

INFORME COMISIÓ DEFENSA DE LA COMPETENCIA EXpte. PROM 12/2015 UNIVERSITAT JAUME I

D. Francisco González Castilla, Presidente

Dña. María José Vañó Vañó, Vocal

Dña. María Estrella Solernou Sanz, Vocal

En Valencia, a veintiuno de diciembre de dos mil quince

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente Dña. María José Vañó Vañó, ha emitido el presente informe relativo al Expediente PROM 12/2015 Universitat Jaume I, sobre la tramitación del expediente de contratación OB/1/15 «Obras de construcción de la Facultad de Ciencias de la Salud-Fase 1-Módulo MD0 y MD1 procedimiento abierto y tramitación ordinaria»

ÍNDICE

I. OBJETO DEL INFORME.....	1
II. ANTECEDENTES.....	3
III. VALORACIÓN.....	5
a) Normativa de referencia.....	5
b) Aplicación de la LDC.....	7
IV. CONCLUSIONES.....	9

I. OBJETO DEL INFORME

1. Este informe se emite en relación a la comunicación realizada por el Rector de la Universitat Jaume I de Castellón en fecha de 23 de octubre de 2015 relativa a la tramitación del expediente de contratación OB/1/15 «*Obras de construcción de la Facultad de Ciencias de la Salud-Fase 1-Módulo MD0 y MD1 procedimiento abierto y tramitación ordinaria*» en el marco

de las competencias atribuidas por la Disposición Adicional vigésima tercera 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 (TRLCSP). En esta norma se establece que 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 (en este caso, Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana por su ámbito competencial), cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación en materia de defensa de la competencia.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), el órgano instructor incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, o bien propondrá al órgano de resolución la no incoación de expediente y archivo de actuaciones que, en su caso, se hubieran desplegado.

3. Además, a la vista de lo prescrito por el art. 27 del Real Decreto 26/2008, Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), únicamente en el supuesto de presentación de una denuncia será preceptivo dictar una resolución de archivo y no incoación por el órgano de resolución cuando no se observe la concurrencia de indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, pero no cuando ha habido otro tipo de actuaciones de investigación que no han tenido su origen en la presentación de la denuncia.

4. Por todo ello, considera esta Comisión, que la puesta en conocimiento por parte de la Universitat Jaume I de los hechos, no constituye en sentido estricto presentación de una denuncia según lo dispuesto en los arts. 49 RDC y 25 RDC, ya que no contiene el contenido mínimo exigido por este último precepto reglamentario, por lo que procede en este caso la elaboración de un informe de valoración dentro de la función consultiva de promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.2.c) del Reglamento sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por el Decreto 50/2012, de 23 de marzo del Consell.

5. En ejecución de las normas de reparto, el expediente PROM 12/2015 Universitat Jaume I fue asignado a Dña. María José Vañó Vañó en la sesión de la CDC, celebrada el 2 de diciembre de 2015.

II. ANTECEDENTES

6. El 27 de octubre de 2015 se recibió en la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo oficio del Rector de la Universitat Jaume I informando, en cumplimiento de lo previsto en la Disposición Adicional vigésima Tercera del Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP los

siguientes hechos acaecidos en relación al «*Expediente de contratación ref: OBI/15 Obras de construcción de la Facultad de Ciencias de la Salud-Fase 1 Módulo MD0 y MD1 tramitado por procedimiento abierto y tramitación ordinaria*»:

- «*Las empresas Durantia Infraestructuras S.A. y Becsa, S.A.U. concurren a la licitación y presentan declaración de pertenecer al mismo grupo y estar vinculadas en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio.*
- *La documentación presentada por ambas empresas en el sobre 2 (documentación para la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor), es idéntica, siendo las ofertas económicas (documentación sobre 3-oferta económica y documentación para la valoración de criterios cuantificables de forma automática-) las siguientes:*

Lote 1:

Becsa, S.A.U.: 10.419.800,80 euros (IVA incluido)

Durantia Infraestructuras, S.A.: 10.895.473,86 euros (IVA incluido)

Lote 2:

Becsa, S.A.U.: 2.052.457,90 euros (IVA incluido)

Durantia Infraestructuras, S.A.: 2.186.240,84 euros (IVA incluido)

Lote 3:

Becsa, S.A.U.: 2.921.938,65 euros (IVA incluido)

Durantia Infraestructuras, S.A.: 3.071.484,78 euros (IVA incluido)»

- Estas entidades fueron excluidas del procedimiento de adjudicación de la citada obra de construcción por infracción del art. 245.2 del TRLCSP que establece que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública; infracción del art. 145.3 TRLCSP que establece que cada licitador no podrá presentar más de una proposición; infracción de los principios básicos de la contratación: proposición única, libre competencia o concurrencia competitiva, igualdad de trato, transparencia del procedimiento y secreto de las distintas proposiciones realizadas; e infracción del art. 57 de la Directiva 2014/24/UE, en aplicación del principio de interpretación conforme, artículo que prevé la exclusión cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.
- Con fecha 30 de julio de 2015, la entidad DURANTIA INFRAESTRUCTURAS, SA presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión.

- El 31 de julio de 2015, BECSA, SAU presenta recurso ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) y el 25 de agosto se recibe en el TACRC el expediente relativo a DURANTIA INFRAESTRUCTURAS, SA. En sus recursos las entidades recurrentes solicitan que se declare nulo el acuerdo de exclusión y BECSA, SAU añade que se ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a aquel en que se cometió el vicio, debiendo continuar el procedimiento con inclusión de esta entidad.
- El TACRC dictó resolución a los recursos interpuestos por BECSA, SAU y DURANTIA INFRAESTRUCTURAS, S.A. contra el acuerdo de exclusión estimando los mismos y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas que debía incluir también las presentadas por las entidades recurrentes.

III. VALORACIÓN

7. De la documentación que consta en el expediente esta Comisión considera que en el ejercicio de sus funciones deberá valorar la existencia de indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en el procedimiento de contratación, en particular, si en los contratos de construcción de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas.

8. Por ello procedemos, en este informe, a evaluar las circunstancias concurrentes en la licitación desde la perspectiva de la LDC no sin antes determinar cuál es la normativa aplicable al procedimiento de contratación pública llevado a cabo en el mismo.

a) Normativa de referencia

9. El art. 145 del TRLCSP regula las proposiciones presentadas por los interesados, imponiendo la regla general de que cada licitador sólo podrá presentar una proposición en los contratos de concesión de obra pública, entendiéndose por licitador a cualquier persona física o jurídica. En el apartado 4 de este mismo precepto se contempla el supuesto de presentación de proposiciones por parte de empresas vinculadas. Así establece de modo expreso,

«En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas. En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que

reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152. Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.»

10. Sin embargo en el supuesto de hecho sobre el que versa este informe no estamos ante un contrato de concesión de obra pública sino ante un contrato de construcción de obra pública.

11. En este sentido, resulta aplicable, el art. 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y no el art. 145 del TRLCSP, prevé que, en los supuestos de presentación de ofertas distintas por empresas de un mismo grupo empresarial se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja¹. En particular, se considera que se encuentran en el mismo grupo empresarial las entidades que se encuentren en alguno de los supuestos del art. 42.1 del Código de Comercio², y en este caso, si presentan distintas proposiciones para

¹ «1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.

3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.»

El artículo 24.1. del C.Co. determina que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras sociedades. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por

concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la

apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

12. Por último, no se puede ignorar lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública, (art. 57) que establece la facultad de excluir a los licitadores cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que han llegado a acuerdos destinados a falsear la competencia, sin embargo todavía no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, cuyo plazo de adaptación vence el 18 de abril de 2016 y por tanto, no se pueden fundamentar las decisiones del órgano de contratación en sus previsiones.

b) Aplicación de la LDC

13. Si la competencia desaparece, se produce una merma de la eficiencia económica y un desaprovechamiento de los recursos públicos, incrementando los costes que deberán pagar las administraciones públicas. Por ello, las entidades del sector público no sólo tienen la obligación de denunciar si detectan conductas que alteren la libre competencia, sino que pueden fomentar la competencia en los procesos de contratación pública si utilizan procedimientos que no introduzcan restricciones injustificadas a la competencia ni en el diseño, ni en el desarrollo ni en la ejecución del contrato y ayudando a prevenir y combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las empresas oferentes en el proceso (*bid rigging*).

14. El análisis del procedimiento de contratación pública desde la perspectiva de la LDC obliga a revisar el hecho de existencia de identidad o similitud notoria en las ofertas de dos o más licitadores³ que en el caso que nos ocupa, además, pertenecen al mismo grupo empresarial, tal y como se deduce de la documentación aportada para la valoración de los criterios de acceso al procedimiento.

cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

³Así fue, p.e., en el caso objeto de la Resolución TDC (Expte. 395/97 Vacunas antigripales) de 30 de septiembre de 1998

15. En este sentido, la presentación de dos o más ofertas similares en un procedimiento de contratación pública puede considerarse un indicio de conducta colusoria⁴. No obstante, para que sea calificada de ilícita, se debe analizar si la misma proviene de al menos dos o más empresas competidoras, diferentes y autónomas, si existe bilateralidad o plurilateralidad, elemento clave del comportamiento homogéneo y uniforme en el mercado⁵ y si son conductas que sustituyen el comportamiento independiente y autónomo que exige el mercado por un concierto de voluntades diferenciadas o cooperación interempresarial que tenga por objeto o efecto la restricción de la competencia.

16. En este caso estamos ante la presencia de dos entidades pertenecientes a un mismo grupo, que actúan como unidad, aun teniendo personalidad jurídica distinta, por lo que podemos resolver siguiendo lo señalado por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 21 de abril de 2005, a saber:

(Expte. r 643/2005, Laboratorios Farmacéuticos) «..., siguiendo la doctrina, tanto comunitaria como nacional, dictada al respecto “los acuerdos entre empresas del mismo grupo empresarial no se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación del Artículo 1 LDC”. En este sentido, este Tribunal “viene manteniendo reiteradamente los expresados criterios de pluralidad e independencia, negando incluso la calificación de acuerdo al pacto suscrito entre empresas de un mismo grupo económico” (a modo de ejemplo, las dictadas el día 19 de Noviembre de 1990 en el Expediente 270/90; la de 8 de Julio de 1992 en el Expediente 294/91; la de 22 de Mayo de 1997 en el expediente r 203/97 SepIa/Iberia; la de 22 de Junio del 2000 en el expediente MC 31/00 3M/Sigesa; la de 16 de Febrero del 2005 en el expediente 576/04 Multiprensa).” y continúa señalando que “en el contexto del derecho de la Competencia debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del acuerdo de que se trate, aunque

⁴ En este sentido Vid. Guía sobre la Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, 2010.

⁵ Así la Resolución CNC de 28 de mayo de 2015 excluye la imputación de dos empresas por no apreciar la debida autonomía de actuación. Esa misma falta de autonomía es la circunstancia que está en la base de que las empresas matrices también son sujetos infractores de las conductas prohibidas por la LDC que realicen sus filiales, salvo que demuestren que no ejercen control (art. 61.2 LDC)

desde el punto de vista jurídico esta unidad económica esté constituida por varias personas, físicas y/o jurídicas” (Sentencia de 12 de Julio de 1984 Hydrotherm 170/83) por consiguiente “por no existir una concurrencia de voluntades económicamente independientes, las relaciones dentro de una unidad económica no pueden ser constitutivas de un acuerdo o de una práctica concertada entre empresas, restrictivos de la competencia a efectos del apartado 1 del Artículo 85 del Tratado” (Sentencia de 24 de Octubre de 1996 Viho Europe BV). »

IV. CONCLUSIONES

17. Por todo lo antedicho, esta Comisión entiende, respecto de la normativa contractual del sector público y con relación a la presentación de propuestas diferentes en una licitación por empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, que serán excluidas en el caso de concesión de obra pública, y en el resto de contratos, como el que nos ocupa, deberá tomarse en consideración la más baja de ellos a los efectos de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias.

18. Por otra parte, la circunstancia de que sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial presenten ofertas similares en una licitación no supone la existencia de conducta colusoria prohibida por la LDC, dado que actúan como una unidad económica a los efectos de esta ley y no existe, en consecuencia, el elemento de la «pluralidad» exigido por el art. 1 LDC para este tipo de conductas.