



CNMC

COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**INF/DP/001/14 INFORME SOBRE
LOS PLIEGOS DEL ACUERDO
MARCO PARA LOS SUMINISTROS
DE COMBUSTIBLES DE
AUTOMOCIÓN**

23 DE ENERO DE 2014

Índice

I. Antecedentes	3
II. Contenido	4
III. Observaciones	6
III.1 Valoración general	6
III.2 Observaciones particulares	7
III.2.1 Utilización del acuerdo marco frente a otros sistemas de adquisición ..	7
III.2.2 Duración del acuerdo marco y de los contratos derivados del mismo ..	7
III.2.3 Requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional	8
III.2.4 Criterios de adjudicación. Justificación de otros requisitos distintos al precio	8
III.2.5 Descuentos mínimos exigidos diferentes en cada lote	9
III.2.6 Exigencia de información sobre el régimen de propiedad de las gasolineras	9
III.2.7 Contratos basados en el acuerdo marco. Criterios para la adjudicación de contratos	10
III.2.8 Cláusula de mejor cliente.....	10

El Consejo, en Sala de competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 23 de enero de 2014, ha aprobado el presente informe, relativo a los **Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la celebración del acuerdo marco para la adopción de tipo de los suministros de combustibles de automoción**, en el que se analizan las implicaciones de los mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la buena regulación económica.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 14 de enero de 2014. La documentación recibida consiste en una versión de los mencionados Pliegos, junto con una nota explicativa.

Este informe se aprueba, a solicitud del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en ejercicio de las competencias consultivas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en aplicación del artículo 5.2 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

I. ANTECEDENTES

La **situación actual** del suministro de combustibles en el sector público estatal es heterogénea ya que conviven departamentos u organismos con contratos y descuentos elevados (máximo de 7 %) con otros departamentos u organismos que han conseguido descuentos muy inferiores o ni siquiera han licitado los suministros y no tienen, por tanto, descuentos.

Los **objetivos** que se pretenden alcanzar con este contrato son fundamentalmente I) la racionalización de las contrataciones existentes (en algunos organismos no existe contrato), II) la obtención de ahorros. Por otra parte, hará posible adoptar determinadas medidas en otras contrataciones relacionadas con ésta, así como tomar decisiones ajenas al suministro de combustibles (por ejemplo, racionalización del parque automovilístico).

Para conseguir este objetivo se pretende **acudir a la figura del acuerdo marco**, que se contempla en el 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 los arts. 196 a 198 (TRLCSP).

En dichos preceptos se indica que “los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, **siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada**”.

Igualmente se precisa, entre otros requisitos, que “la duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados” y que “sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos [...], las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco”.

II. CONTENIDO

Los PCAP contienen 19 cláusulas, además de 7 anexos.

Las *cláusulas* están referidas al objeto y destinatarios del acuerdo marco, el órgano de contratación, la naturaleza del acuerdo marco, régimen jurídico aplicable y documentos de carácter contractual, plazo de duración, valor estimado, condiciones de aptitud para contratar con el sector público, procedimiento de celebración del acuerdo marco, contenido y presentación de las proposiciones, criterios de adjudicación, calificación y valoración de las proposiciones, adjudicación del acuerdo marco, garantías, formalización del acuerdo marco, ejecución y órgano responsable, resolución del acuerdo marco, contratos basados en el acuerdo marco, derechos y obligaciones de las partes, prerrogativas de la Administración, régimen de invalidez, de recursos y jurisdicción competente.

Los *anexos* se refieren a las localidades con cobertura como mínimo en el ámbito geográfico del lote 2, al modelo de declaración responsable de cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración y a los modelos de ofertas evaluables mediante fórmulas lote 1, 2, 3, 4 y 5.

Los PPT contienen 4 cláusulas, referidas al objeto del pliego, la descripción del objeto, la prestación del suministro y la facturación de los repostajes.

Las **principales características** de la licitación son las siguientes:

- a. Ámbito objetivo: incluye el repostaje de gasolinas, gasóleos A y B y biocombustibles en estaciones de servicio y suministros a depósitos no militares.
- b. Ámbito subjetivo: el ámbito obligatorio se compone de la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, Entidades de la Seguridad Social y Entidades públicas estatales. No obstante, este acuerdo será ampliable a sociedades mercantiles y fundaciones estatales así como a Comunidades Autónomas y Entidades Locales a las que se comunicarán las condiciones resultantes de la adjudicación para promover su incorporación.

c. División en lotes: dentro del acuerdo marco se establecen cinco lotes geográficos en los que la modalidad de contratación es diferente:

- Lote 1: Península y Baleares, en el que se seleccionarán múltiples adjudicatarios.
- Lote 2: Islas Canarias (salvo La Gomera y El Hierro), único adjudicatario.
- Lote 3: Islas de La Gomera y El Hierro¹, único adjudicatario.
- Lote 4: Ciudad Autónoma de Ceuta, único adjudicatario.
- Lote 5: Ciudad Autónoma de Melilla, único adjudicatario.

Según el Ministerio, la justificación de esta estructura se basa en *factores de concurrencia* (los diversos territorios constituyen realidades separadas, tanto en empresas oferentes como en posibilidad de traslados de vehículos) y *de necesidades de implantación territorial*.

d. Criterios de valoración: en los lotes 1 y 2 los criterios se refieren al descuento ofertado sobre el precio venta al público (50%) y la cobertura territorial (50%). En los lotes 3, 4 y 5, el único criterio de valoración será el descuento. El descuento mínimo exigido varía en cada lote de forma que para el lote 1 es del 12%, para el lote 2 del 9%, para el lote 3 del 3% y para los lotes 4 y 5 del 7,5%.

e. Duración: la duración del acuerdo marco será de 3 años (con posibilidad de prórroga por otro año más) y todos los organismos se incorporarán conforme vayan finalizando los contratos vigentes.

f. Valor estimado: será el valor máximo estimado, excluido el IVA, del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo marco. Por consiguiente, el valor estimado del acuerdo marco asciende a trescientos nueve millones doscientos cincuenta mil euros (309.250.000€)². El valor estimado correspondiente a cada uno de lotes es:

- Lote 1: trescientos millones de euros (300.000.000€).

¹ Se separan estas islas del resto de islas del archipiélago porque, según el Ministerio proponente, en ellas existe un monopolio de hecho al ser una sola la empresa que tiene estaciones de servicio. Por esta razón la separación del lote de las Islas Canarias, para que pueda existir concurrencia en el resto de las Islas, ya que de otra manera solo podría acudir al concurso la empresa que distribuye en las citadas dos islas.

² Estos datos son provisionales ya que sólo tiene en cuenta aquellos organismos que han remitido la información en primera fase, por lo que debe considerarse de mínimos. Se estima que en el resto de entes (RENFE Operadora, ADIF, AENA, Grupo Puertos del Estado...) pueden aflorar consumos y que si se obtienen descuentos competitivos se adherirán comunidades autónomas y otros entes, alguna de los cuales ya ha mostrado interés. Según el Mº Hacienda y Administraciones Públicas, una aproximación al ahorro real que se podría conseguir en los tres años de vigencia del Acuerdo Marco ascendería a unos 5,9 millones de euros.

- Lote 2: siete millones de euros (7.000.000€).
- Lote 3: cincuenta mil euros (50.000€).
- Lote 4: un millón doscientos mil euros (1.200.000€).
- Lote 5: un millón de euros (1.000.000 €).

La cifra indicada corresponde al consumo estimado durante el plazo de vigencia del acuerdo marco, incluida la prórroga, y tiene carácter meramente orientativo y no vinculante. En consecuencia, no existe obligación de adquisición de un volumen determinado por parte de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación.

III. OBSERVACIONES

III.1 Valoración general

En primer lugar, la CNMC comparte y valora positivamente las iniciativas dirigidas a lograr una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

Las iniciativas puestas en marcha para la centralización de contratos presentan, no obstante, una problemática específica desde la óptica de competencia. Es necesario encontrar un equilibrio entre el objetivo de una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos y los ahorros que pueden conllevar y el respeto a los principios garantizadores de una competencia efectiva³: entre otros i) Facilitar la libertad de acceso a la licitación, ii) Evitar la discriminación entre operadores, iii) Reducir los riesgos de concentración del número de operadores y iv) contrarrestar las mayores facilidades de comportamientos colusivos).

En lo referente al recurso a los acuerdos marco, el legislador estatal ya introdujo ciertas limitaciones a su utilización. El TRLCSP afirma que *el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada*.

Por este motivo, se valora de forma especialmente positiva la remisión de los Pliegos analizados en este informe por parte del órgano proponente, el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas y se recuerda la idoneidad de este tipo de informes previos por parte de la autoridad de competencia de cara a poder pronunciarse sobre los posibles obstáculos a la competencia efectiva.

En base a lo anterior, del análisis de los Pliegos comentados y sin perjuicio de que **se consideran justificados los motivos de eficiencia alegados por el Ministerio** para centralizar la compra de carburantes en el sector público

³ En parte estas consideraciones ya fueron recogidas en la [Guía sobre Contratación Pública y Competencia](#) de la CNC, en especial las páginas 12 y 13.

estatal, **se desprenden una serie de cuestiones** sobre las que, sobre la base de la promoción de la competencia y de la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación que delimitan las evaluaciones de esta autoridad, cabe realizar las siguientes observaciones particulares.

III.2 Observaciones particulares

Teniendo en cuenta los razonamientos anteriores, la CNMC plantea las siguientes observaciones en relación con ciertos elementos:

III.2.1 Utilización del acuerdo marco frente a otros sistemas de adquisición

A diferencia del acuerdo marco, que cierra la posibilidad de que se incorporen otros operadores durante la vigencia del mismo, y respetando el objetivo formalmente perseguido con esta actuación pública (racionalizar el gasto mediante un mayor descuento de los operadores por compra centralizada), existe en el TRLCSP otra opción que es potencialmente menos restrictiva para la competencia efectiva, como es **el recurso al sistema dinámico de adquisición**⁴. Desde la óptica de competencia **debería ser utilizado de forma preferente**.

Sin perjuicio de posibles impedimentos técnicos⁵ actualmente existentes para la puesta en marcha del sistema dinámico de adquisición, sus ventajas derivan del hecho de que dejaría abierta la posibilidad de que a lo largo del período de vigencia de la relación jurídica pudieran incorporarse otros operadores interesados, eliminando barreras de entrada e incrementando de esta manera, la competencia potencial y efectiva.

Desde esta autoridad se recomienda que, dada la frecuencia con que en la actualidad diferentes Administraciones Públicas están recurriendo a las vías comentadas de racionalización técnica de la contratación⁶ se tomen las medidas oportunas, financieras y de recursos humanos, para acelerar su puesta en funcionamiento y la posibilidad real de su utilización sistemática.

III.2.2 Duración del acuerdo marco y de los contratos derivados del mismo

⁴ Está regulado en los arts. 199 a 202 del TRLCSP.

⁵ El sistema dinámico de adquisición exige que se ponga en marcha un sistema de tramitación electrónica de la documentación relativa al expediente que, según señala el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, todavía no estaría operativo.

⁶ Entre ellas cabe citar el acuerdo marco, pero también los sistemas dinámicos y las centrales de contratación.

En línea con lo anterior, para reducir el perjuicio a la competencia efectiva que se produciría por el propio funcionamiento del acuerdo marco, al cerrar durante su vigencia este mercado a nuevos operadores potencialmente interesados en ofertar, se sugiere reducir la duración prevista en los PCAP⁷ del acuerdo marco. Adicionalmente, para favorecer adicionalmente la concurrencia, se recomienda que dicha vigencia mínima prevea acudir al sistema dinámico de adquisición en cuanto esté en funcionamiento.

Por otro lado, se valora positivamente que el término de vigencia del acuerdo marco delimite 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.

III.2.3 Requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional

Entre los mismos se exige⁸ que los licitadores deberán disponer de un sistema de tarjetas como el descrito en el PPT y *acreditar que se ha aplicado, en los tres últimos años, al menos a tres destinatarios públicos o privados.*

La finalidad del requisito exigido sería acreditar la suficiente capacitación técnica para utilizar el sistema de tarjetas descrito. No obstante, aceptando la necesidad de disponer del sistema de tarjetas, se considera proporcional, en aras de favorecer la concurrencia, limitar la obligación a los licitadores de que se comprometan a disponer de este sistema si recae sobre ellos la adjudicación del contrato, sin exigir en el sistema de tarjetas experiencia pública o privada de carácter previo.

III.2.4 Criterios de adjudicación. Justificación de otros requisitos distintos al precio

En los lotes 1 y 2 se valorarán diversos criterios de adjudicación, además del precio; mientras que en los lotes restantes se valorará únicamente el descuento. Cuando son varios los criterios (lotes 1 y 2) se utiliza el descuento propuesto y el número de localidades con cobertura de suministro que dispone el operador en el ámbito territorial correspondiente, dándose una ponderación del 50% al descuento y 50% al número de localidades.

En cuanto al lote 1, la amplitud de su definición geográfica (Península y Baleares) y el hecho de que se puedan obtener hasta 50 puntos por el número de localidades incluidas en la oferta, teniendo en cuenta que bastan 45 puntos para ser seleccionado para el acuerdo marco, determinan que los grandes

⁷ Cláusula V de los PCAP. Tres años más un año de posible prórroga. El plazo comenzará a contar desde la fecha en que se establezca en el documento de formalización.

⁸ Cláusula VII.4 de los PCAP.

operadores van a poder competir en una posición de preferencia, en la medida en que:

- el peso en el concurso de las estaciones de servicio puede reducir la presión competitiva en precios para los mayores operadores,
- los pequeños operadores⁹ tendrían que hacer un mayor esfuerzo para poder entrar en el acuerdo marco vía descuentos en precios.

Para facilitar que los operadores de menor tamaño puedan competir efectivamente por acceder al acuerdo marco, mientras que los grandes operadores vean más incentivada la competencia en precios, es decir, en descuentos, se propone incrementar la ponderación del descuento y reducir el del número de localidades, favoreciendo mayores incentivos a competir entre los diferentes tipos de potenciales licitadores.

III.2.5 Descuentos mínimos exigidos diferentes en cada lote

Sería recomendable una mayor justificación al respecto por parte del Ministerio respecto a la divergencia de descuentos mínimos¹⁰ exigidos en cada lote (del 12% del lote 1 al 3% del lote 3). Sería recomendable una mayor justificación al respecto por parte del órgano proponente que motive las diferentes obligaciones exigidas entre operadores en función de la localización geográfica del lote.

III.2.6 Exigencia de información sobre el régimen de propiedad de las gasolineras

Según precisan los PCAP¹¹, los licitadores deberán incluir un listado de estaciones de servicio con indicación de su ubicación y la *condición de propias, abanderadas u otras*, en una hoja de cálculo en formato electrónico.

La CNMC considera que es indiferente para el servicio prestado el carácter de propia o abanderada de la estación de servicio, mientras que puede constituir una barrera de entrada y una carga administrativa innecesaria. No se considera procedente exigir esa información. Los mismos PCAP¹² afirman que la exigencia a los licitadores de requisitos de solvencia se refiere a que dispongan de estaciones de servicio, ya sean en propiedad, abanderadas u otras, sin

⁹ Así, por ejemplo, supongamos que los operadores que más gasolineras tienen en el ámbito del lote 1 disponen de 100 gasolineras en todo el territorio y ofrecen un descuento cercano al 12%. El descuento que tendría que ofrecer un operador que disponga de 5 gasolineras para poder entrar en el acuerdo, podría ser desproporcionadamente elevado.

¹⁰ Cláusula X de los PCAP.

¹¹ Cláusula IX de los PCAP.

¹² Cláusula VII.4 de los PCAP

mayor precisión, lo cual es valorable positivamente pues favorece la concurrencia.

III.2.7 Contratos basados en el acuerdo marco. Criterios para la adjudicación de contratos

Según los PCAP¹³, los criterios de valoración que regirán la licitación del contrato basado en el acuerdo marco serán algunos o todos entre los siguientes: *descuento sobre el precio de venta al público, cobertura territorial adaptada a las necesidades del órgano peticionario, cobertura mediante estaciones de servicios 24 horas, plazos de entrega, servicios adicionales, periodos de facturación.*

A la hora de la adjudicación de estos contratos, y en general de cualesquier contratos públicos mediante licitación, se debería otorgar una ponderación suficientemente significativa a los parámetros económicos, en especial, la variable precio, en este caso, el descuento, por lo que se valora positivamente que, si se utiliza la variable precio, al menos el 40% de los puntos se concedan en base al mismo.

Adicionalmente, se recomienda que dada su mayor objetividad con respecto a otros criterios de naturaleza más subjetiva, el criterio del descuento siempre se encuentre entre las consideradas para la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco y no sea opcional.

III.2.8 Cláusula de mejor cliente

En los PCAP¹⁴, se recoge la obligación de los adjudicatarios de comunicar a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, y *aplicar a los suministros contratados, durante la vigencia del acuerdo marco, los descuentos y condiciones con que concurren en el mercado si mejoran los de la adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares.*

La cláusula de mejor cliente¹⁵ pueden tener en principio efectos favorables a la competencia al facilitar un sistema de ajuste dinámico que permite, en este caso a la Administración Pública, obtener constantemente las mejores ofertas en precios. Sin embargo, su inclusión en un acuerdo marco, podría tener igualmente efectos dinámicos desfavorables para la competencia. Por ejemplo, en el caso que esta cláusula, si generalizada, alterase los incentivos

¹³ Cláusula XVII.1.1 de los PCAP.

¹⁴ Cláusula XVIII.1 de los PCAP.

¹⁵ Como un tipo de “cláusula que referencia rivales” (CRR). Vid. *Contracts that Reference Rivals*. U.S. Department of Justice. 2012.

de los operadores y les condujesen a evitar reducciones de precios en nichos específicos por su aplicación automática al resto del mercado, o a partes significativas.

Sin perjuicio, en estos momentos, del carácter empírico de los efectos económicos favorables o no a la competencia de la cláusula de mejor cliente, su aplicación en los pliegos puede plantear problemas de adecuación a la normativa aplicable:

- En primer lugar, si se modifica el precio del contrato adjudicado como consecuencia de esta cláusula puede ser considerada una modificación del contrato, con las consecuencias que ello conlleva en el TRLCSP. El hecho de que esta obligación de aplicar esta cláusula venga impuesta por el art. 193.5e) del RD 1098/2001 que contiene el reglamento vigente todavía de desarrollo de la Ley de contratos no impide que deba realizarse una interpretación conforme del mismo al actualmente vigente TRLCSP, que contiene un régimen de modificación de contratos más estricto que consideramos no ampara esta posibilidad.
- En segundo lugar, con su redacción actual será difícil su control por la Administración ante el riesgo de información asimétrica. Además, los PCAP utilizan el concepto de oferta similar, que no parece fácil de delimitar a menos que se defina más en detalle sus contornos de referencia.

Por último, si no obstante estos comentarios el órgano proponente considera conveniente mantenerla, se considera procedente trasladarla a la parte inicial del proceso de licitación, de forma que se exija en las ofertas presentadas el descuento que como mínimo ofrecen en el mercado si las condiciones de la oferta son similares.



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

