



NOTA SOBRE LAS CONSIDERACIONES INCLUIDAS EN EL INFORME EMITIDO POR LA CNMC EN RELACIÓN CON LA PRIMERA FASE DEL CONTRATO CENTRALIZADO DE SEGURIDAD

Con fecha 14 de mayo de 2014, la CNMC ha emitido, a solicitud de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (en adelante, DGRCC), informe sobre la primera fase del contrato centralizado de seguridad. Para la emisión de dicho informe, la CNMC ha analizado el pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) elaborados por la Subdirección de Análisis y Planificación de la Contratación Centralizada (en adelante, SGAPCC).

En relación con las observaciones incluidas en el informe de la CNMC (página 7 en adelante), cabe realizar las siguientes consideraciones:

1. Observaciones sobre la prórroga prevista en el contrato

En relación con las observaciones incluidas en el apartado referido a la **previsión de posibilidad de prórroga**, señalar, en primer lugar, que **el Anexo III al PPT incorpora, efectivamente, las fechas efectivas de entrada en vigor del contrato en relación con los diferentes edificios de cada lote, tal y como sugiere la CNMC.**

En cuanto a la aplicación o no de la prórroga y los principios en base a los cuales la misma ha de ser decidida por el órgano de contratación- aunque, en el contrato al que se refiere esta nota, la prórroga es voluntaria y no obligatoria para el contratista- **se trata de una cuestión a resolver en fase de ejecución del contrato, a la vista del conjunto de circunstancias relevantes concurrentes en ese momento, ya que solo entonces podrán concretarse los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción del mercado que menciona el informe de la CNMC.** En cualquier caso, y al margen de que se procediera a la aplicación o no de la prórroga prevista, y de las circunstancias en base a las cuales se adoptara tal decisión, sí se entiende relevante destacar que el objeto de la primera fase del contrato centralizado implica únicamente el 7% de los contratos de



seguridad en el ámbito de la Administración General del Estado, por lo que en ningún caso se produciría un cierre absoluto del mercado, al tener las empresas del sector la posibilidad de concurrir a las sucesivas licitaciones que se llevarán a cabo en la segunda fase y sucesivas del contrato centralizado de seguridad.

2. Observaciones sobre la previsión de una indemnización al contratista del 3% sobre los servicios dejados de realizar en el caso de modificaciones a la baja superiores al 10%

La inclusión de esta previsión en la cláusula V del PCAP **obedece, fundamentalmente, a una peculiaridad esencial que afecta a este contrato** y que-como se argumentará más adelante- no es de decisión libre para el órgano de contratación, sino **que viene impuesta por la normativa laboral: la subrogación del personal de vigilancia adscrito al contrato.**

Teniendo en cuenta esta circunstancia, se entendía por la DGRCC que **el impacto económico de reducciones de servicios de especial entidad**-de ahí que la indemnización no procediera en cualquier caso, sino solo en modificaciones superiores que implicaran supresiones de servicios superiores al 10%- **tenía un especial impacto y que una medida resarcitoria y, en cierta forma, amortiguadora de dicho impacto redundaría en una reducción de la incertidumbre del contratista en este punto y, con ello, en una mejor oferta**, pues, como es sabido, cualquier incertidumbre en la licitación incide en un encarecimiento de las ofertas. Este era el fundamento último de la previsión.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la observación realizada por la CNMC y valorando el hecho de que, tras la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible en el régimen jurídico de las modificaciones, la incertidumbre respecto de las mismas queda notablemente reducida al estar previsto en los pliegos tanto sus condiciones, como, especialmente, su alcance y límites, **en la versión definitiva del PCAP se suprimirá esta previsión indemnizatoria.**



3. Observaciones sobre la solvencia exigida en los pliegos:

Con carácter previo al análisis de cada una de las observaciones realizadas en el informe de la CNMC, se considera necesario señalar que, **tratándose de un contrato de servicios de valor estimado superior a 200.000 euros y de un servicio incluido en los grupos y subgrupos a que se refiere el Reglamento General de la Ley de Contratos, la solvencia económica y profesional del licitador ha de acreditarse, necesariamente, mediante la clasificación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62.1, 65.1 y concordantes 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) y normativa de desarrollo. De igual modo, la clasificación exigible viene impuesta por el Reglamento, sin que el órgano de contratación pueda establecer requisitos distintos, ya sean adicionales o sustitutivos, más o menos exigentes, en ningún caso, salvo para los licitadores no españoles de Estados miembros de la UE, como indica expresamente el artículo 66.1 TRLCSP. En definitiva, en este punto no hay margen de maniobra alguna para el órgano de contratación pues se trata de cuestiones impuestas *ex lege*.**

En cuanto a la **recomendación consistente en que se ajusten los presupuestos de los lotes al objeto de que a todos ellos pudieran licitar empresas de seguridad clasificadas en la categoría C**, cabe señalar que la aplicación de esta recomendación implicaría la imposibilidad de llevar a cabo una contratación centralizada, ya que la contratación de los servicios de seguridad de cualquier Ministerio considerado individualmente ya exigiría, por importe, la clasificación en categoría superior. En este sentido, desde la DGRCC se ha seguido un planteamiento que permitiera compatibilizar el objetivo de la centralización de la contratación con el acceso a la licitación del contrato centralizado de empresas con menor clasificación, motivo por el que se ha previsto el lote 4 partiendo, fundamentalmente, de los servicios de organismos de menor tamaño y, consecuentemente, con menos servicios a contratar. Asimismo, se ha previsto otra medida a la que luego se aludirá como es la limitación de licitación a dos lotes que tiene



como objetivo fundamental también el favorecer el acceso de las empresas con menor clasificación a la licitación y, en último término, a la adjudicación, como se verá.

En relación con las observaciones realizadas en el **informe sobre los requisitos de solvencia técnica exigidos a los licitadores no españoles, nacionales de la UE**, y que la misma no debe referirse a volumen de negocios que es un criterio de solvencia económica, **efectivamente se trata de un error y se incorporará dicha recomendación a la versión definitiva del PCAP**. Debe indicarse, no obstante, que la no equiparación entre licitadores nacionales y no nacionales, a la que se refiere el informe, no es una cuestión debida al planteamiento del contrato y previsiones del PCAP, sino que es una consecuencia ineludible de los diferentes regímenes jurídicos previstos para cada caso en el TRLCSP.

4. Observaciones relativas a la concreción de las condiciones de solvencia o adscripción de medios a la ejecución del contrato:

El informe al que se refiere esta nota señala que **la exigencia de la adscripción de un Director de Seguridad con experiencia de tres años como interlocutor con la Administración y de un número mínimo de técnicos de mantenimiento con también tres años de experiencia** puede resultar una barrera de entrada a la prestación del servicio, así como una limitación a la libertad de organización de recursos del adjudicatario.

En relación con esta cuestión, debe señalarse que **el TRLCSP faculta al órgano de contratación a exigir al licitador que hubiera realizado la oferta económicamente más ventajosa a adscribir determinados medios, personales o materiales, a la ejecución del contrato**. De acuerdo con doctrina ya consolidada de los órganos consultivos y de los órganos de recursos contractuales en materia de contratación, **esta exigencia de adscripción de medios** es un plus de solvencia, en el sentido de que se trata de una figura para garantizar que, más allá de la aptitud subjetiva del licitador para realizar la prestación-cuestión acreditada en fase de selección mediante las exigencias de solvencia o clasificación, según el caso-se asegure que, efectivamente, **el que hubiera formulado la**



oferta económicamente más ventajosa, va a poner a disposición de la ejecución del contrato una serie de medios que se consideran necesarios para el buen fin del mismo.

En relación con esta figura, los requisitos que debe cumplir el órgano de contratación- además de su previsión en los pliegos- **son la observancia del principio de proporcionalidad** que, como no podía ser de otra manera, **ha sido valorado en este caso.** Así, **la figura del interlocutor es necesaria e incluso obligada, en aplicación de las “Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores” y la cualificación y experiencia exigidas con razonables y en ningún caso excesivas ni desproporcionadas, teniendo en cuenta las funciones de coordinación y control de equipos que dicho interlocutor está llamado a realizar.**

En relación con la exigencia de una determinada experiencia profesional en el personal adscrito al contrato a través de la figura de la concreción de condición de solvencia, la misma ha sido admitida por los órganos de recursos contractuales. Por su parte, el número de técnicos a adscribir a cada lote es proporcional al número de servicios incluidos en ellos; de ahí que precisamente en el lote 4, de menor entidad, se exija el menor número de técnicos y, en concreto, menos de la mitad que para el resto de lotes.

Por otro lado, **la libertad de organización del adjudicatario no tiene carácter absoluto, y puede y debe compatibilizarse con la aplicación de los instrumentos y figuras que la normativa de contratación pública pone a disposición del órgano de contratación para la consecución del objetivo de eficacia de la contratación que es, además de un principio informador de la actividad de contratación pública, imprescindible para el buen fin del contrato.** De manera que en modo alguno puede entenderse que la exigencia de adscripción de medios razonables y proporcionales suponga una vulneración de tal libertad de organización.

No obstante lo anterior y precisamente en aplicación del necesario equilibrio entre los principios que informan la contratación pública, en relación con la mención que realiza el



informe sobre la posibilidad de aprovechar las sinergias que puede ofrecer para un licitador la adjudicación de más de un lote, se va a incorporar esta consideración a la versión definitiva del PCAP en el sentido de admitir, como se recomienda en el informe, **que dicho adjudicatario, si lo es de varios lotes, pueda compartir el personal cuya adscripción se exige para ambos lotes.**

Finalmente, es necesario indicar que el artículo 151.2 establece la obligación de que el licitador que hubiera formulado la propuesta económicamente más ventajosa presente la documentación justificativa de disponer, efectivamente, de los medios cuya adscripción viene exigida en el pliego, sin que pueda entenderse que tal acreditación efectiva pueda realizarse por una mera declaración responsable, declaración que únicamente puede desplegar efectos en fase de selección pero no en fase de adjudicación y formalización del contrato, según doctrina reiterada de los órganos de recursos contractuales.

5. Observaciones relativas a la presentación de proposiciones:

Dos son las observaciones que se incluyen en el informe en relación con esta cuestión: por un lado, la exigencia de visita a los edificios en los que se van a prestar los servicios objeto del contrato y, por otro, la limitación de la posibilidad de licitar a dos lotes.

- 5.1. En relación con la **obligación de visitar los edificios**, que se impone a los licitadores en el borrador de pliego remitido a la CNMC y que el informe considera podría implicar una barrera de entrada operadores con establecimiento fuera de Madrid, es necesario indicar que, teniendo en cuenta el objeto del contrato y la necesidad que éste pretende satisfacer, es decir, la seguridad de los edificios, desde el planteamiento seguido por la DGRCC se entiende que es clara la **conveniencia de dicha visita**, ya que las características físicas de los edificios, de los equipos de seguridad y en general de los medios dispuestos en los edificios a tal fin, inciden en la seguridad y, a pesar de que la información relevante sobre los mismos se indica en los Anexos al PPT, pueden apreciarse de forma más completa con la realización



de dicha visita; sin que por otro lado parezca que en la actualidad pueda suponer una barrera real para el acceso a la licitación teniendo en cuenta las redes de transporte existentes.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la observación realizada por la CNMC, y una vez valorada la misma tratando de lograr un equilibrio entre la finalidad de la visita, según se acaba de describir, y el objetivo de consecución de la máxima concurrencia posible en la licitación, en la versión definitiva del PCAP se preverá la realización de la visita como una opción voluntaria para el licitador y no como una obligación cuyo incumplimiento suponga la exclusión de la licitación.

- 5.2. El informe emitido por la CNMC se refiere también a la **limitación de ofertas a a los licitadores que, según se recoge en el PCAP, se limita a dos de los cuatro lotes en los que se estructura el contrato.**

Esta limitación, cuya procedencia **desde un punto de vista jurídico ha sido admitida por el Servicio Jurídico del Estado¹**, tiene, además, una **finalidad que no solo es conforme con los principios de contratación pública, sino plenamente coherente con un objetivo perseguido** tanto por la más reciente normativa nacional, como por la **Directiva de contratación recientemente aprobada como es la promoción de condiciones favorables al acceso de las PYMEs a las licitaciones de contratos públicos y, particular y adicionalmente, con uno de los objetivos que el propio informe de la CNMC resalta en sus primeros apartados (página 7), como es la reducción de los riesgos de concentración del número de operadores.** Así, la limitación de la licitación a dos tipos pretende evitar que los operadores mejor situados en el mercado resulten adjudicatarios de todos los lotes, situación que, teniendo en cuenta que el criterio precio supone el 70% de la puntuación, no sería extraña. **La limitación prevista favorece que las PYMEs puedan resultar-siempre que, claro está, realicen la oferta económicamente más ventajosa-adjudicatarias de**

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 28 de julio de 2006.

los lotes de menor entidad económica ya que, previsiblemente, las empresas de mayor entidad optarán por acudir a los lotes de mayor presupuesto y servicios que les resultan más atractivos por razones evidentes.

Parecería ciertamente incoherente con la estructuración de la licitación en lotes- que se recomienda desde todas las instancias competentes cuando se sugieren medios para compatibilizar centralización y máxima competencia- no recoger en el PCAP figuras que, siendo jurídicamente procedentes, fomenten la adjudicación de dichos lotes a distintos adjudicatarios, como es el caso de la limitación analizada.

En relación con esta cuestión, finalmente, es relevante señalar que la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, que deroga la **Directiva 2004/18/CE**, prevé de forma expresa en su artículo 46 la posibilidad de que los poderes adjudicadores limiten la presentación de ofertas a los lotes en que se estructure el contrato, con la única condición de indicarlo así en el anuncio de licitación, e incluso prevé la facultad de limitar la adjudicación, incluso en el caso de que se pudieran presentar ofertas para varios o todos los lotes, si bien en este último supuesto introduce importantes cautelas para preservar los principios de transparencia y no discriminación.

6. Observaciones sobre los criterios de valoración

En el apartado referido a los criterios de valoración, el informe de la CNMC se refiere también a varias cuestiones: la previsión en el PCAP de un umbral mínimo a superar en los criterios subjetivos-que considera la CNMC puede tener claros efectos anticompetitivos y pondera excesivamente criterios subjetivos- la fórmula a aplicar para valorar el criterio precio-en relación con la cual cuestiona la fijación del factor corrector en el 10% de la baja- y cuestiones diversas sobre los criterios subjetivos.

6.1 Sobre la exigencia de un umbral mínimo en los criterios subjetivos:



El informe señala que esta exigencia **puede tener claros efectos anticompetitivos al ponderar excesivamente como filtro ineludible criterios subjetivos** y que, adicionalmente, si lo que se pretende es asegurar unos determinados estándares de calidad de la empresa oferente, bien **podría reconducirse a criterios de solvencia técnica**.

En relación con estas observaciones, cabe señalar que la exigencia de un umbral mínimo, además de ser una facultad legalmente reconocida al órgano de contratación **es uno de los instrumentos idóneos para asegurar una mínima calidad de la prestación, lo que no ocurre, sin embargo, con las exigencias de solvencia**. Así, **la solvencia**, como es sabido, **se refiere** a las **características relacionadas con la aptitud de la empresa licitadora**, es decir, tiene una dimensión exclusivamente subjetiva, no relacionada con la prestación en sí, sino con la empresa que va a realizarla. Por el contrario, **la calidad de la prestación**, es decir, del elemento objetivo del contrato, exige un enfoque y **unas exigencias también objetivas que se reflejan, precisamente, a través de los criterios de valoración que por idéntico motivo han de estar referidos a la prestación**, como es el caso en el PCAP del contrato centralizado de seguridad. Por este motivo, el estándar de calidad de la prestación nunca podrá asegurarse mediante la exigencia de determinadas condiciones de solvencia. Exigencia que, además, en el contrato al que se refiere **esta nota sería contraria a la normativa de contratación, dado que, como ya se ha analizado, se trata de un servicio sujeto a clasificación por lo que no pueden exigirse condiciones adicionales o distintas de solvencia**.

Adicionalmente, debe señalarse que el TRLCSP permite el establecimiento de criterios subjetivos, siempre que se cumplan determinados requisitos en su formulación y valoración. **En el PCAP de la primera fase del contrato de seguridad no solo se han observado todos los requisitos que viene estableciendo la doctrina de los órganos de recursos contractuales, sino que se ha ido más allá** siguiendo las recomendaciones que sobre el particular ha establecido el Tribunal de Cuentas,



previando **la valoración de dichos criterios por un Comité de Expertos**, a pesar de no tener mayor ponderación aparente los criterios subjetivos. La valoración de estos criterios se realizará conforme a las normas aplicables a la discrecionalidad-que no arbitrariedad-técnica y, también, de conformidad con los límites aplicables a ésta, siguiendo en todo momento los criterios que al efecto vienen estableciendo los órganos de recursos contractuales.

Finalmente, cabe indicar que **la competencia** entre operadores **no se manifiesta solo en relación con la parte de la oferta referida al precio, sino que también se concreta en relación con la calidad de la prestación y los elementos y aspectos que diferencian una y otra oferta** en este punto, por lo que **no se entiende el motivo por el que la fijación de un umbral en los criterios técnicos pudiera resultar anticompetitivo, y que el umbral se ha establecido en la mitad de la puntuación que corresponde a los criterios subjetivos, puntuación mínima que parece más que razonable y en absoluto excesiva.**

6.2 Sobre la justificación del 10% como límite para aplicar el factor corrector de la fórmula para valorar el criterio precio:

El informe señala la conveniencia de justificar la fijación del 10% de baja como cifra por debajo de la cual se aplica en la fórmula de valoración del criterio precio el factor corrector.

En este sentido, debe indicarse que, efectivamente, la fijación de este porcentaje ha sido razonada y se ha basado en el análisis y estudio comparativo de precios de adjudicación en los contratos actualmente en vigor que se integran en el presente procedimiento. Por tanto, **la baja del 10% es una baja factible, en función de la situación actual del mercado. Por otro lado, hay que destacar que la aplicación del factor corrector en modo alguno supone que no se repartan puntos a las bajas**



inferiores al 10%, sino que se otorgan puntos a estas ofertas y la pérdida de puntos es en todo caso proporcional a la baja realizada.

6.3 Sobre otras observaciones relacionadas con los criterios de valoración subjetivos:

En cuanto a las observaciones que se realizan sobre los criterios de valoración subjetivos, nos referimos, en primer lugar al Plan de mejora. Este plan se configura en el contrato no como una mejora en el sentido previsto en el artículo 147 del TRLCSP, sino como una suerte de auditoría del estado de la seguridad en cada edificio seguido de una propuesta de mejora de la misma, acompañada de una inversión por parte del contratista; es decir, se trata de una prestación objeto del contrato definida en el PPT. Los aspectos a valorar no se refieren al contenido de la auditoría-lo que muy probablemente colocaría al actual contratista en una situación de ventaja competitiva sobre el resto de licitadores dado que conoce el edificio y los detalles, características y necesidades de cada uno de ellos en materia de seguridad- sino al modo en que dicha auditoría será llevada a cabo por el futuro adjudicatario.

En relación con esta cuestión, siguiendo la recomendación realizada en el informe de la CNMC, por parte de la SGAPCC se incorporará al PCAP una mayor especificación de la finalidad a la que debe responder la auditoría.

No obstante lo anterior, por la SGAPCC se entiende que los criterios de valoración que se aplican a esta parte de la prestación sí suponen una cualificación o valor añadido a la oferta presentada, por cuanto implican una mayor o menor calidad de la forma en que se va a desarrollar la prestación de auditoría que va más allá de las exigencias que, en relación con la misma, fija el PPT que es el documento que contiene las características de la prestación mínimas que deben cumplirse necesariamente.



Finalmente, indicar que todos los criterios y sub-criterios de valoración especifican la ponderación que les corresponde, si bien en relación con los criterios subjetivos no se ha indicado que el reparto de puntos se hará de forma lineal, circunstancia que, siguiendo la recomendación de la CNMC, se aclarará en la versión definitiva del PCAP.

7. Observaciones relacionadas con la subrogación de personal

Como ya ocurriera con la clasificación exigible a los licitadores, debe señalarse también en este punto que la **obligación del operador que resultara adjudicatario de subrogarse en la posición de empleador de determinados trabajadores adscritos al contrato-vigilantes de seguridad-no es cuestión de la que el órgano de contratación pueda disponer o sobre la que pueda decidir**. Muy al contrario, se trata de una obligación impuesta por la normativa laboral-ya sea el Estatuto de los Trabajadores, ya el Convenio colectivo aplicable- respecto de la cual **el órgano de contratación no puede ni debe realizar indicación alguna en el PCAP, como tiene establecido de forma unánime la doctrina y los órganos consultivos con competencia en materia de contratación pública**.

La única cuestión que incumbe a la Administración contratante en relación con la subrogación de personal es la obligación de información que impone el artículo 120 del TRLCSP relativa a las condiciones laborales del personal a subrogar para que el licitador tenga toda la información relevante a efectos de elaborar su oferta.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no pueden ser tenidas en cuenta ninguna de las recomendaciones realizadas en el informe de la CNMC dado que la DGRCC, en su condición de órgano de contratación, no tiene capacidad de maniobra alguna en esta cuestión.



8. Observaciones sobre publicidad

Dada la relevancia del contrato centralizado de seguridad, por la DGRCC se ha resuelto publicar la licitación en el DOUE a pesar de no tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada por no corresponder a servicios incluidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP y **se considerarán las observaciones relativas a la extensión de la publicidad a medios alternativos al BOE y DOUE.**