

Resolución Expediente SAN 1/2016 – CONTRATACIÓN AYUNTAMIENTO ROJALES

D. Francisco González Castilla, Presidente

Dña. María José Vañó Vañó, Vocal

Dña. María Estrella Solernou Sanz, Vocal

En Valencia, a ocho de mayo de dos mil diecisiete

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D^a M^a Estrella Solernou Sanz, ha dictado la presente Resolución relativa al Expediente SAN 1/2016, incoado tras escrito de presentado D. XXX, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Rojales (Alicante), por posibles indicios de conductas colusorias entre D. XXX y D. XXX en el marco de una licitación pública, en contravención de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).



I. ANTECEDENTES

1. En fecha 15 de febrero de 2016, D. XXX, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Rojales (Alicante), presenta escrito de denuncia y documentación adjunta dirigida a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), contra D. XXX y D. XXX por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).
2. Se denuncia la existencia de posibles prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre dos de los licitadores, en el expediente núm. 162015 de contratación pública del Ayuntamiento de Rojales, consistentes en presentar ambas empresas competidoras el mismo material en la licitación para la prestación del servicio de sonorización e iluminación. A pesar de ello, el contrato se adjudicó a uno de los denunciados por ser una de las ofertas más baratas.
3. El asunto se sometió al trámite de designación de órgano competente, previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.
4. Mediante oficios de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante DC), de fecha 1 de marzo de 2016, y de la Subsecretaria de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, de fecha 10 marzo de 2016 (RS núm. 4466 de 14.03.2016), se acordó que los supuestos efectos distorsionadores de la competencia -que, en su caso, se derivarían de la actividad de los denunciados- se limitaban al término municipal de Rojales, sin afectar a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma Valenciana ni al conjunto del territorio nacional. A tal efecto, el conocimiento del asunto corresponde a los órganos de defensa de la competencia de la Comunitat Valenciana.



5. El 14 de febrero de 2017, el Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia trasladó a la Subsecretaría su informe y propuesta ex art. 49.3 LDC, en el que proponía el archivo y no incoación de procedimiento sancionador al considerar que no hay indicios de infracción de la LDC en las conductas denunciadas. El 16 de febrero de 2017, la Subsecretaría de la Conselleria elevó a esta Comisión de Defensa de la Competencia dicha propuesta de archivo y no incoación.

6. La Comisión de Defensa de la Competencia, en su sesión celebrada el 3 de marzo de 2017 y en cumplimiento de las normas de reparto, procedió a nombrar como ponente del expediente a la vocal Sra. D^a M^a Estrella Solernou Sanz.

II. PARTES INTERESADAS EN EL PROCEDIMIENTO

7. Actúa como **denunciante**: El Ayuntamiento de Rojales (Alicante), representado por su Alcalde-Presidente, D. XXXa.

8. Son **denunciados**:

- D. XXX: con DNI núm. -- y domicilio en ---. Está clasificado en el grupo o epígrafe del IAE 8552 Educación Cultural /039/3 (Otras actividades relacionadas con la música – actividades artísticas y deportivas).
- D. XXX: con DNI núm. -- y domicilio en ---. Está clasificado en el grupo o epígrafe del IAE 74204 Otros Servicios Técnicos 0226/2 Técnicos en sonido.

III. HECHOS PROBADOS



9. En el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante del 10 de septiembre de 2015 se publicó el anuncio de licitación pública del Ayuntamiento de Rojales de un contrato administrativo de servicio de sonorización e iluminación de actos del Ayuntamiento de Rojales, expediente de contratación núm. 162015.

10. Se presentaron cinco empresas, entre las cuales se encuentran los dos denunciados: D. XXX (24 de septiembre de 2015, con un presupuesto total 37.120,00 euros, IVA no incluido) y D. XXX (25 de septiembre de 2015, con un presupuesto total de 34.580,00 euros, IVA no incluido).

11. El 29 de octubre de 2015, la Mesa de contratación acordó por unanimidad proponer la oferta de D. XXX, por ser la más ventajosa para el Ayuntamiento, de las cinco presentadas.

12. El 5 de noviembre de 2015, uno de los licitadores, D. XXX (el tercero en puntuación) presentó alegaciones frente a la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación, solicitando la recusación o anulación de los expedientes de los dos licitadores que le superaban en puntuación porque consideraba que, aunque eran dos operadores económicos diferentes, formaban parte de la misma empresa, como probaba el documento presentado por ambos de material eléctrico; se trataba del mismo material de trabajo, modelos, etc.

13. Reunida la Mesa de contratación el 1 de diciembre de 2015 informó al órgano de contratación (la Junta de Gobierno Local) que debían desestimarse las alegaciones en los términos siguientes:

«(...) el hecho de que dos licitadores aporten el mismo material para la prestación del servicio no puede ser considerado, como única prueba, como una razón para excluirlos del procedimiento de adjudicación. El artículo 63 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 dispone que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato dispone efectivamente de esos medios. Por lo tanto



es legalmente posible que un empresario se base en los medios técnicos y material de otro para optar al contrato y para ejecutar el objeto del mismo.

Los dos licitadores a los que alude el alegante son empresarios distintos, cada uno de ellos con su alta en el Censo de empresarios profesionales y retenedores de la Agencia Tributaria y en el Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de la Tesorería de la Seguridad social, tal y como han acreditado documentalmente.

Por otro lado, cabe recordar que la legislación vigente no prohíbe que en un contrato de servicios las empresas vinculadas entre sí puedan presentarse a una misma licitación. Solamente se prohíbe esta posibilidad en los contratos de concesión de obra pública (artículo 145.4 del TRLCSP). Es decir, aunque se partiera de la hipótesis -no demostrada en este expediente- de que los dos licitadores se encuentran vinculados (en el sentido de que uno ejerce sobre el otro una posición dominante), la consecuencia no sería su exclusión, puesto que la legislación vigente permite que se presenten a la misma licitación.

Y en el supuesto de que existan indicios de que ambos licitadores actúan de forma coordinada, la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP dispone que los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 de esta ley, notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia define las prácticas colusorias diciendo que “se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado



nacional”, y, en particular, los que consistan en las actividades que relaciona. Tales conductas no son limitativas, sino meramente enunciativas, por lo que podrán apreciarse otras circunstancias de las que pueda derivarse como efecto o consecuencia que mediante prácticas concertadas o conscientemente paralelas, se falsee la competencia en el mercado. Pero no corresponde al órgano de contratación el enjuiciamiento de si existen o no prácticas colusorias entre las empresas participantes en una licitación. Esta tarea es competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (...).»

14. La Junta de Gobierno Local acordó desestimar las alegaciones presentadas por D. XXX y, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional vigesimotercera del TRLCSP, poner en conocimiento de la CNMC las circunstancias acaecidas en el procedimiento de adjudicación, ante la existencia de indicios de prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre los licitadores D. XXX y D. XXX.

15. En la documentación presentada junto al escrito de denuncia por la Corporación Local consta el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que establece, entre otras, las condiciones que definen los derechos y obligaciones de las partes en el contrato y sus normas de desarrollo y el Pliego de prescripciones técnicas que rige la realización de la prestación y define las calidades exigidas.

16. En dicho Pliego se establecen las condiciones en las que se desarrolla la licitación y la adjudicación del contrato de servicios de sonorización e iluminación de los actos del Ayuntamiento de Rojales y, en concreto, en la cláusula decimoséptima del PCAP se especifica como único criterio de valoración de las ofertas de los licitadores el económico, en los términos siguientes:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP, el contrato se adjudicará tomando como base el único criterio del precio más bajo, concretado en la oferta económica derivada de las bajas ofertadas sobre los precios unitarios, valorable hasta 100 puntos (...).»



17. Las respectivas ofertas presentadas por los denunciados fueron las más valoradas por la Mesa de contratación de entre las cinco concurrentes en la fase de licitación, por ser las más baratas.

18. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Rojas, celebrada de 21 de enero de 2016, acordó:

- Excluir del procedimiento de adjudicación al licitador D. XXX -a pesar de que su oferta era la más ventajosa- porque no presentó en plazo la documentación establecida en la cláusula decimoctava del PCAP.
- Adjudicar el contrato de servicio de sonorización e iluminación de los actos del Ayuntamiento de Rojas a D. XXX, siguiente en la puntuación, en base a las siguientes circunstancias:
 - a) La Mesa de contratación, en fecha 1 de diciembre de 2015, elevó a la Junta de Gobierno Local la propuesta de adjudicación del contrato a favor de D. XXX, requiriéndole mediante Decreto de la Alcaldía de 1 de diciembre de 2015 para que aportara en el plazo de diez días la documentación que establece el art. 151.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la cláusula decimoctava del PCAP.
 - b) Transcurrido el plazo sin presentar la documentación requerida, la Mesa de contratación declaró al licitador decaído en su derecho y propuso la adjudicación del contrato al siguiente clasificado, D. XXX.

IV. MERCADO DE REFERENCIA



19. A fin de poder valorar adecuadamente los hechos objeto de denuncia desde la óptica de la LDC, es necesario situar las conductas desarrolladas por la denunciada en un mercado de referencia, en sus vertientes de producto, esto es, la clase de productos o servicios que son objeto de transacción, y geográfico o zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas e interactúan entre sí.

20. Los denunciados están clasificados respectivamente en el grupo o epígrafe del IAE en «actividades artísticas y deportivas (otras actividades relacionadas con la música)» y «técnicos en sonido». Por tanto, el mercado de producto en el que desarrollan su actividad es el relacionado con el montaje del sonido e iluminación de eventos.

21. Respecto al ámbito geográfico, la actividad se desarrolla exclusivamente para el Ayuntamiento de Rojales -según la documentación aportada en la denuncia- por lo que el ámbito está definido en el contrato adjudicado y es local.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

22. Se denuncia que dos de los licitadores, D. XXX y D. XXX presentaron el mismo material para la prestación del servicio de sonorización e iluminación solicitado por el Ayuntamiento de Rojales, resultando finalmente uno de ellos (el segundo en puntuación) adjudicatario del contrato debido a que a D. XXX se le declaró decaído en su derecho por no presentar la documentación exigida en el art. 151.2 del TRLCSP y en la cláusula decimoctava del PCAP del contrato de servicios.

23. En las alegaciones del licitador D. XXX se acusa a D. XXX y D. XXX de ser la misma empresa aunque jurídicamente sean independientes. Cabe entender que el alegante pretendía decir que se trataba de empresas vinculadas en el sentido del art. 145 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), donde se establece un régimen de limitaciones para la presentación de ofertas como empresarios independientes.

24. Para definir el concepto «empresas vinculadas», el TRLCSP se remite al concepto de grupo societario del art. 42 del Código de comercio, cuyos rasgos esenciales son el control o posibilidad de control de una sociedad (dominante) sobre otra u otras (dependientes o dominadas).

25. En base a la documentación que remite la Corporación Local, se observa que los dos licitadores denunciados son empresarios individuales (no sociales) y diferentes, cada uno con su correspondiente clasificación en el grupo o epígrafe de actividad (IAE), que tributan por separado en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

26. Por tanto, al no tratarse empresarios sociales no cumplen el primer requisito para encuadrarse en el concepto «empresas vinculadas». Por otro lado, tampoco queda demostrado que uno de los empresarios ejerza una posición de dominio sobre el otro. En todo caso, y desde la perspectiva de la normativa sobre contratación pública, tampoco supondría un criterio que justificase su exclusión de la licitación del contrato de servicios del Ayuntamiento de Rojas, ya que la prohibición de presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas se limita a los contratos de concesión de obra pública, y no alcanza a los contratos de servicios (artículo 145.4 TRLCSP), cual es el del presente expediente.

27. En otro orden de cosas, el artículo 63 TRLCSP establece que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que existan entre ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato dispone efectivamente de esos medios.



28. En consecuencia, desde el punto de vista de la legislación de contratos del sector público, está permitido que un empresario pueda basarse en los medios técnicos y materiales de otro para presentarse a la licitación y acreditar su capacidad para ejecutar el contrato.

29. La cuestión pudiera ser distinta desde la perspectiva del Derecho de la competencia. En este sentido, debe analizarse si la presentación del mismo material en la licitación para la prestación del servicio de sonorización e iluminación es indicio suficiente para concluir que entre las empresas competidoras se ha dado algún tipo de concertación colusoria en el sentido del art. 1 LDC.

30. A este respecto, cabe recordar que la extinta Comisión Nacional de la Competencia ya señaló que cuando el producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, se facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado (*Guía sobre contratación pública y competencia*, p. 31).

31. En nuestro caso es manifiesta la homogeneidad, dado que la relación del material disponible por ambos licitadores para la prestación de los servicios de iluminación y sonorización son prácticamente idénticos. Curiosamente, hasta los vehículos para transportar los equipos técnicos son los mismos (modelos y matrículas). Es más, el documento *word* en el que se relaciona dicho material tiene exactamente el mismo formato, hasta los cambios ocasionales del tipo de letra. De ello se infiere que entre los licitadores ha habido algún contacto previo, aunque no necesariamente ello implica una colusión.

32. En el procedimiento administrativo de licitación, los ahora denunciados presentaron sus alegaciones, aportando una explicación a esta coincidencia:

a) D. XXX «[q]ue a la vez que en alguna ocasión parte del material técnico del que dispongo lo he cedido a otro empresario, también me lo han cedido a mí si lo he solicitado, por lo cual no considero como hecho ilícito que dicho material presentado en mi expediente de contratación, también aparezca presentado por otro empresario.»



b) Por su parte, D. XXX manifestaba que «el hecho de que el material técnico presentado en dicho expediente de contratación también aparezca como presentado por otro empresario, se debe a que el material de que dispongo, lo dispongo tanto para mi uso personal, como para poder cederlo cuando así lo considere a otros empresarios, hecho este que aparte de parecerme normal, es un hecho que realizo normalmente o ya con este empresario que ahora se me vincula, sino con diversas empresas que trabaja en este sector.»

33. La comunicación previa entre los licitadores sería colusoria si tuviera por objeto decidir entre ellos, y con carácter previo, la oferta que debe resultar ganadora del contrato adjudicado. Ello parece difícil en este caso ya que en el concurso público participaron otros tres empresarios que no formarían parte de la supuesta concertación restrictiva: téngase en cuenta que uno de ellos, D. XXX, es quien solicitó la anulación de las dos ofertas denunciadas. Por tanto, los dos denunciados no podían acordar quién iba a resultar el adjudicatario del contrato.

34. Por otro lado, el Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de sonorización e iluminación de actos del Ayuntamiento de Rojales determina los criterios de valoración de las ofertas del siguiente modo: «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP, el contrato se adjudicará tomando como base el único criterio del precio más bajo, concretado en la oferta económica derivada de las bajas ofertadas sobre los precios unitarios.» (folio 10)

35. Analizadas las proposiciones económicas de los licitadores denunciados, éstas difieren en los precios unitarios en 9 de los 11 servicios previstos en el Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el apartado decimoquinto del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios. Ambas ofertas económicas mejoran a la baja los precios unitarios expuestos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (apartado decimoquinto) en cada uno de los servicios o prestaciones contempladas en el contrato de servicios de sonorización e iluminación (folios 23, 24, 28 y 33), y son las dos mejores ofertas económicas de todas las proposiciones presentadas (cinco oferentes).



36. En consecuencia, el propio diseño del PCAP que establece como único criterio de valoración para la adjudicación del contrato la oferta más baja (criterio totalmente objetivo) impide realmente un control efectivo de la licitación por parte de los participantes, en este caso dos de los oferentes, ya que a priori ambos licitadores no pueden prever que, aunque presenten el mismo material para la prestación del servicio, sus ofertas económicas sean -gracias a esos medios comunes- las más ventajosas de entre todas las propuestas presentadas en la licitación y con ello asegurarse la adjudicación del contrato.

En atención a lo expuesto, considerando que según el artículo 1.2.a) del Reglamento sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, corresponde a esta Comisión resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto las infracciones tipificadas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana

HA RESUELTO

Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas.

Comuníquese esta Resolución a la Subsecretaría y notifíquese al Ayuntamiento de Rojales, haciéndole saber que contra la presente Resolución no cabe ningún recurso en vía administrativa y que únicamente cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación, de acuerdo con los artículos 10.1.j) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 julio,



reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 48 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 9.2 del Reglamento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell.