferenciadas.

o en INF/CNMC/133/18 sobre contrato centralizado del suministro de servidores y sistemas de almacenamiento. Disponible en la web de la CNMC en Recomendaciones de aprovisionamiento público.

[56] Recomendación I.6 del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública de 17 de julio de 2012: *"Exigir a todos los licitantes la firma de un certificado de determinación de oferta independiente, o una declaración equivalente, que certifique que la oferta presentada es auténtica, que no ha habido práctica de colusión y que se ha realizado con la intención de aceptar el contrato en caso de adjudicación"*.

- *Precedentes sancionadores e instrumentos de política de competencia:* debido a la existencia de precedentes con resoluciones sancionadoras por infracciones de defensa de la competencia, se recomienda especial sensibilidad en las futuras convocatorias. Igualmente, debe tenerse presente que la Ley de contratos prevé mecanismos como las prohibiciones de contratar por falseamiento de la competencia. Al mismo tiempo se recuerda la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por ilícitos de competencia por los que la Administración haya resultado afectada.

- *Determinación y metodología del presupuesto base de licitación:* se recomienda justificar la determinación de los precios unitarios que sirven para el cálculo del presupuesto de licitación y mayor justificación de los costes que lo conforman.

- *Requisitos de solvencia:* atendiendo a los datos del sector, se recomienda revisar los umbrales de solvencia económica y financiera así como la solvencia técnica y profesional para promover la mayor participación de empresas en el concurso. La presentación en UTE es perfectamente admisible si sigue ciertos parámetros de racionalidad técnica y económica. También se sugiere mayor clarificación en relación con la habilitación profesional requerida a las licitadoras.

- *Criterios de adjudicación:* se recomienda dotar de mayor peso a la variable precio y reconsiderar el peso y la determinación de otros criterios relacionadas con la calidad de la oferta. Se sugiere también que se reconsideren los criterios para la determinación de las ofertas anormalmente bajas.

- *Condiciones especiales de ejecución de tipo social:* en relación con la medida sobre el mantenimiento o generación de empleo, se considera que debería evaluarse el impacto que puede generar en las potenciales licitadoras y especificarse su control efectivo del cumplimiento ya que, aunque se impone a las licitadoras, su ejecución corresponde a los centros hoteleros.

- *Otras cuestiones susceptibles de mejora:* se identifican algunos requisitos impuestos a las empresas adjudicatarias (como demorar la idoneidad de los establecimientos hoteleros o la suficiencia de espacio) que deben especificarse para proporcionar seguridad jurídica y evitar problemas de discrecionalidad técnica excesiva por parte del órgano de contratación.

- *Uso restrictivo de la prórroga:* en las últimas convocatorias se observa que se ha recurrido sistemáticamente a la prórroga por lo que se recomienda un uso restrictivo de la misma.

- *Minimización del riesgo de comportamientos colusorios*: se propone incluir en los pliegos una cláusula que advierta de las consecuencias sancionadoras y penales ante incumplimientos de la normativa de competencia.

ANEXO

A continuación se recoge información sobre la distribución del contrato en tres lotes en función de los destinos y las actividades en las que se divide el Programa, el número de plazas previstas para cada temporada[57] y el reparto de aportaciones entre IMSERSO y los usuarios:

Tabla nº 1. Desglose de destinos y servicios por lote

LOTE 1 - Turismo costa peninsular	
Andalucía Murcia Cataluña Valencia	**Turno vacaciones con transporte**
	Estancias de 15 días
	Estancias de 10 días
	Estancias de 8 días
	Turno vacaciones sin transporte
	Estancias de 15 días
	Estancias de 10 días
	Estancias de 8 días
LOTE 2 - Turismo costa insular	
Iles Balears Canarias	**Turno vacaciones con transporte**
	Estancias de 15 días
	Estancias de 10 días
	Estancias de 8 días
	Viajes combinados 15 días
	Turno vacaciones sin transporte
	Estancias de 10 días
	Estancias de 8 días
LOTE 3 - Turismo interior	
Procedencia europea	Destino Península o Islas Baleares 15 días
	Destino Canarias 8 días
	Destino Canarias 15 días combinados

[57] Según la memoria, se ha tomado como referencia la distribución de plazas de temporadas pasadas, pero incrementándose un 7% los circuitos e itinerarios y reduciéndose un 6% las ofertas en zonas costeras.

	Destino Circuitos e itinerarios
Circuitos e itinerarios	Circuitos 6 días
	Turismo de naturaleza 5 días
	Capitales de provincia 4 días
	Ceuta y Melilla 5 días

Fuente: elaboración propia a partir de la información del PCAP y PPT.

Tabla nº 2. Distribución de plazas por temporada

LOTE 1 - Turismo costa peninsular	
Destino	**Plazas**
Total CA Andalucía	**191.512**
Total Región de Murcia	**24.475**
Total CA Cataluña	**117.493**
Total CA Valencia	**179.220**
Total Lote 1	**512.700**
LOTE 2 - Turismo costa insular	
Destino	**Plazas**
Total CA Iles Balears	157.900
Total CA Canarias	100.200
Total Lote 2	**258.100**
LOTE 3 - Turismo interior	
Destino	**Plazas**
Total Procedencia Europea	5.250
Circuitos e itinerarios	
Circuitos 6 días	86.960
Turismo naturaleza 5 días	21.000
Capitales de provincia 4 días	14.850
Ceuta y Melilla 5 días	1.140
Total Circuitos	123.950
Total Lote 3	**129.200**
TOTAL	**900.000**

Fuente: elaboración propia a partir de la información del PCAP y PPT.

Tabla nº 3. Cofinanciación por lotes

Cofinanciación temporadas 2019/2020/2021		
Lote	**Aportación IMSERSO** IVA excluido	**Aportación usuario** IVA excluido
Lote 1	52.968.062,5 €	219.684.267,89 €
Lote 2	39.686.661,16€	157.723.698,76 €
Lote 3	17.576.235, 00€	55.252.792, 99 €
TOTAL	110.230.958,68 €	432.660.747,64 €

Fuente: elaboración propia a partir de la información del PCAP y PPT.

CNMC

www.cnmc.es