NOTA EXPLICATIVA AL INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA INF/DP/0002/14 SOBRE LOS PLIEGOS DEL ACUERDO MARCO PARA EL SUMINISTRO DE VEHÍCULOS TURISMO DE 20 DE MARZO DE 2014

Recibido con fecha 20 de marzo de 2014 el informe INF/DP022/13 de la CNMC relativo a los pliegos diseñados por esta Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, se exponen a continuación las cuestiones planteadas por la CNMC y los comentarios de la misma DG al respecto.

1. Preferencia por el sistema dinámico de contratación

De acuerdo con el artículo 200.3 del TRLCSP, "el desarrollo del sistema, y la adjudicación de los contratos en el marco de éste deberán efectuarse, exclusivamente, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos". Actualmente, la AGE no dispone de un sistema que le permita utilizar el sistema dinámico por lo que no es una opción en este momento.

La coordinación de la implantación de la contratación electrónica compete a la Dirección General del Patrimonio del Estado, por lo que no puede esta DG asumir un desarrollo del sistema.

Los trabajos que se están realizando por la DGPE no estarán operativos hasta el segundo trimestre de 2015, por lo que hasta esa fecha no se podría iniciar, en el mejor de los casos, un expediente bajo esta modalidad, salvo que se modificase el citado artículo 200.3 TRLCSP para permitir su utilización sin medios electrónicos, si bien, debería valorarse si esa modificación es compatible con la Directiva 2004/18.

Dicho lo anterior, se mantienen dos opciones de contratación: acuerdo marco o procedimiento ordinario independiente de un sistema de racionalización (en adelante, procedimiento abierto).

Decisión de la DGRCC: Esta DG ha optado por la técnica del acuerdo marco con múltiples adjudicatarios para este caso.

CORREO ELECTRÓNICO:
Secretaria.dgrycentralizacioncontratos@minhap.es

C/Alcalá, núm. 9
28071-Madrid
TEL: 915958145
FAX: 915958785

2. Duración del acuerdo marco y de los contratos derivados del mismo

Consideraciones de la CNMC:

Dado que el acuerdo marco, como se acaba de señalar, supone un cierre temporal del mercado, la duración del mismo y de los contratos derivados deberían establecerse por plazos no excesivamente amplios. Especialmente si como ocurre con los sistemas dinámicos de contratación, existen otras mecanismos de centralización de la contratación pública que estarán operativos en los próximos años, y que permiten mayores niveles de competencia efectiva.

Por ello, sería conveniente la revisión de la duración prevista en los pliegos para el acuerdo marco (dos años que podrán ser objeto de prórroga por mutuo acuerdo sin que se puedan superar los cuatro años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196.3 del TRLCSP), con la finalidad de que las barreras de entrada para los operadores no participantes en el acuerdo marco no resulten excesivas. Especialmente si tenemos en cuenta la posibilidad en un futuro próximo de acudir al sistema dinámico de adquisición.

Por esta misma razón, la posibilidad de acudir a la prórroga de hasta dos años que permite el acuerdo marco, deberá ser evaluada de forma restrictiva por el órgano de contratación, realizando un examen exhaustivo sobre su necesidad y proporcionalidad.

Por otro lado, se valora positivamente que el término de vigencia del acuerdo marco limite el plazo en el que podrán adjudicarse y ejecutarse los contratos basados en el mismo , evitando una prolongación innecesaria y desproporcionada de la vigencia de aquellos.

Decisión de la DGRCC: Se acepta la propuesta de revisar la duración de los pliegos, modificándose la misma en dos años más y uno posible de prórroga y se evaluará la ejecución de ésta de forma restrictiva tal y como se recomienda en el informe de la CNMC.

3. Requisitos mínimos de solvencia económica y financiera

Consideraciones de la CNMC:

El apartado 3 de la cláusula VIII de los PCAP establece que "los licitadores deberán tener un volumen de negocios adecuado para la ejecución de los contratos basados en el presente

acuerdo marco. El volumen global de negocios acumulado, de los últimos tres años, deberá ser superior a 25.000.000,00 €".

Con carácter general, los requisitos de solvencia excesivamente restrictivos en contratación pública impiden que operadores que podrían cumplir adecuadamente con el objeto de los contratos puedan acceder a licitaciones, resintiéndose por ello la competencia en el proceso de contratación pública.

La cifra de volumen global de negocios acumulado de los últimos tres años para los licitadores que quieran participar en el acuerdo marco se considera excesiva, siendo razonable pensar que impedirá el acceso a operadores que podrían estar en disposición de realizar ofertas y responsabilizarse de la ejecución de los contratos basados en el acuerdo marco sin que con ello se resienta el interés público.

En efecto, partiendo de la base de que existe una gran variedad de tipos a los que se pueden presentar ofertas, y dado que la estructura del propio acuerdo marco permite que no se deban presentar ofertas a todos los tipos ni a distintos modelos, la exigencia de un umbral tan elevado se considera desproporcionado en relación con la capacidad de elección de los operadores para poder ofertar. Por ello se recomienda la revisión a la baja de este requisito de solvencia económica y financiera.

Decisión de la DGRCC: Para la determinación de la solvencia económica y financiera exigida a las empresas licitadoras en el pliego presentado, se han tenido en cuenta las experiencias anteriores y, por tanto, la exigencia recogida en los pliegos del AM 14/2009 al que este sustituye. De cara a garantizar precisamente el acceso a los operadores que podrían verse limitados en su participación, la cifra volumen de negocio solicitada como solvencia económica y financiera se ha dividido por seis en el nuevo acuerdo marco, ya que los 50 millones de euros de facturación anual en cada uno de los tres años anteriores al de licitación que se exigían en el acuerdo marco anterior se han reducido a 25 millones de euros de volumen global de negocios acumulado de los tres últimos años, es decir, que además de haberse dividido por seis, se ha flexibilizado la consecución de la solvencia al permitirse repartirla en tres diferentes años sin exigir una cifra específica en cada uno. En cualquier caso, y para incidir más en esta garantía, se acepta bajar en un 20% la solvencia económica y financiera propuesta inicialmente.

4. Requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional

Consideraciones de la CNMC:

La valoración general del impacto negativo sobre la competencia de requisitos de solvencia económica excesivos efectuada en el apartado anterior resulta también aplicable al caso al caso de los requisitos de solvencia técnica o profesional.

El apartado 4 de la cláusula VIII de los PCAP contiene determinados requisitos en relación con la solvencia técnica que pueden ser calificados como excesivos, restringiendo injustificadamente la concurrencia al menos de dos formas.

En primer lugar, se exige que para garantizar la cobertura en todo el territorio nacional, los licitadores cuenten con un mínimo de cuarenta centros de asistencia técnica, propios o concertados, un centro de asistencia técnica propio o concertado en cada Comunidad Autónoma, y centros de asistencia que garanticen la cobertura de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Este requisito está impidiendo el acceso al acuerdo marco a un número relevante de operadores de ámbito local, o de un ámbito territorialmente limitado, que podrían servir de suministradores del objeto de la licitación a numerosos órganos de contratación en todo el territorio del Estado. En particular, estos requisitos resultarán claramente desproporcionados en el caso de que se adhieran al acuerdo marco Comunidades Autónomas y entidades locales.

Por una parte, se debería prescindir del criterio territorial por otro que efectivamente garantizara una adecuada prestación y calidad de los servicios contratados (por ejemplo, la mayor celeridad en el suministro de vehículos o en las tareas de reposición).

Por otra parte, en los contratos basados en el acuerdo marco, la garantía de la cobertura en todo el territorio nacional no deberá contener requisitos que supongan una discriminación injustificada o desproporcionada a operadores que cuenten con una red territorial más reducida.

A este respecto se recuerda que, independientemente de su falta de adecuación a los principios de contratación pública, el artículo 18.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de

garantía de la unidad de mercado, establece que serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación los requisitos discriminatorios para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, y entre ellos se incluye específicamente que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que se disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

En segundo lugar, con la finalidad de garantizar el mantenimiento de los productos ofertados, en los PCAP se exige que los licitadores posean la condición de fabricantes o empresa filial de los productos ofertados, o que cuenten con la autorización del fabricante o distribuidor para el mantenimiento de los productos.

La obligación de ser fabricantes de los vehículos restringe injustificadamente la concurrencia en la oferta mientras que la exigencia de autorización de aquel deja peligrosamente en manos de aquellos la capacidad de reducir la oferta de licitadores, existiendo un nulo incentivo a concederlas si tienen decidida su participación por lo que debería replantearse su existencia dese la óptica de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción.

Decisión de la DGRCC:

Este AM y su catálogo derivado son de obligada utilización para todos los órganos de contratación de la Administración General del Estado (AGE), siendo solamente una ayuda o apoyo de uso voluntario para los organismos y entes adheridos de las comunidades autónomas y entidades locales. Coincide en este caso además, que los principales compradores del catálogo son precisamente los pertenecientes a la AGE (más de un 80% en los últimos cuatro años), y en especial centros como la Dirección General de la Guardia Civil, la Dirección General de Tráfico y la Dirección General de la Policía, para los que el uso de los vehículos constituye una herramienta principal de trabajo. De todo ello se deriva que las necesidades que deben quedar primordialmente satisfechas mediante la definición de los requisitos de este AM son las de estos destinatarios obligados que además no tienen otro medio de adquisición de vehículos turismos; y por tanto, quedarán relegadas todas aquellas facilidades que redunden en un beneficio para los usuarios adheridos al catálogo pero que constituyan un perjuicio para los principales usuarios obligados a los que, por su naturaleza, se debe el catálogo.

La exigencia de solvencia técnica propuesta se deriva directamente de un requisito operativo de los principales centros compradores del catálogo, una de cuyas primordiales peculiaridades en lo que respecta al mismo, es su gran dispersión geográfica a lo largo y ancho del territorio nacional, por lo que sus necesidades de soporte, mantenimiento y atención específica no pueden ser satisfechas por empresas sin presencia o acuerdos suficientes, lo que dejaría afectado de forma sensible el ejercicio de la función de estos órganos.

En todo caso, y para rebajar al mínimo la solvencia técnica requerida a las empresas sin comprometer el servicio que se pueda prestar a los usuarios, se redujo un 20% la exigencia de presencia territorial en número de centros de forma consensuada con los mencionados principales organismos, respecto a solvencia exigida en el AM 14/2009. Ir más allá de la reducción ya propuesta es considerada por los mismos como un quebranto al desarrollo de sus funciones.

No se exige ni un centro por provincia ni un reparto determinado de los 40 centros solicitados, más allá de garantizar al menos uno de ellos en cada una de las 17 comunidades autónomas, y tampoco se obliga a que los centros de asistencia técnica sean propios, sino que pueden ser simplemente concertados, garantizando la atención aunque esta no se realice por la propia empresa adjudicataria.

Por otro lado, no se exige la condición de ser fabricante de los productos para presentar oferta, siendo esta solo una de las opciones posibles, ya que tanto empresas filiales del fabricante, como empresas simplemente autorizadas por el mismo o el distribuidor para el mantenimiento de los productos ofertados, es suficiente. Se considera que rebajar esta condición incurriría peligrosamente en una irresponsabilidad por cuanto se estarían adquiriendo productos necesitados de un mantenimiento periódico y constante hasta el fin de su vida útil, además de estar sometidos a estrictas normativas de seguridad por cuanto se trata de vehículos para la circulación por vías públicas, sin tener la certeza de que la empresa adjudicataria cuenta con autorización o medios para poder realizarlo.

5. Requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional

Consideraciones de la CNMC:

El apartado 1 de la cláusula X de los PCAP, al regular el contenido de las proposiciones que presenten los licitadores, establece las empresas extranjeras deberán presentar la documentación exigida traducida al castellano por un Intérprete Jurado en activo, habilitado a tal efecto por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

De forma similar, la cláusula XII establece esta misma obligación para las empresas extranjeras en la presentación de la documentación necesaria para la calificación y valoración de las proposiciones.

Se debería valorar si las traducciones exigidas pueden ser realizadas por otros profesionales con acreditada capacitación técnico-lingüística, eliminando la reserva de dicha actividad a los traductores jurados habilitados por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en caso de que no fuera estrictamente necesario.

En definitiva, la reserva de actividad en la prestación de los servicios de traducción solo debería mantenerse si no existen otras alternativas que permitan acreditar o garantizar adecuadamente la fiabilidad de las traducciones realizadas por otros profesionales capacitados.

Decisión de la DGRCC:

Se considera que no existen otras alternativas adecuadas aparte de los traductores jurados habilitados por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación para acreditar o garantizar adecuadamente la fiabilidad de las traducciones realizadas.

6. Criterios evaluables mediante la aplicación de la fórmula lógica SI/NO

Consideraciones de la CNMC:

En el apartado 2.4 de la cláusula XI de los PCAP se indica que "en aquellos criterios en los que se aplique la fórmula lógica SI/NO, se asignará la totalidad de los puntos en el caso de

que se cumplimente SI, y cero puntos en el caso de que se cumplimente NO o no sea cumplimentado".

Esta ponderación de la puntuación que se polariza en los extremos señalados puede suponer una alteración del principio de neutralidad tecnológica en aquellos casos en que existan alternativas que razonablemente puedan conseguir el objetivo buscado con dicho criterio y que no obtengan puntuación alguna. Adicionalmente, en la medida en que la ponderación otorgada a estos criterios evaluables mediante la fórmula lógica SI/NO sea alta, se podría estar limitando la capacidad de determinados operadores en el acceso a la licitación.

En el caso que nos ocupa, y tras examen del Anexo IV de los PCAP en donde se concretan los casos a los que resultaría aplicable dicha fórmula, se ha podido constatar que esta valoración se establece principalmente en supuestos muy específicos relacionados con la seguridad y otorgándoles una ponderación limitada.

No obstante, con carácter general y de cara a futuros acuerdos marco, los órganos de contratación competentes deberían tener en cuenta los razonamientos expresados en este apartado para garantizar de forma efectiva una puntuación ponderada de aquellas otras posibles soluciones que, en base al principio de neutralidad tecnológica, pudieran ser igualmente efectivas.

Decisión de la DGRCC:
Tal y como se expresa en el informe de la CNMC, la utilización de la fórmula lógica SI/NO para los criterios de valoración en este AM, se considera adecuada y proporcionada.

7. Limitación de vehículos ofertados por cada licitador

Consideraciones de la CNMC:
Por un lado, el apartado 3.2 de la cláusula XI de los PCAP, relativa a los criterios de adjudicación de los criterios marco, establece en dos párrafos diferentes una limitación de vehículos que pueden ser ofertados por cada licitador.

En el primer párrafo se señala que "se desecharán todas las ofertas de un licitador de vehículos iguales en una misma clase, eligiéndose la de menor precio y desechándose las

restantes. En el caso de haber varias del mismo precio, se considerará únicamente la primera en orden de presentación"

Por su parte, el párrafo segundo establece que "cada licitador sólo podrá ofertar el mismo vehículo a una única clase, considerando la misma definición de mismo vehículo del párrafo anterior, […]. En el caso de que un licitador incumpla esta condición, el vehículo sólo se tendrá en cuenta en la clase de mayor precio de licitación, desechándose en las restantes."

La redacción de estos dos párrafos parece ser contradictoria, sin que quede clara la opción por el menor o el mayor precio del vehículo, por lo que se recomienda una nueva redacción que no induzca a confusión a los operadores a la hora de presentar la oferta ni en el momento de la valoración de las proposiciones que estos presenten por parte del órgano de contratación.

Por otro lado, los apartados 3.3, 3.4 y 3.5 de la cláusula XI de los PCAP determinan que la selección de los vehículos parece seguir tres fases. Se deduce que el parámetro "precio" se emplea en todas las fases: primero para excluir a todos los vehículos "iguales para cada clase", en cuyo caso, si hay empate entre los que se consideren el mismo vehículo "se seleccionará el vehículo de menor precio". A continuación, se pasa a puntuar los vehículos que hayan pasado el filtro del menor precio, fase en la que el precio sirve también para puntuar. Finalmente, tras la puntuación de todos los parámetros, incluido el precio, en caso de que distintos operadores hayan ofertado el mismo vehículo al mismo precio, "sólo se mantendrá el que hubiera obtenido una puntuación mayor, excluyéndose a los demás".

De lo que se deduce que existe un primer filtro, para cada vehículo, consistente en que se selecciona el de menor precio, para a continuación, valorarse el resto de factores, tras lo cual se opta por el de mayor puntuación.

Resulta altamente confusa la situación descrita, pudiendo afectar a la concurrencia efectiva de ofertas. Si lo que se pretende conseguir con este procedimiento es que todos los parámetros puntuables estén supeditados al precio, de forma que sirvan únicamente para desempatar en caso de que el precio ofertado sea el mismo, debería optarse por un mecanismo puro y transparente de selección de la oferta más ventajosa económicamente en base al precio (tradicionalmente denominada subasta). Si son otros los objetivos

perseguidos con ese diseño convendría explicar de forma clara los criterios a tener en cuenta.

Decisión de la DGRCC:
Se aclarará la redacción de los párrafos del PCAP que inducen a pensar que la limitación de no poder ofertar vehículos iguales en la misma clase por parte de un licitador es la misma que la limitación de no poder presentar el mismo vehículo en distintas clases. En el primero de los casos, de entre todos los vehículos iguales presentados por el licitador se escogería el de menor precio (para beneficiarle), y en el segundo caso, al no admitirse licitar con el mismo vehículo a dos clases distintas, se le dejaría licitar en la que tuviera el precio de licitación más alto (para beneficiarle).

Por ejemplo: un licitador presenta a la misma clase sus modelos AGECAR versión 1 (por 10.000 euros) y AGECAR versión 2 (por 11.000 euros). Pero tras estudiar sus características, se considera que son el mismo vehículo desde el punto de vista del pliego ya que tienen mismo fabricante, marca, modelo, combustible, potencia del motor, número de puertas y carrocería aunque difieran en tipo de acabado. En este caso sólo se le dejará presentar a esa clase el modelo AGECAR versión 1 por ser el de menor precio.

Si ese mismo licitador presenta el modelo AGECAR versión 1 en la clase 1 (de precio máximo de licitación 12.000 euros) y en la clase 2 (de precio máximo de licitación 14.000 euros) ya que cumple los requisitos de ambas, sólo se le dejará presentar el modelo en una clase, la de menor precio de licitación, en este caso, la clase 1.

En el segundo de los casos que se han considerado con redacción confusa (párrafos 3.3, 3.4 y 3.5 del punto 3 de la cláusula XI del PCAP), se acepta proporcionar una redacción alternativa a los párrafos afectados cuyo sentido era determinar un mecanismo de resolución a situaciones improbables o, al menos, no frecuentes, como sería el caso de que varios licitadores ofertaran el mismo vehículo dentro de una misma clase, ya sea al mismo o a distinto precio. Dado que el objetivo del catálogo es disponer de una cantidad acotada de vehículos de distintas características relevantes dentro de la misma clase, no redunda en este fin permitir que dos o más vehículos con las mismas características relevantes ocupen dos o más puestos dentro de una misma clase, ocasionando un perjuicio a los intereses de la administración que vería ocupados dos o más puestos de esa clase por vehículos que en realidad son iguales. Por ello, de entre todos los vehículos

iguales que se presenten a una misma clase, se elegirá únicamente uno, que será el económicamente más ventajoso, es decir, el que obtenga la mejor puntuación una vez aplicados los criterios de adjudicación.

8. Segunda licitación en la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco

Consideraciones de la CNMC:

El apartado primero de la cláusula XVIII de los PCAP, que establece el procedimiento de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, señala que "con carácter general, los contratos basados en el presente acuerdo marco se adjudicarán con arreglo a los términos fijados en el mismo, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. No obstante, la adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación cuando el organismo peticionario no esté en disposición de poder seleccionar entre los adjudicatarios del acuerdo marco el producto económicamente más ventajoso para cubrir sus necesidades, así como en el supuesto de que las circunstancias puntuales del mercado, el volumen del pedido u otros motivos debidamente justificados aconsejen una segunda licitación".

Debe resaltarse que si bien uno de los motivos que habitualmente se señalan en favor de la utilización de los acuerdo marco radica en la agilidad en la contratación derivada del mismo, el hecho de acudir a una nueva licitación supone inducir competencia adicional entre los adjudicatarios, lo que se valora positivamente y puede permitir obtener precios más ajustados, evitando el riesgo de que las condiciones iniciales queden obsoletas por la propia evolución del mercado .

Esta competencia adicional vendrá favorecida, de manera concreta, mediante una definición más precisa de las necesidades a satisfacer para el órgano de contratación, así como del objeto del contrato de que en cada caso se trate.

Por ello, desde la óptica de competencia, más que justificar por qué se acude a licitaciones derivadas en el Acuerdo Marco sería más recomendable cambiar el enfoque de forma que realizar esas licitaciones derivadas fuera la regla general y que lo que efectivamente se debiera justificar fuera la no convocatoria de las mismas.

Decisión de la DGRCC:

Una de las principales razones por las que definir catálogos de productos derivados de acuerdos marcos, es la agilidad que su utilización imprime a las adquisiciones, especialmente de aquellos artículos que por su cuantía darían lugar a un procedimiento abierto, como puede ocurrir frecuentemente con los vehículos cuando se compran varios. Aumentar la carga administrativa de la contratación obligando por defecto a cualquier comprador a realizar una segunda licitación, lo necesite o no (se considera que la necesita cuando *el organismo peticionario no esté en disposición de poder seleccionar entre los adjudicatarios del acuerdo marco el producto económicamente más ventajoso para cubrir sus necesidades, así como en el supuesto de que las circunstancias puntuales del mercado, el volumen del pedido u otros motivos debidamente justificados aconsejen una segunda licitación*) puede considerarse una complejidad innecesaria añadida a un procedimiento que previamente ha garantizado ya la justa y adecuada competencia entre licitantes para introducir sus productos en el catálogo.

En este caso concreto además, se trata de un catálogo limitado muy estrictamente en el número de productos distintos adjudicados dentro de la misma clase, por lo que se incide doblemente en la competencia y la obtención de las mejores condiciones económicas y técnicas sin necesidad de obligar a una segunda licitación en cada una de las compras a realizar, lo cual, además, podría desincentivar la utilización del catálogo en los organismos y entes adheridos al perder uno de sus principales atractivos.