

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LOS PLIEGOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN DEL CONTRATO SERVICIOS DE TRANSPORTE SANITARIO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Expediente: UM/054/22

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME.

Mediante escrito presentado, el 6 de junio de 2022, en el Registro Electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, la entidad FALCK SERVICIOS SANITARIOS, SLU, dedicada al transporte de personas, presenta una reclamación al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), contra determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones del pliego de prescripciones técnicas particulares que rigen la

licitación del contrato mixto de servicios y suministro que pretende celebrar la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Comunidad Valenciana.

El objeto del contrato es el suministro de vehículos y la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre, urgente y no urgente, de la Comunidad Valenciana.

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM, en lo sucesivo) ha dado traslado a la CNMC de la reclamación para realizar las aportaciones que considere oportunas en los términos previstos en el art. 26.5 LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN.

La reclamación presentada se dirige contra determinadas cláusulas y prescripciones de los pliegos que rigen la licitación para la contratación del servicio de transporte sanitario terrestre, urgente y no urgente, de la Comunidad Valenciana por parte de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana (número de expediente 13/2022), por entender la reclamante que tales cláusulas y prescripciones *“tienen por efecto discriminar a operadores distintos del actual adjudicatario o, en su caso, de todos aquellos operadores que no se encuentren ya ampliamente implantados en la región en la que tendrá lugar la prestación del Servicio.”*

En concreto, la reclamación se presenta frente a las siguientes cláusulas y prescripciones por los motivos que, de forma somera, se exponen a continuación:

A) Cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en adelante), en relación con el apartado R de su anexo I.

A juicio de la reclamante, el hecho de que la duración del contrato se fije en 4 años, prorrogable hasta un máximo de 24 meses adicionales, unida a la valoración de las ofertas sin tener en cuenta la antigüedad de los vehículos incluidos en ellas, *“favorece directamente al actual prestador en la medida en*

que éste no resulta penalizado por aportar vehículos que ya han sido utilizados y perjudica aquellos operadores que pudieran aportar vehículos totalmente nuevos”, quienes asumen el riesgo, a decir de la reclamante, de no llegar a amortizar el 100% del valor de la inversión realizada para la prestación del servicio.

Además, considera la reclamante que el plazo que se concede a quien resulte adjudicataria para aportar los medios materiales exigidos (3 meses a contar desde la formalización del contrato) es *“insuficiente e irreal para que operadores no presentes en la Comunitat Valenciana, y claramente desincentivador de la concurrencia al concurso para éstos”* (sic).

B) Cláusula 18 del PCAP, en relación con la sección 2.B del apartado LL de su anexo I.

Al respecto, la reclamante considera que la exigencia de disponer de la totalidad de los vehículos requeridos en los pliegos en el momento de la presentación de la oferta agrava *“más si cabe el efecto desincentivador de la concurrencia y de discriminación entre licitadores.”*

C) Prescripción 6.2.2. del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP, en lo sucesivo).

En opinión de FALCK SERVICIOS SANITARIOS, SLU, el hecho de que, a efectos de valorar las ofertas presentadas por los licitadores, no se tome en consideración la antigüedad de los vehículos, exigiéndose únicamente que ésta no sea superior a 10 años, *“desincentiva claramente la inversión de cualquier operador en la compra de vehículos nuevos, constituyendo un obstáculo a la entrada de nuevas empresas, toda vez que beneficia al actual prestador del Servicio, ya que todos los vehículos de su flota actual que cumplan con el requisito legal de tener una antigüedad no superior a diez años tendrán la misma valoración a efectos de la Licitación que los vehículos nuevos con los que oferten otros operadores”* (sic).

D) Cláusula 1.2 del PCAP en relación con el apartado B de su anexo I.

Entiende la reclamante que la no división en lotes del objeto del contrato “*constituye una medida claramente desincentivadora de la concurrencia a la licitación*” (sic), y que la justificación que sobre este particular ofrece el órgano de contratación es “*claramente insuficiente e infundada.*”

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS DE TRANSPORTE SANITARIO TERRESTRE EN EL ÁMBITO DE LA LGUM.

El apartado b) del anexo de la LGUM define las actividades económicas como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”.

La actividad analizada, consistente en la prestación de servicios de transporte sanitario terrestre, se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone su art. 2¹ .

Esta Comisión ha elaborado informes en el ámbito de la aplicación de la LGUM relativos a la misma actividad: Informe UM/048/14, de 20 de octubre de 2014², y, recientemente, el Informe UM/038/22, de 10 de mayo de 2022³.

¹ “*Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*”

² <https://www.cnmc.es/node/345756>.

³ <https://www.cnmc.es/node/394703>

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN.

IV.1. Consideraciones generales.

El principio de unidad de mercado se halla consagrado en el art. 139 de la Constitución española, de 27 de diciembre de 1978 (CE, en adelante), cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.”

El art. 1.1 LGUM dispone que la misma tiene por objeto “establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional”, el cual se fundamenta, según el apartado 2 del mismo precepto, “en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.”

En este sentido, el apartado g) del anexo de la LGUM define el término “establecimiento” como “el acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable.”

Añade el art. 2 del mismo cuerpo normativo que la ley “será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”

En línea con lo anterior, el art. 26 LGUM, al regular el procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las

autoridades competentes, en el marco del cual se dicta el presente informe, precisa que la reclamación de los operadores económicos o de las organizaciones representativas de éstos deberá basarse en la vulneración de *“sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en esta Ley.”*

Dicho esto, los requisitos y condiciones exigidos en los pliegos que rigen la contratación pública de las entidades que forman parte del sector público operan como límites al acceso y al ejercicio de la actividad que constituye el objeto del contrato, lo que justifica su examen, no solo desde la perspectiva de la normativa que rige la contratación pública, sino también desde el punto de vista del principio de unidad de mercado y, por ende, de la LGUM.

Por otro lado, interesa poner de manifiesto que la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, ex art. 5 LGUM, en cuya virtud:

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

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

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos:

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

Debe señalarse que, en atención a lo anterior, el establecimiento de limitaciones al ejercicio de la actividad de transporte sanitario terrestre podría estar justificado por la razón imperiosa de interés general que representa la salud pública.

IV.2. Análisis de los obstáculos denunciados.

Hechas las anteriores consideraciones, nos centramos a continuación en el estudio de los motivos invocados por la sociedad reclamante.

IV.2.1. Disponibilidad de los vehículos y división en lotes del objeto del contrato.

A juicio de FALCK SERVICIOS SANITARIOS, SLU, el elevado número de vehículos que se requiere en los pliegos para la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre, urgente y no urgente (650), fruto de la no división en lotes del objeto del contrato, unida a la exigencia de aportar un listado con las matrículas y la fecha de matriculación de los vehículos en el momento de presentar las ofertas, y el, en su opinión, breve plazo para aportar los materiales necesarios para la ejecución del contrato, a contar desde la

formalización del mismo (3 meses); constituyen una barrera al acceso a la actividad por parte de aquellos operadores económicos que pretendan entrar en el mercado o cuya flota de vehículos no alcance el volumen requerido, limitando la participación en el procedimiento de contratación si no únicamente al actual prestador del servicio, sí, al menos, a un número muy reducido de operadores.

No le falta razón a la reclamante cuando afirma que las condiciones descritas impiden de facto la participación de pequeñas y medianas empresas en la licitación del servicio, por lo que procedería que por la Administración contratante se justificase la inexistencia de alternativas compatibles con la libertad de establecimiento.

Como ha quedado apuntado, las características del servicio que se pretende prestar determinan la posible concurrencia de la razón imperiosa de interés general que representa la salud pública, pero ello no ha obstado que otras Administraciones que han contratado el mismo servicio hayan optado, como señala la reclamante en su escrito, por medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento, tales como la previsión de un “Plan de despliegue” o la división en lotes del objeto del contrato.

En relación con esto último, se observa que tanto en la memoria como en el PCAP se justifica la decisión de la Comunidad de Valenciana de no dividir en lotes el objeto del contrato en la necesidad de garantizar la coordinación y evitar incrementar la complejidad técnica que presenta la prestación del servicio.

Sin embargo, atendidos los términos en los que, de conformidad con la prescripción 13 del PPTP, se pretende coordinar la prestación del servicio, no parece a primera vista que la existencia de varios adjudicatarios fuera a impedir o dificultar en extremo el logro de la deseada coordinación.

En definitiva, desde el punto de vista del principio de necesidad y proporcionalidad, al que se refiere el art. 5 LGUM, y a falta de las

justificaciones que pueda ofrecer la autoridad competente durante la tramitación de la reclamación, los obstáculos denunciados podrían ser superables mediante alternativas más proporcionales, sin que la salud pública se viera perjudicada.

IV.2.2. Duración del contrato y valoración de la antigüedad de los vehículos.

El apartado R del anexo I del PCAP fija la duración del contrato en 4 años, si bien admite la posibilidad de que pueda ser prorrogado *“por períodos 12 meses hasta un máximo de 24 meses.”*

Además, en el PCAP no se contempla la atribución de una diferente valoración a las ofertas en función de la antigüedad de los vehículos que los licitadores pongan a disposición del órgano de contratación para la prestación del servicio, limitándose a exigir la prescripción 6.2.2 del PPTP que, tanto en la oferta inicial como a lo largo de vigencia de este contrato, ningún vehículo tenga más de 10 años desde la primera fecha de matriculación.

Como ya hemos hecho constar, para la reclamante lo anterior *“favorece directamente al actual prestador en la medida en que éste no resulta penalizado por aportar vehículos que ya han sido utilizados y perjudica aquellos operadores que pudieran aportar vehículos totalmente nuevos”*, quienes asumen el riesgo, a decir de la reclamante, de no llegar a amortizar el 100% del valor de la inversión realizada para la prestación del servicio.

Ante ello cabe decir, por un lado, que el propio apartado R del anexo I del PCAP justifica que se fije una duración superior a la permitida por el art. 29 LCSP para los contratos de servicios, precisamente, por el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato (a lo allí dispuesto nos remitimos), por lo que el órgano de contratación ha tenido en cuenta este aspecto; y, por otro, que conceder una mayor valoración a los vehículos nuevos frente a aquellos con una antigüedad inferior a 10 años, por el simple hecho de su antigüedad, sí podría constituir un requisito discriminatorio injustificado, ya que para la obtención de la certificación

técnico-sanitaria lo único que exige el art. 32 de la Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera, es, por lo que aquí interesa, la no superación de la antigüedad de diez años, contados desde la primera matriculación del vehículo.

Cuestión distinta sería que los vehículos nuevos introdujeran ciertos elementos respecto de los más antiguos que redundaran en una mejor prestación del servicio de transporte sanitario, ya que en tal caso sí podría estar justificada una diferente valoración, mas no es esto lo que plantea aquí la reclamante.

Interesa, además, dejar constancia de que la propia prescripción 6.2.2 establece la obligación del contratista de renovar los vehículos que cumplan la antigüedad de 10 años durante la vigencia del contrato sin coste adicional alguno para la Administración contratante.

Por lo expuesto, cabe concluir que el apartado R del anexo I del PCAP y la prescripción 6.2.2 del PPTP no son incompatibles con la libertad de establecimiento ni con la de circulación.

V. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1) A juicio de esta Comisión, a falta de la justificaciones que pueda ofrecer la Comunidad Valenciana, los requisitos consistentes en disponer ya en el momento de presentar las ofertas del elevado número de vehículos requeridos para la prestación del servicio (650), consecuencia de la no división en lotes del objeto del contrato, y en poner los medios materiales a disposición del órgano de contratación en plazo de 3 meses desde la formalización del contrato podrían ser superables mediante alternativas más proporcionales, sin que la salud pública se viera perjudicada.

- 2) Se considera, sin embargo, que la duración del contrato y la no valoración diferenciada de los vehículos ofrecidos por los licitadores en atención, exclusivamente, a su antigüedad, no son incompatibles con la libertad de establecimiento ni con la de circulación.