

**OFICIO**

S/REF.: INF/CNMC/096/17

N/REF.:

FECHA:

ASUNTO: Informe sobre los pliegos que han de regir la celebración del AM para la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios.

DESTINATARIO: D. José María Marín Quemada
Presidente de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Se ha recibido el informe solicitado por esta Dirección General a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC), de fecha 25 de mayo de 2017, sobre los borradores de los pliegos de condiciones que regirán la celebración del futuro Acuerdo Marco para la prestación de los servicios de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión de las campañas de publicidad institucional.

En relación con las observaciones particulares incluidas en dicho informe se realizan las siguientes consideraciones:

1) Utilización de la figura del Acuerdo Marco.

Manifiesta la CNMC en su informe su preferencia por los Sistemas Dinámicos de Contratación (SDC) frente a la figura de los acuerdos marco (AM), fundamentalmente porque no cierra el mercado, recomendando la realización de un análisis coste beneficio de la implantación de un SDC en cada caso concreto.

De la propia recomendación de la CNMC se desprende que no dispone de una evaluación del resultado de la utilización de esta herramienta que permita concluir con rotundidad que la utilización del SDC arroja más beneficios en su conjunto que la utilización del AM.

A este respecto, la CNMC fundamenta su posición en los beneficios que para la competencia conlleva el no cerrar el mercado tras la adjudicación, existiendo otros muchos factores que se deben contemplar a la hora de determinar el instrumento más adecuado para la contratación centralizada de estos servicios, elección orientada siempre a satisfacer las necesidades de la Administración de la manera más eficiente y garantizando la competencia.

En este sentido, esta Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación viene señalando en sus alegaciones a los informes de la CNMC, las dificultades que plantea la gestión del SDC, que exige disponer de un acceso permanentemente abierto a las empresas, el cual es preciso regular y controlar, y que obliga a desarrollar e implantar herramientas informáticas específicas para la adjudicación de los contratos en el marco del Sistema Dinámico.

Aspectos como estos explican, entre otros, el escaso desarrollo que han tenido hasta la fecha los sistemas dinámicos de contratación entre las Centrales de Compras Europeas.

La DGRCC participa en una Red de centrales de contratación europeas (CPBs), organización informal para el intercambio de experiencias en la que están representadas centrales estatales de 15 países europeos. En estas reuniones se ha puesto de manifiesto que la figura contractual de uso general por parte de todas las CPBs es el acuerdo marco y que solo un número muy pequeño de CPBs tienen experiencia en sistemas dinámicos y siempre para categorías muy concretas de productos.

La Red celebra dos reuniones anuales, correspondiendo a nuestra Central de Contratación del Estado ser la anfitriona de la nueva sesión que se celebrará en octubre de 2017. Muestra del interés de la DGRCC en seguir avanzando en el análisis de los Sistemas Dinámicos de contratación es su propuesta de que, en la reunión que próximamente se celebre en Madrid, uno de los grupos de trabajo de la Red verse sobre esta materia.

En cuanto a la reflexión realizada por la CNMC sobre la implantación de la contratación electrónica y sus significativas ganancias en eficiencia, se señala que esta DGRCC ha incorporado la licitación electrónica en los pliegos que rigen este AM.

Por último, respecto a la recomendación de facilitar a la CNMC la información precisa para poder vigilar la evolución de la tensión competitiva y el grado de concentración de la oferta, solo indicar que así lo viene haciendo siempre esta Dirección General y, concretamente, en lo que se refiere a los servicios objeto de este acuerdo marco, se ha remitido a la CNMC toda la documentación que ha requerido en relación con el acuerdo marco actualmente en vigor.

2) Consideraciones previas sobre el mercado.

Resalta la CNMC en su informe la importancia que para lograr una contratación eficiente y competitiva tiene un conocimiento previo del mercado en el que se inserta la licitación. Señala que el conocimiento de las características tanto de la oferta como de la propia demanda (presente y pasada), conllevará entre otras

cuestiones mejoras en la definición del objeto de la licitación y del ajuste del presupuesto base de licitación, minimizando los posibles errores de planificación.

En relación con el AM objeto de informe, a pesar de acompañar a los pliegos una memoria, señala la Comisión que no puede valorarse la racionalidad de las decisiones tomadas en función de los resultados del AM anterior, ya que no se contiene ninguna referencia al mercado afectado que pueda ayudar en dicha comprensión.

A este respecto, ha de significarse que el conocimiento previo del mercado ha quedado debidamente garantizado, ya que los principales términos del acuerdo marco se han fijado por un grupo de trabajo designado en el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco 50/2014 para la adopción de tipo del servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las campañas de publicidad institucional.

Con el objeto de estudiar y elaborar la propuesta que rigiera la contratación centralizada del nuevo acuerdo marco se constituyó un grupo de trabajo con representantes de los ministerios designados por los Subsecretarios en su condición de vocales de la Comisión de publicidad y comunicación institucional, dirigido y coordinado por la Directora General de Comunicación y con la asistencia de un representante de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación.

Desde el punto de vista de la demanda, todos los departamentos, organismos y entidades potencialmente interesados en los aludidos contratos tuvieron oportunidad de manifestar sus necesidades a través de sus representantes en el grupo de trabajo.

3) Duración del Acuerdo Marco

Más allá de la duración total del AM, sobre la cual la CNMC no se pronuncia negativamente, ya que se ha reducido a un año el período posible de prórroga, manifiesta el interés de evaluar la duración *de facto* que el mismo pudiera tener a través de la extensión por los contratos basados en el mismo. Tal y como consta en los PCAP, cláusula V, "*mediante resolución de la DGRCC se determinará la fecha límite para iniciar expedientes de contratación basados en este acuerdo marco*".

Recomienda la CNMC evitar que los contratos basados en el AM puedan extenderse más allá de la finalización del mismo y sus prórrogas y, en su defecto, se aconseja que el órgano proponente pondere cuidadosamente la elección de aquella fecha, de modo que la duración del AM pudiera quedar ampliada *de facto* de manera artificial y desproporcionada más allá de los dos años prefijados por los pliegos.

A este respecto se señala que en la elección de la citada fecha por parte de esta Dirección General se tendrá en cuenta lo señalado por esa CNMC.

4) Fijación del número máximo de empresas

En la Cláusula IX del PCAP se dispone que el número de empresas adjudicatarias a seleccionar sea de 10. Este número duplica el establecido en el AM actualmente en vigor, lo que es valorado positivamente por la CNMC en su informe.

No obstante, señala la CNMC que el órgano proponente debería valorar si limitar a diez el número de licitadores seleccionados puede resultar restrictivo teniendo en cuenta el valor estimado del AM y un cierre del mercado que podría extenderse durante varios años contando las prórrogas y la finalización de los contratos basados, y que debería hacerlo teniendo en mente los datos de ejecución del actual AM y la problemática derivada del mismo.

En este sentido, manifiesta la postura de esa autoridad a favor de no limitar los adjudicatarios del AM ya que considera que ello restringiría innecesariamente la concurrencia, de forma que se puedan maximizar las posibles eficiencias conseguidas como consecuencia de un mayor número de licitadores.

En relación con lo anterior, esta DGRCC señala que el número de empresas adjudicatarias del nuevo acuerdo marco se determinó por el grupo de trabajo al que se ha hecho referencia en el apartado 2 de este informe, designado en el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco 50/2014 y, por tanto, conocedor de los datos de ejecución del actual acuerdo marco y de las incidencias habidas durante la vigencia del mismo. Dicho número se acordó como el más adecuado para satisfacer las necesidades de la Administración, garantizando la competencia.

A diferencia de lo manifestado por la CNMC, esta DGRCC considera que la no limitación del número de adjudicatarios del acuerdo marco, siendo el único criterio de adjudicación los precios y porcentajes de descuento sobre tarifas, desincentiva la realización de una oferta ventajosa para la Administración por parte de los licitadores, que tendrían garantizada la adjudicación en caso de ser admitido a la licitación por cumplir los requisitos exigidos.

Por otra parte hay que señalar la baja incidencia de la limitación de los adjudicatarios sobre las empresas de este sector ya que el volumen de contratación de servicios de publicidad y comunicación que se realiza por las administraciones públicas es mucho más amplio de los servicios que se contratan a través de este AM.

Centrándonos en el ámbito subjetivo del Acuerdo Marco, es necesario destacar que solamente están incluidos en el mismo la Administración General del Estado,

sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas Estatales, de conformidad con lo previsto en el artículo 206.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Asimismo, se encuentra comprendido en el ámbito subjetivo del presente acuerdo marco el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España, S.A. (INCIBE), entidad integrante del sector público estatal no incluida en el citado artículo 206.1 y adherida al presente acuerdo marco, conforme a lo previsto en el artículo 205 del TRLCSP. Por tanto, quedan excluidos las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y sus organismos dependientes.

En cuanto al ámbito objetivo del Acuerdo Marco, se limita a las campañas de publicidad institucional, quedando fuera de su ámbito las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil, así como aquellas otras que se puedan contratar a través de la figura del contrato menor, en razón de su cuantía.

Por lo que se refiere a las prestaciones incluidas en el servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios necesarios para la difusión de las campañas de publicidad institucional objeto de este acuerdo marco, son las siguientes:

- ✓ La estrategia y planificación de la compra de espacios
- ✓ Adaptación de la creatividad
- ✓ Contratación de los espacios publicitarios
- ✓ Acciones que potencien los objetivos de las campañas de publicidad
- ✓ Asesoramiento técnico
- ✓ El seguimiento y control de las campañas de publicidad institucional
- ✓ La realización de una memoria detallada a la finalización de la campaña

Por tanto, no están incluidos los servicios de creatividad, así como los servicios de evaluación de la eficacia y resultados de las campañas.

Por último, y respecto a la recomendación de la CNMC de hacer flexible el número máximo de adjudicatarios del AM, de forma que si entre los seleccionados existieran una o varias ofertas vinculadas entre sí, se compute el conjunto de empresas que presenten ofertas vinculadas al mismo grupo como una sola oferta, se incorpora dicha recomendación al Pliego.

5) Solvencia económica y financiera

En primer lugar, sin perjuicio de que se trate de uno de los medios legalmente establecidos en el TRLCSP, la CNMC cuestiona la idoneidad del volumen de negocio como parámetro para evaluar la solvencia económica. Asimismo, la CNMC cuestiona que el volumen global de negocios deba ser superior a 1.550.000 de euros en cada uno de los tres años concluidos ya que podría suponer una barrera excesiva, limitándose con ello los niveles de competencia efectiva.

En relación con lo anterior se señala que la utilización del volumen anual de negocios como parámetro para evaluar la solvencia económica, se encuentra ampliamente amparado por la normativa en vigor y consideramos que constituye un indicador adecuado para verificar la solvencia económica y financiera de la empresa.

En cuanto a la justificación del aumento del volumen anual de negocios respecto del acuerdo marco anterior, la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 58 establece que cuando vayan a adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco tras la convocatoria de una nueva licitación, el requisito del límite máximo del volumen de negocios anual se calculará con arreglo al tamaño máximo previsto de los contratos específicos que vayan a ejecutarse al mismo tiempo, o, cuando se desconozca este dato, con arreglo al valor estimado del acuerdo marco.

En este sentido, el contrato basado en el AM 50/2014 con importe máximo de licitación en el año 2015 fue de 6.743.801,65 euros (8.160.000 euros, IVA incluido) y el contrato basado en el AM 50/2014 con importe máximo de licitación más elevado en el año 2016 fue de 7.404.958,68 euros (8.960.000 euros, IVA incluido).

Por su parte, el promedio del importe de licitación de todos los contratos basados en el AM 50/2014 en el año 2015 es de 1.551.213,70 euros, IVA incluido y el promedio del importe de licitación de todos los contratos basados en el AM 50/2014 en el año 2016 ascendió a 3.515.340,83 euros, IVA incluido.

Dado que en el año 2016 no se aprobó el Plan Anual de Publicidad Institucional y se realizaron menos campañas publicitarias de las habituales en un ejercicio, se ha considerado la cuantía del ejercicio 2015, 1.550.000 euros, como el parámetro más adecuado, encontrándose dicha cifra muy por debajo de los límites máximos fijados por el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, lo que potencia la competencia.

Por otro lado, la CNMC plantea que más allá de referencias generales en el TRLCSP, no se contemplan en los Pliegos elementos flexibilizadores para la acreditación de nuevos entrantes, que eventualmente no pudieran demostrar la solvencia exigida para cada uno de los tres años.

En este sentido, en consonancia con lo recogido en el artículo 60 apartado 3 de la Directiva 2014/24/UE, el pliego, en el apartado 3.2 de la cláusula VII "Condiciones de aptitud para contratar con el Sector Público" sí recoge mención expresa a que cuando un licitador no estuviera en condiciones de acreditar el volumen de negocios en los términos indicados en éste, el órgano de contratación podrá autorizar que acredite su solvencia económica y financiera a través de cualquier otro medio que considere apropiado, recogiendo, por tanto, una cláusula flexibilizadora a la que se refiere la CNMC.

Por lo que se refiere a la solvencia técnica y profesional, propone la CNMC eliminar la exigencia de un determinado volumen anual de negocios para su acreditación.

Como ya hemos tenido ocasión de manifestar en nuestra respuesta a anteriores informes de la Comisión, la cifra de negocios global hace referencia a las distintas ramas de actividad que una misma empresa puede tener, mientras que la cifra exigida en la solvencia técnica o profesional hace referencia a la capacidad específica de la empresa de realizar servicios en el ámbito del objeto del acuerdo marco que se licita.

El apartado 4 del artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, establece que “los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado”.

De acuerdo con este precepto y dado el importe de los contratos basados que se han adjudicado con el acuerdo marco vigente (50/2014), se considera necesario fijar a efectos de solvencia técnica y profesional, al menos el importe medio de los contratos basados celebrados en 2015 a fin de garantizar una suficiente experiencia en la materia que garantice la correcta ejecución del contrato.

6) Criterios de adjudicación del Acuerdo Marco

En cuanto a la recomendación de la CNMC relativa a que el precio ostente un peso sensiblemente mayor al de resto de criterios en tanto valor objetivo por definición, cabe destacar que el apartado VIII del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que la celebración del acuerdo marco se realizará mediante procedimiento abierto, valorándose cómo criterio de adjudicación los precios y porcentajes de descuento en función de los medios y soportes publicitarios. Siendo, por tanto, el único criterio de adjudicación del Acuerdo Marco el precio.

Debe tratarse de un error por tanto la observación realizada a este respecto.

En el caso de los criterios de valoración que regirá la licitación de los contratos basados, el AM establece que los precios y porcentajes de descuento se deberán valorar con al menos el 51% del total de los puntos destinados a valorar las ofertas. Por tanto, además de que resultarán adjudicatarios los licitares que ofrezcan los mejores precios y descuentos, se obliga a valorar de nuevo las ofertas con este criterio en el momento de la licitación de los contratos basados,



con un peso en todo caso superior al resto de los criterios. Así pues, el precio, ostenta un peso sensiblemente superior al del resto de los criterios como recomienda la CNMC.

En cuanto a la puntuación otorgada a los distintos medios, cabe destacar que dicha ponderación fue fruto del análisis por parte del Grupo de Trabajo de los datos obtenidos de las campañas realizadas en 2015, concretamente de los porcentajes de inversión por medios y soportes de las campañas.

7) Minimización del riesgo de comportamientos colusorios.

Con el fin de reforzar el rechazo hacia posibles conductas colusorias, la CNMC recomienda incluir en el PCAP que la sanción del falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas no solo se limita a la sanción administrativa de competencia, sino que puede constituir ilícito penal de acuerdo con el artículo 262 del Código Penal.

Ante la observación efectuada, se cuestiona que resulte apropiado que un documento de naturaleza contractual, como es el caso de un PCAP, aluda expresamente a que, en su caso, se aplicaría el Código Penal, lo que supone el uso de un tono conminatorio cuyo efecto disuasorio en cuanto a los posibles autores de estas conductas resulta dudoso.

Cabe asimismo indicar que no se desconoce el motivo por el que se recomienda incluir la alusión a la norma penal y no a otras normas sancionadoras más benignas de carácter administrativo.

No obstante lo anterior, se sugiere a esa CNMC la elaboración de una propuesta concreta sobre la cláusula que se propone incluir en el PCAP para minimizar los riesgos de comportamientos colusorios, que sería estudiada con todo interés por esta Dirección General.

**EL DIRECTOR GENERAL DE RACIONALIZACIÓN
Y CENTRALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN**

Pablo Arellano Pardo