

INFORME DE 13 DE ENERO DE 2015 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 ADMINISTRATIVOS PARA LA CONCESIÓN DE LA GESTIÓN DE CURSOS DE SENSIBILIZACIÓN Y REEDUCACIÓN VIAL PARA LA RECUPERACIÓN DE CRÉDITO DE PERMISO DE CONDUCCIÓN (UM/078/14).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 26 de diciembre de 2014 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de [un particular] referida a la indebida licitación mediante concesión administrativa de la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial. Dicha licitación fue publicada en el BOE núm.285, de 25 de noviembre de 2014¹.

Concretamente, la entidad reclamante señala² que:

- El régimen de concesión administrativa de gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permiso de conducción que proponen los pliegos objeto de reclamación conculca los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), comportando la creación de un monopolio legal y suponiendo una restricción a la competencia.
- No concurre razón imperiosa alguna de interés general que justifique la aplicación de las figuras del artículo 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) al caso concreto ni concurren los motivos económicos o de interés público que podrían justificar el establecimiento de un régimen de concesión frente a otra alternativa preferible desde el punto de vista de la competencia (como un régimen de autorizaciones o de comunicación previa).
- El régimen de concesión no garantiza una mayor seguridad de la que se derivaría de un régimen de autorización administrativa, dentro del cual pudieran concurrir al mercado todos los potenciales prestadores que cumplieran con los requisitos exigidos.
- El régimen de concesión administrativa no se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad y de mínima distorsión.

¹ **41495** Anuncio de licitación de: Dirección General de Tráfico. Objeto: Concesión de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permiso de conducción. 5 lotes. Expediente: 0100DGT24779.

² Véanse páginas 12 a 13 de la reclamación de 22 de diciembre de 2014.

- Existen precedentes en los que no hay régimen de concesión y no por ello se ha perjudicado el bien jurídico de la seguridad pública (autoescuelas e inspección técnica de vehículos).

El 26 de diciembre de 2014 la SECUM ha remitido a esta Comisión la reclamación anterior a los efectos del informe previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM).

II. CONSIDERACIONES

1) Determinación del objeto del informe 2) Normativa aplicable a los cursos de sensibilización y reeducación vial 3) Clasificación de la actividad como “servicio de interés económico general” (SIEG) 4) Artículo 128.2 de la Constitución 5) Aplicación al caso de los principios de necesidad y proporcionalidad 5.1 Consideraciones generales sobre su aplicación 5.2 Aplicación de dichos principios a los cursos de sensibilización y reeducación vial según Informe UM/26/2014 de 5 de agosto 5.3 Aplicación de estos principios al objeto, procedimiento y contenido de los pliegos objeto de reclamación.

II.1 Determinación del objeto del informe

La finalidad del presente informe es determinar si el objeto y contenido de los pliegos publicados en el BOE del pasado día 25 de noviembre, relativos a la licitación mediante concesión administrativa de la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial, resultan conformes con la LGUM.

Debe señalarse que los cursos objeto de licitación también han sido objeto de un informe anterior de esta Comisión, concretamente del Informe de 5 de agosto de 2014 (UM/26/14³).

II.2 Normativa aplicable a los cursos de sensibilización y reeducación vial.

La Ley 17/2005, de 19 de julio (en adelante, Ley 17/2005), por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial⁴ (en adelante, Ley de Tráfico) introdujo en España el sistema denominado “permiso y licencia de conducción por puntos”. Un elemento esencial del nuevo sistema lo constituyen los cursos de sensibilización y reeducación vial, cauce para lograr la modificación de los comportamientos reiteradamente infractores.

³ Informe de 5 de agosto de 2014 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra el régimen de concesión administrativa previsto para la gestión e impartición de los cursos de sensibilización y reeducación vial (UM/026/14).

⁴ Aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

La Ley 17/2005 distingue dos clases de cursos: aquellos que podrán realizar los titulares de permisos y licencias de conducción para la recuperación de parte de los puntos perdidos y los que deben realizar quienes hayan perdido la totalidad de los puntos asignados y pretendan obtener de nuevo la autorización para conducir. Ambos tipos de cursos son objeto de regulación en la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio⁵.

La Exposición de Motivos de la Ley 17/2005 calificó la realización de dichos cursos como una actividad de “servicio público”⁶. Y en el texto actual del artículo 5 p) de la Ley de Tráfico⁷, al atribuirse competencias al Ministerio del Interior en esta materia, se regula esta cuestión en los siguientes términos:

“p) Contratar la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial que han de realizar los conductores como consecuencia de la pérdida parcial o total de los puntos que les hayan sido asignados, elaborar el contenido de los cursos, así como su duración y requisitos. Dicha gestión se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”⁸

Como se observa, el precepto legal actual sujeta expresamente la *gestión* (pero no la *impartición*) de los cursos a cualquiera de los cuatro mecanismos de gestión indirecta de los servicios públicos⁹ del artículo 277 TRLCSP

⁵ BOE 10 agosto 2005, núm. 190.

⁶ **La realización de los citados cursos es una actividad esencial e indispensable para la puesta en práctica de la voluntad educadora de la Administración, además de ser esenciales para que puedan cumplirse los objetivos del sistema del permiso o la licencia por puntos. Así, dado el interés público y social que la seguridad vial representa, debe garantizarse de una manera efectiva su realización, considerándose a estos efectos que dicha actividad constituye un servicio público.”**

⁷ Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 marzo. Versión introducida por la Ley 25/2009, de 22 de noviembre (en adelante, Ley Omnibus), de modificación de diversas Leyes, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

⁸ El mencionado artículo 253 LCSP equivale al actual artículo 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), que tiene el siguiente contenido:

“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.*
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.”*

⁹ Debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 275 del TRLCSP, la Administración podrá gestionar indirectamente (gestión indirecta), mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

(concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta)¹⁰. No obstante, en el apartado Noveno de la antes citada Orden INT/2596/2005, de 28 de julio¹¹, se sujeta tanto la “gestión” como la “impartición” de cursos de reeducación vial al régimen de concesión administrativa¹², no efectuándose distinción alguna entre ambos conceptos (gestión/impartición).

Precisamente, en el informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, ACC) de fecha 15 de marzo de 2012¹³, referido en nuestro anterior Informe UM/26/2014, de 5 de agosto, se recomendaba separar las funciones de “gestión” del sistema de cursos de las funciones de la mera “prestación” o “impartición” de los mismos¹⁴. También aconsejaba, en su defecto, sustituir la figura de la concesión administrativa por la del “concierto” con múltiples operadores económicos, esto es, con aquéllos que reunieran unos requisitos predeterminados por la Administración de manera análoga a lo que sucede con los centros privados concertados que imparten enseñanzas obligatorias previstos en las normas de educación¹⁵.

Por otra parte, a partir de una interpretación amplia del actual artículo 60.2 de la Ley de Tráfico, podría entenderse, incluso, la posibilidad de autorizar a centros formativos para impartir los cursos de sensibilización y reeducación vial en concepto de cursos de “*renovación de conocimientos*” de circulación:

La enseñanza de los conocimientos y técnica necesarios para la conducción, así como el posterior perfeccionamiento y renovación de conocimientos se ejercerán por centros de formación oficiales o privados, que podrán constituir secciones o sucursales con la misma titularidad y denominación.

Los centros de formación requerirán autorización previa, que tendrá validez en todo el territorio español en el caso de que se establezcan secciones o sucursales.

¹⁰ Es significativo que el Apartado 4 del Anexo III de la Ley de Tráfico sobre cursos de sensibilización y reeducación vial fuera expresamente suprimido por el [art. 22.3 de Ley núm. 25/2009](#), de 22 de diciembre. En dicho apartado se decía que “*la adjudicación de estos cursos se realizará mediante concesión administrativa, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*”. En cambio, actualmente solamente se efectúa en el artículo 5 p) de la Ley de Tráfico la anteriormente citada referencia al actual artículo 277 TRLCSP y a la “gestión” (no impartición) de dichos cursos.

¹¹ BOE 10 agosto 2005, núm. 190.

¹² *La realización de estos cursos se llevará a cabo por Centros cuya gestión se realizará mediante concesión por el Ministerio del Interior. El contrato de concesión establecerá el número de Centros que, atendidas las circunstancias, sean necesarios para el correcto desarrollo de los cursos. En todo caso, la ubicación de dichos Centros se realizará teniendo en cuenta el censo de conductores y la distribución geográfica de la población dentro de cada provincia.*

¹³ REF: OB 09/2011. Tanto Catalunya como Euskadi tienen competencias transferidas en la materia, pudiendo llevar a cabo concursos en sus respectivos territorios, según recuerda la CNC en la página 5 de un informe de 29 de mayo de 2009 (apartado 16).

¹⁴ Véase página 6 del Informe UM/026/14, de 5 de agosto.

¹⁵ Véanse artículos 108, 109, 116 y 117 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación.

La constatación de las aptitudes psicofísicas de los conductores se ejercerá por centros oficiales o privados, que necesitarán de autorización previa para desarrollar su actividad.

En este sentido, debe traerse a colación la STS de 30 de octubre de 2012¹⁶, en cuyo Fundamento Cuarto manifestó que:

La imposibilidad de inferir de la declaración de servicio público de determinada actividad la existencia de una reserva a favor del sector público resulta además coherente con la doctrina jurisprudencial sobre la inexistente vinculación entre la condición de servicio esencial de titularidad pública y la participación pública en las empresas concesionarias establecida por esta Sala en relación con la enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (...).

Debe recordarse que la CNC en la página 51 de sus Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, de 17 de junio de 2008, ya aconsejaba que

En aquellos servicios públicos sometidos a concesión administrativa, debe revisarse la necesidad de mantener dicho régimen de gestión, y, allí donde el mecanismo de mercado pueda garantizar la provisión del servicio, el sistema de concesión debe sustituirse por un régimen de autorización administrativa previa.

Y ello porque, como señalaba la CNC, en dichas Recomendaciones:

... la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a un operador en exclusiva no resulta congruente con el principio de mínima distorsión, ya que tal régimen podría sustituirse por un sistema de autorización administrativa. Bajo el mismo, todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio pueden entrar en el mercado, si así lo consideran, bajo el cumplimiento de determinados requisitos que se imponen por parte de la Administración.

La CNC trasladó estas consideraciones generales al ámbito específico de los cursos de sensibilización y reeducación vial en un posterior Informe de 29 de mayo de 2009¹⁷. En las Conclusiones de dicho Informe el organismo señaló que:

“la CNC considera que en este caso el régimen de concesión administrativa que regula esta actividad no se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad y de mínima distorsión, y recomienda la aplicación de un régimen alternativo como el de autorización administrativa (o el de comunicación previa) para la provisión de estos servicios. Este régimen podría asegurar los mismos objetivos y resultar menos lesivo para la competencia al permitir que todos los operadores que cumplan los requisitos exigidos puedan

¹⁶ Recurso de casación 3379/2009.

¹⁷ Informe sobre el sistema diseñado para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial contemplados en la Ley 1772005, de 19 de junio.

competir en el mercado y evitar la concentración de la oferta en un único operador económico. (..)

En el informe se analizan dos actividades de características similares en las que se ha optado por un régimen de autorización sin que ello haya mermado la calidad o la seguridad del servicio: las autoescuelas y las ITVs”

II.3.- Clasificación de la actividad analizada como “servicio de interés económico general” (SIEG).

Como ya se indicó razonadamente en las páginas 8 a 10 de nuestro anterior Informe UM/026/14, de 5 de agosto, los servicios de reeducación vial constituyen un Servicio de Interés Económico General (SIEG).

Con carácter general, los SIEGs estarían sujetos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009, de transposición de la misma. Así se señala expresamente en la página 11 del anteriormente citado Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios¹⁸.

No obstante lo anterior, en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la propia Directiva de Servicios se prevé expresamente que los Estados miembros tengan reservada la prestación de determinados SIEGs al sector público (mediante gestión directa o indirecta).

Precisamente, y como veremos en el apartado siguiente, el ordenamiento interno español prevé la reserva legal a favor del sector público de determinadas actividades económicas, como la objeto del presente informe y del anterior Informe UM/026/14.

Sin embargo, la previsión de esta reserva estatal no implica, en opinión de esta Comisión, que no puedan resultarle de aplicación al servicio de reeducación vial, en cuanto SIEG, los principios de necesidad y proporcionalidad del derecho general de competencia de la UE, y especialmente en materia de intervenciones administrativas que puedan afectar a la libre prestación servicios, que la propia LGUM viene a desarrollar.

II.4.- Artículo 128.2 de la Constitución.

El artículo 128.2 de la Constitución (en adelante, CE) permite reservar determinadas actividades económicas al sector público:

“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

¹⁸ “los servicios de interés económico general, como los característicos del sector de la electricidad y el gas, se prestan a cambio de una contraprestación económica y, por tanto, en principio, se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva.”

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Docu2DS.pdf>.

Este precepto ha sido objeto de aplicación, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo y 127/1994, de 5 de mayo, en las que se señala que tanto la consideración de un determinado servicio como “servicio público” como la elección de una modalidad determinada para la prestación del mismo (esto es, directamente por la Administración Pública titular o bien indirectamente, mediante alguna forma de gestión indirecta del mismo entre las señaladas en el artículo 277 TRLCSP anteriormente mencionado en este informe), dependen enteramente de la voluntad del legislador.

La reserva debe ser efectuada mediante Ley, como se recuerda en la antes citada STS de 30 de octubre de 2012¹⁹, lo que, en materia de reeducación vial, se realiza a través de la Ley 17/2005, de 19 de julio (en adelante, Ley 17/2005), por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial²⁰, posteriormente modificada por la Ley Omnibus, como se ha indicado anteriormente en este informe.

No obstante, como se ha dicho en el apartado **II.2** del presente informe, resultaría discutible que la totalidad del servicio público (gestión e impartición de los cursos) estuviera sometida a gestión indirecta, pudiendo estarlo únicamente su gestión según se desprende del tenor literal de la norma aplicable (art.5 apdo p) de Ley de Tráfico). Y, en todo caso, aunque estuviera sometida también la impartición al régimen de gestión indirecta del artículo 277 TRLCSP, los poderes públicos deberían optar por un sistema de gestión indirecta menos restrictiva dentro de dicho precepto, como el de concierto, aunque lo procedente sería, como se indicará más adelante, el establecimiento de un sistema de autorización como el existente actualmente para las autoescuelas.

II.5.- Aplicación al caso de los principios de necesidad y proporcionalidad

II.5.1 Consideraciones generales sobre su aplicación

Como ya señalamos en el Informe UM/026/14, de 5 de agosto, la existencia de una reserva de “servicio público” en relación con la prestación de los servicios de reeducación vial no impide que un análisis bajo los principios de necesidad y proporcionalidad de la forma de intervención, principios desarrollados en los artículos 5 y 17 de la LGUM.

Además de la LGUM, los principios de necesidad y proporcionalidad en la intervención administrativa, junto con el de no discriminación, constituyen principios generales de Derecho Comunitario, desarrollados

¹⁹ Recurso de casación núm. 3379/2009.

²⁰ Aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

jurisprudencialmente²¹ y posteriormente incorporados a la Directiva de Servicios, así como a las propias Ley 17/2009 y LGUM.

Asimismo, tales principios han sido recogidos con vocación de generalidad en el artículo 39 bis²² de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo apartado primero señala *“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”*.

Del mismo modo, el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, señala en su apartado primero que *“en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios”*²³.

II.5.2 Aplicación de dichos principios a los cursos de sensibilización y reeducación vial según Informe UM/26/2014 de 5 de agosto

En cuanto a la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad a los cursos de sensibilización y reeducación vial, en las Conclusiones Tercera y Cuarta de nuestro anterior Informe UM/026/14, de 5 de agosto, señalamos que:

“En el caso concreto de los cursos de sensibilización y reeducación vial no concurre razón imperiosa alguna de interés general que justifique la aplicación de las figuras del artículo 277 TRLCSP al caso concreto, al no acreditarse una amenaza real y grave para un interés social fundamental (seguridad y orden públicos), no pudiendo excluirse el conjunto de una actividad (reeducación vial) de la libre prestación de servicios.

Tampoco concurre en dicha actividad el elemento de la proporcionalidad, no puede decirse que la medida analizada resulte proporcional con relación a la finalidad perseguida, puesto que si la formación inicial (ex novo) del futuro conductor (persona sin conocimiento alguno) está sujeta a autorización, no resulta proporcionado que la ulterior formación del conductor que cuenta ya con

²¹ Véase Sentencia TJUE de 20 de febrero de 2001, Analir, C-205/99

²² Redactado por el artículo 25/2009, de 22 de diciembre.

²³ Los apartados segundo y tercero señalan los siguiente: *“2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general. 3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.”*

conocimientos de conducción y circulación deba sujetarse a medios de intervención administrativa más gravosos que aquella.”

II.5.3 Aplicación de estos principios al objeto, procedimiento y contenido de los pliegos objeto de reclamación.

No resultando ni necesaria ni proporcional la aplicación de las figuras del artículo 277 TRLCSP a los cursos de reeducación vial, como señaló esta Comisión en su Informe UM/026/14, tanto el objeto como el contenido de los pliegos deberían recoger el medio menos restrictivo y distorsionador para el derecho al libre acceso a la actividad económica.

A) Objeto y régimen de los pliegos

El objeto y régimen de los pliegos viene definido en su apartado 1.3 así como en el apartado 1.1 de su cuadro anexo, en el que se habla de “*concesión de gestión* de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permiso de conducción”. No obstante, en el párrafo 2º del apartado 1 de los pliegos técnicos queda claro que “*la entidad adjudicataria será la responsable de impartir estos cursos*” y no solamente de su gestión administrativa.

Tal y como se ha señalado anteriormente en este Informe, la figura de la concesión administrativa elegida tanto por la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio, como por los pliegos elaborados con base a la misma, es la opción más restrictiva y distorsionadora al suponer un “*mecanismo de cierre absoluto*” del mercado a través de la concesión de un derecho de exclusiva al adjudicatario o adjudicatarios²⁴, ya sea sobre todo el territorio nacional o, como en este caso concreto, sobre cinco áreas (lotes) geográficas del mismo²⁵.

Por ello, lo más adecuado para respetar los principios de necesidad y proporcionalidad hubiera sido, en este supuesto concreto:

- Someter únicamente a concesión administrativa la gestión administrativa de los cursos (p.ej. creación de plataforma online de seguimiento y coordinación de centros contemplada en el apartado 12.3 del cuadro anexo de los actuales pliegos), sujetando en cambio su impartición a un régimen de autorización administrativa o, en su caso, de declaración responsable. Y ello con base a una interpretación restrictiva del artículo 5p) de la Ley de Tráfico en relación con la interpretación amplia del artículo 60.2 de la misma Ley, con apoyo en la STS de 30 de

²⁴ Véase página 51 de las Recomendaciones CNC a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, de 17 de junio de 2008.

²⁵ Véase apartado 3 (Estructura del Contrato) de los pliegos.

octubre de 2012²⁶ y en el informe de la Autoridad Catalana de la Competencia de fecha 15 de marzo de 2012²⁷;

- O, en su defecto, y en caso de considerarse incluida la impartición también dentro del ámbito del artículo 277 TRLCSP, aplicar la figura del concierto formativo, de forma análoga a lo que sucede con los centros educativos privados concertados en la enseñanza obligatoria²⁸. Ello posibilitaría que la gestión e impartición de los cursos no se adjudicara solamente a cinco únicas entidades, esto es las adjudicatarias de los 5 lotes previstos en los pliegos (y titulares de los centros)²⁹, sino a un gran número de centros formativos que cumplieran los requisitos necesarios para poder acogerse al concierto. Esta posibilidad también fue observada en el informe de la Autoridad Catalana de la Competencia de fecha 15 de marzo de 2012³⁰.

B) Contenido de los pliegos

Con independencia de la cuestión relativa al objeto (gestión frente a impartición) y procedimiento (concesión administrativa frente a autorización o, en su defecto, concierto), el reclamante también ha planteado otras cuestiones relativas al contenido de los pliegos que considera desproporcionadas y contrarias al principio de igualdad entre licitadores por resultar especialmente favorables al actual adjudicatario. Seguidamente se analizará cada uno de ellos.

B.1) Determinación de lotes

En el apartado 3 del cuadro de características anexo a los pliegos se fijan cinco lotes: lote 1 (Castilla-La Mancha, Comunitat Valenciana, Murcia e Illes Balears), lote 2 (Andalucía y Extremadura), lote 3 (Madrid, Canarias, Ceuta y Melilla), lote 4 (Galicia, Asturias y Cantabria) y lote 5 (Aragón, Castilla y León, La Rioja y Navarra/Nafarroa).

Si se pone en relación este apartado con el apartado 8.2 de dicho cuadro anexo, que indica el número de centros por lote³¹, se observa cómo las empresas adjudicatarias deben ser titulares de una media de 54 centros de formación en cada territorio. Debemos recordar aquí lo dicho en la página 32 de la Guía CNC sobre contratación pública y competencia: “*los lotes*

²⁶ Recurso de casación 3379/2009.

²⁷ REF: OB 09/2011.

²⁸ Véanse artículos 108, 109, 116 y 117 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación.

²⁹ De acuerdo con el apartado 8.2 de los pliegos, parece fijarse un número máximo de entre 40 y 60 centros que serían propiedad o titularidad de cada adjudicatario de la concesión para la impartición de cursos de reeducación vial en cada una de las cinco áreas geográficas que constituye cada lote.

³⁰ REF: OB 09/2011.

³¹ Lote 1: 65 centros, Lote 2: 64 centros, Lote 3: 46 centros, Lote 4: 42 centros y Lote 5: 53 centros.

demasiado grandes pueden dificultar la participación de las pequeñas y medianas empresas”.

B.2) Requisitos de solvencia

Entre los requisitos de solvencia técnica del apartado 4.2 de los pliegos en relación con los apartados 2.2.2 y 7.2 del cuadro de características anexo se halla la exigencia de que el importe de los servicios o trabajos de los últimos 3 años realizados por los licitadores sea superior a los gastos de primer establecimiento fijados.

Si bien la fijación de una facturación mínima a los licitadores, proporcionada al volumen de la contratación, ha sido admitida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en su Resolución nº 567/2014 de 24 de julio de 2014³², cabe cuestionar en este caso su idoneidad y, en particular, su adecuación a los principios de necesidad y proporcionalidad, al estar relacionado el elevado volumen de facturación mínimo exigido con el excesivo tamaño de los lotes antes apuntado, que dificulta la participación de pequeños y medianos centros de formación.

B.3) Criterios de adjudicación

El primer criterio de adjudicación o valoración de ofertas que figura en el apartado 2.12 del cuadro de características anexo a los pliegos (y apartado 11.3 de los pliegos) y el que cuenta con mayor peso ponderativo (42 puntos sobre un total de 100) es el incremento de número de centros respecto al mínimo fijado en los pliegos.

Mediante el establecimiento de este criterio se concede una clara ventaja a la actual adjudicataria (CNAE, Confederación Nacional de Autoescuelas) que ya cuenta con una vasta red de asociaciones locales con centros en todo el territorio nacional³³. En este sentido, debe recordarse que en la página 16 de de la Guía CNC sobre contratación pública y competencia se decía que:

está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.

En este caso está claro que se favorece al actual adjudicatario (CNAE) frente a otros centros o asociaciones de tamaño pequeño o mediano que tengan intención de licitar, para los que dicho criterio de adjudicación (el principal) resulta claramente desproporcionado.

³² Recurso nº 508/2014.

³³ Véase <http://www.cnae.com/Buscador.aspx?men=18&sec=55&bus=as#>.

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión:

1º.- El empleo de la figura de la concesión para los de cursos de sensibilización y reeducación vial tanto en el apartado 1.3 de los pliegos objeto de reclamación como en el apartado 9 de la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio, resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad desarrollados por los artículos 5 y 17 de la LGUM, debiéndose aplicar las figuras menos restrictivas de la autorización administrativa o declaración responsable en función del análisis de necesidad y proporcionalidad que corresponde hacer a la autoridad competente.

En defecto de lo anterior, con carácter meramente transitorio y como alternativa de segundo grado, cabría aplicar a la gestión e impartición de los cursos de reeducación vial la figura del concierto del artículo 277 TRLCSP de forma que puedan acogerse a dicho concierto e impartir cursos de sensibilización y reeducación vial todos aquellos centros que reúnan los requisitos previamente establecidos por la autoridad competente..

2º.- El tamaño de los lotes fijado en el apartado 2.3 del cuadro anexo de los pliegos, el volumen mínimo de facturación exigido en los apartados 2.2.2 y 7.2 del citado cuadro anexo en relación con el apartado 4.2 de los pliegos así como el criterio de valoración de ofertas núm. 1 del apartado 11.3 de los pliegos con relación al 2.12 del cuadro anexo a dichos pliegos resultan desproporcionados para los centros de formación pequeños y medianos, resultando claramente favorables para el actual adjudicatario.