



Resolución R 2/2017 – Contrato público de suministro de calderas

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente

D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 21 de julio de 2017

La Comisión Gallega de la Competencia (CGC), con la composición arriba indicada y siendo ponente D. Francisco Hernández Rodríguez, dictó la siguiente Resolución en el expediente S 16/2016 – Contrato público de suministro de calderas , iniciado de oficio por la Subdirección de Investigación de la CGC, ante la posible existencia de prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia realizadas por las empresas “Acende Enerxía, SL” y “Protosolar, SLU” en relación con la convocatoria por parte del “Instituto Gallego de la Calidad Alimentaria” (INGACAL), un organismo público dependiente de la Xunta de Galicia, de dos expedientes de contratación pública para el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de dos calderas de pellets.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 24 de octubre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CGC el oficio y la documentación remitida por el organismo público dependiente de la Xunta de Galicia “Instituto Gallego de la Calidad Alimentaria (INGACAL)”, al amparo del dispuesto en el Artículo 23.3 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, conforme a lo que “Los órganos de contratación, (...) le notificarán a la Comisión Gallega de la Competencia cualquier hecho, del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que pueda constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, 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.”

2. En la documentación aportada a la CGC se de la cuenta de los siguientes hechos. El INGACAL convocó dos expedientes de contratación pública para el “suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una caldera de pellet”, en el



Centro de Investigaciones Forestales de Lourizán (CIFL) (Expediente SU 03/2016) y en el Centro de Investigaciones Agrarias de Mabegondo (CIAM) (Expediente SU 02/2016)]. En el primer concurso (Lourizán) fue seleccionada la empresa Acende Enerxía, SL, quedando Protosolar, SLU, en segundo lugar. En el otro concurso (Mabegondo) el resultado fue el inverso, resultando seleccionada la empresa “Protosolar SLU”, y quedando “Acende Enerxía SL en segundo lugar. Posteriormente, ambas empresas renunciaron a la adjudicación al no presentar en plazo a documentación que se les requirió a las que resultaron mejor valoradas, y la licitación se adjudicó a las empresas que quedaron en segundo lugar que, en esta ocasión, sí presentaron la documentación requerida. De este modo, cada una de las empresas resultó adjudicataria de un contrato para la adjudicación de una caldera, pero no de aquel en el que hizo la mejor oferta sino a la que quedó en segundo lugar, con el consiguiente sobrecoste para la Administración gallega.

3. De manera más detallada, la tramitación de los referidos contratos fue la siguiente:

Expediente SU 03/2016. Suministro, Instalación y Puesta en funcionamiento de una caldera de pellet para el Instituto Gallego de la Calidad Alimentaria (INGACAL) en el Centro de Investigaciones Forestales de Lourizán (CIFL).

El órgano de contratación del INGACAL aprobó un expediente de gasto de 99.745,67 € (IVA incluido) con cargo a:

Aplicación presupuestaria 13.A2.561A.6230

Código del proyecto: 2016-00011 Equipamientos térmicos de biomasa.

Ofertas evaluadas

EMPRESA	OFERTA ECONÓMICA (sin IVA)	OFERTA ECONÓMICA (con IVA)	IMPORTE TOTAL
Acende Enerxía, SL	65.499,00 €	13.754,79 €	79.253,79 €
Protosolar, SLU	69.365,00 €	14.566,65 €	83.931,65 €
Resuelve Energía, SL RSOLUE	75.024,40 €	15.755,12 €	90.779,52 €
Forestación Galicia, SANA FORESGA	79.629,44 €	16.722,18 €	96.351,62 €

4. El 14 de septiembre de 2016, la Mesa de Contratación realizó propuesta de adjudicación del contrato a Acende Enerxía, SL y le otorga pazo de 5 días hábiles para presentar la documentación necesaria para hacer efectiva la contratación.

5. Acende Enerxía, SL presentó, el 20 de septiembre de 2016, la documentación requerida salvo el justificante original de haber depositado la garantía definitiva en la Caja General de Depósitos de la Xunta de Galicia. Se informó a la empresa de la necesidad de presentar este justificante.



6. El 22 de septiembre de 2016, Acende Enerxía, SL presentó escrito de Renuncia: por motivos de logística, dicha empresa no está interesada en la ejecución de la obra objeto del procedimiento y renuncia formalmente a la misma. No presentó original del justificante del depósito de la garantía definitiva.

7. El 27 de septiembre de 2016, la Mesa de Contratación propuso al órgano de contratación de INGACAL la adjudicación del contrato del expediente 03/2016 a la empresa Protosolar, SLU por 83.931,65 € (IVA incluido). En la misma fecha presenta la documentación necesaria y acredita depósito de garantía definitiva por 3.274,95 €.

8. El 28 de septiembre de 2016, el órgano de contratación de INGACAL adjudica el contrato a Protosolar, SLU por 83.931,65 € (IVA incluido).

9. Esta adjudicación supuso un encarecimiento de 4.677,86 € (83.931,65 - 79.253,79), un 5,90% más sobre la adjudicación inicial.

10. Expediente SU 02/2016. Suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una caldera de pellet para el Instituto Gallego de la Calidad Alimentaria (INGACAL) en el Centro de Investigaciones Agrarias de Mabegondo (CIAM).

El órgano de contratación del INGACAL aprobó un expediente de gasto de 107.484,30 € (IVA incluido) con cargo a:

Aplicación presupuestaría 13.2.561A.6230

Código del proyecto: 2016-00010 Equipamientos térmicos de biomasa.

Ofertas evaluadas

EMPRESA	OFERTA ECONÓMICA (sin IVA)	OFERTA ECONÓMICA (con IVA)	IMPORTE TOTAL
Protosolar, SLU	74.617,20 €	15.669,61 €	90.286,81 €
Acende Enerxía, SL	75.499,00 €	15.854,79 €	91.353,79 €
Forestación Galicia, SANA FORESGA	76.704,70 €	16.107,99 €	92.812,69 €
Resuelve Energía, SL RSOLUE	86.860,60 €	18.240,73 €	105.101,33 €

11. El 14 de septiembre de 2016, la Mesa de Contratación realiza propuesta de adjudicación del contrato a Protosolar, SLU y le otorga pazo de 5 días hábiles para presentar la documentación necesaria para hacer efectiva la contratación.



12. Protosolar, SLU no presentó la documentación requerida para que se le pudiese adjudicar el contrato. Se requirió al segundo licitador (Acende Enerxía, SL) para que aportase la documentación.

13. El 27 de septiembre de 2016, la Mesa de Contratación propuso al órgano de contratación de INGACAL la adjudicación del contrato del expediente 02/2016 a la empresa Acende Enerxía, SL por 91.353,79 € (IVA incluido).

14. El 28 de septiembre de 2016, el órgano de contratación de INGACAL adjudica el contrato la Acende Enerxía, SL por 91.353,79 € (IVA incluido).

15. Esta adjudicación supuso un encarecimiento de 1.066,98 € (91.353,79 – 90.286,81), un 1,18% más que la adjudicación inicial.

16. Como consecuencia del anterior, cada una de las empresas resultó finalmente adjudicataria en la licitación en la que su oferta había sido la segunda mejor valorada, lo que supuso que en ambos expedientes el precio final de licitación había sido más elevado.

17. En respuesta a un requerimiento de la Subdirección de investigación, el Secretario Técnico del INGACAL, aportó detalles adicionales relativos a la tramitación de los referidos expedientes y manifestó de manera expresa que en el mes de septiembre se personaron en la sede del organismo los representantes de ambas empresas (D. XXXX, de PROTOSOLAR, SLU, y D. XXXX, de Acende Enerxía, S.L.), que habían solicitado mantener una reunión con el referido funcionario, en su condición de secretario técnico del organismo convocante de los referidos contratos.

18. En relación con dicha reunión, el secretario técnico del INGACAL afirmó que:

“En este período creo recordar que el lunes 19 de septiembre se personaron en las oficinas del INGACAL los representantes de las empresas XXXX, PROTOSOLAR SLU y XXXX, Acende Enerxía, SL, y solicitaron hablar conmigo como secretario técnico del INGACAL. En esa reunión las empresas muestran las dificultades que se les avecinan para cumplir los contratos de los que habían resultado adjudicatarios y su mayor facilidad para cumplir el contrato a los que figuran en segundo lugar en la lista de baremaciones. Las dificultades no solo tienen que ver con la realización de la prestación sino con el mantenimiento de las instalaciones en que ambas empresas ofrecen 60 meses de garantía en ambos contratos adicionales a los 24 meses obligados por la legislación. Así plantean que para la empresa Acende Enerxía, S.L con domicilio social en Santiago es más fácil dar servicio en las instalaciones del CIAM en Abegondo y para la empresa PROTOSOLAR, SLU con domicilio social en Pontevedra es más fácil dar servicio en el CIFL en Pontevedra.

Por nuestra parte exponemos que no consideramos viable esa opción y que eso causaría un perjuicio para el INGACAL y para la Xunta de Galicia al tener un incremento en los precios a pagar por el suministro. Ellos argumentaron que de no ser así podrían correr incluso peligro la realización de los contratos ya que no dispondrían de medios para realizarlos en el plazo fijado en los pliegos. Asimismo



ofrecen la posibilidad de compensar a la administración por las pérdidas obtenidas. Desde el INGACAL comentamos que no vemos posibilidad de hacer eso, que en nuestra opinión deben realizar los contratos de los que resultaron adjudicatarios y que de no hacerlo así podrían ser sancionados por parte de la Xunta de Galicia y que podrían ver perjudicados sus intereses al no respetarse las condiciones ofertadas en primera instancia”.

19. Tras la citada reunión y como consta en la documentación de los referidos expedientes de contratación pública, ninguna de las mencionadas empresas presentó la documentación que les fue requerida en la licitación en la que cada una de ellas había sido calificada en primer lugar y, haciéndolo, no obstante, en la que figuraban, cada una de ellas, en segundo lugar, lo que supuso que en ambos expedientes el precio final de licitación había sido más elevado que el inicialmente determinado en el proceso selectivo y cada una de las empresas había resultado adjudicataria de un de los dos contratos, distinto del que figuraba inicialmente como adjudicatario.

20. Tras analizar la documentación recibida del INGACAL, la Subdirección de Investigación decidió incoar expediente sancionador la “Acende Enerxía SL” y la “Protosolar SLU” y en fecha 12 de enero de 2017, se dictó pliego de concreción de hechos (PCF), que fue notificado a los denunciados.

21. En fecha 04.02.2017 se presentaron alegatos al PCF por parte de Protosolar, SLU, y el 06.02.2017, por Acende Enerxía, SL. , y el 25 de abril del 2017 la Subdirección de Investigación presentó la propuesta de resolución al Pleno del Consejo Gallego de la Competencia.

HECHOS PROBADOS

22. Conforme al Pliego de Concreción de Hechos notificado a las partes y reproducido en la Propuesta de Resolución elevada al Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, se consideran acreditados y relevantes para la resolución de este expediente los hechos siguientes:

23. Las empresas denunciadas, Acende Enerxía, SL y Protosolar, SLU, concurrieron, junto con otros licitadores a dos expedientes de licitación pública convocados por el INGACAL para lo “suministro, instalación y puesta en funcionamiento de una caldera de pellet”, en el Centro de Investigaciones forestales de Lourizán (CIFL) (Expediente SU 03/2016) y en el Centro de Investigaciones Agrarias de Mabegondo (CIAM) (Expediente SU 02/2016)].

24. Cada una de las referidas empresas presentó la oferta más valorada en uno de los contratos, mientras que en el otro resultó valorada en segundo lugar.

25. Los representantes de ambas dos empresas mantuvieron una reunión conjunta con el secretario técnico del organismo convocante de las dos licitaciones, en el que le manifestaron su interés común en intercambiar los contratos de manera que



cada uno de ellos había resultado adjudicatario y ejecutara aquel en el que quedaron calificados en segundo lugar y no aquel en el que su propuesta había sido la primera seleccionada.

26. En la referida reunión, el secretario técnico del INGACAL manifestó a los representantes de ambas empresas que lo que pretendían hacer era contrario a la Ley y provocaría un perjuicio económico al organismo convocante, por lo que tenían que respetar los resultados de las licitaciones. A pesar de eso, ninguna de las empresas acercó la documentación necesaria para formalizar los contratos en los que sus respectivas propuestas habían sido las primeras cualificadas, mientras que sí lo hicieron, tras la no presentación de la documentación por parte de la otra empresa, en el contrato en el que su oferta había sido la segunda cualificada que pasó, de este modo, en cada uno de los casos, a ser la primera tras la renuncia de la otra empresa a aportar la documentación que le fue requerida.

27. El comportamiento simétrico de ambas empresas les permitió obtener la adjudicación de un contrato a cada una de ellas, obteniendo un precio superior a lo que percibirían si cada una de ellas hubiera presentado la documentación en el contrato en el que su oferta había sido la mejor evaluada.

28. Esta práctica ha supuesto un encarecimiento global en las dos adjudicaciones de 5.744,84 € (4.677,86, en el Expediente SU 03/2016 y 1.066,98, en el Expediente SU 02/2016).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: objeto de la resolución

29. La presente resolución tiene por objeto determinar si el acuerdo entre dos empresas para renunciar las licitaciones en las que cada una de ellas quedó en primer lugar para aceptar aquellas en lo que quedaron en segundo lugar, intercambiando así las licitaciones entre ellas con el consiguiente perjuicio económico para la Administración convocante, que ve como ambos contratos son adjudicados a las empresas que quedaron en segundo lugar, con propuestas con un coste mayor que las que habían sido baremadas en primer lugar puede constituir un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo primero de la Ley de defensa de la Competencia

Segundo: La colusión entre licitadores en la contratación pública

30. La realización de prácticas anticompetitivas entre licitadores en la contratación pública, especialmente la colusión, es una práctica que cada año tiene un elevado coste para las arcas públicas. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y organizaciones supranacionales como la OCDE han puesto de manifiesto en diversos informes la necesidad de que las autoridades de competencia luchen para erradicar estas prácticas en la medida del posible. Los



acuerdos entre licitadores para repartirse concursos públicos constituye una de las conductas típicas en este campo que es contraria al artículo primero de la Ley de defensa de la competencia.

31. La normativa que regula la contratación pública reconoce la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas que participan en licitaciones para proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Así lo reconoce, entre otros, el artículo 1 del TRLCSP, cuando establece que *“la presente Ley tiene por objeto regular a contratación del sector público, a fin de garantizar que a misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de definición previa de las necesidades para satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*.

32. La Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico dispone en su artículo 23.3 (Artículo 23. Contratación transparente y que fomente la competencia) que *“3. Los órganos de contratación, la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia y los órganos competentes para resolver el recurso especial referido en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le notificarán a la Comisión Gallega de la Competencia cualquier hecho, del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que pueda constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, 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.”*

33. Por su parte, el artículo 1 de la LDC (Conductas colusorias) establece en su párrafo 1, que *“1. 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 parte del mercado nacional [...]”,* añadiendo, en su Disposición adicional cuarta (Definiciones), párrafo 2 que *“2. Para los efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cartel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las subastas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o de las exportaciones.”*

34. No se discute, y así lo ha afirmado tanto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el propio Consejo Gallego de la Competencia, en su resolución R1 2016” licitación contrato de seguridad “que las normas de defensa de la competencia resultan plenamente aplicables en el ámbito de la contratación pública. En consecuencia, cualquier acuerdo entre empresas competidoras que tenga como finalidad fijar algún comportamiento o estrategia común en relación con una lo varias licitaciones públicas constituye un acuerdo restrictivo de la



competencia, prohibido por el artículo primero de la Ley de defensa de la Competencia.

Tercero: mercado relevante

35. La delimitación del mercado es una cuestión esencial en los expedientes de Derecho de la Competencia. El mercado relevante constituye el marco en el que compiten a las empresas y también el mercado en el que, en su caso, se producen los efectos anticompetitivos de las conductas en cuestión. Su importancia determina que exista una amplia base doctrinal para la delimitación de los mercados, en la que cabe destacar la Comunicación de la Comisión Europea sobre la delimitación del mercado relevante así como una extensa jurisprudencia, tanto nacional como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

36. De acuerdo a lo dispuesto en el apartado 9 de la Comunicación de la Comisión Europea, 97/C 372/03 " el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico". Desde el punto de vista del producto, el mercado relevante comprende "la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, o su precio o del uso que se prevé hacer de ellos (párrafo 7º de la Comunicación).

37. Como adecuadamente afirma la Subdirección de investigación, en el presente caso, el mercado de producto comprende, tal y como se desprende del objeto de los contratos públicos convocados por el INGACAL, el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de calderas de pellet.

38. Por lo que respecta al mercado geográfico, el mercado de referencia "comprende la 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 y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas a aquellas (párrafo 8º de la Comunicación).

39. En este caso, el mercado geográfico se corresponde con el mercado gallego, por ser el ámbito en el que el organismo desarrolla sus actividades y encontrándose los centros para los que se efectúan las licitaciones objeto del presente expediente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Cuarto: conducta contraria al artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia

40. El artículo 1 de la LDC (Conductas colusorias) establece en su párrafo 1, que "1. 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 parte del mercado nacional y en particular los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud del dispuesto en el punto 1, no estén amparados por las exenciones previstas en esta ley.”

41. La conducta en tela de juicio realizada por las empresas “Acende Enerxía” y “Protosolar” consistente en que ninguna de ellas presentara la documentación en el concurso en el que resultaron ganadoras, para presentarla en el que quedaron en segundo lugar encaja, como acertadamente afirma la Subdirección de Investigación en su propuesta, entre las prohibiciones del artículo primero de la Ley de defensa de la Competencia. En el sólo se trata de que ambas empresas actuaran de forma paralela, sino que, tal y como se constata de la reunión previa que ambas mantuvieron con el secretario del INGACAL, las dos empresas actuaron de forma coordinada como consecuencia de un acuerdo previo. El hecho de que las dos empresas, a pesar de ser competidoras, fueran conjuntamente a hablar con el secretario del INGACAL y en la reunión le habían propuesto la posibilidad de que cada una de ellas renunciara a el concurso que ganaron para quedar con el otro, y que incluso estaban dispuestas a compensar la Administración por el aumento de costes que le ocasionaría la renuncia indica, sin ningún género de dudas que ambas empresas actuaron de acuerdo en este tema.

42. La referida conducta no sólo produce un evidente reparto de mercados entre competidores, algo “*per se*” anticompetitivo (infracción de las llamadas “ por objeto”), sino que produce un daño directo y efectivo para la Administración convocante, evaluable, por lo menos, en el sobrecoste que tuvo que soportar al tener que optar, como consecuencia del comportamiento de estos dos operadores económicos que concurren a las dos licitaciones, por la segunda oferta y no por la primera de las seleccionadas, que era a más ventajosa económicamente.



Quinto: alegaciones de “Acende Enerxía SL” y “Protosolar, SLU”

43. En fecha 04.02.2017 se presentaron alegaciones al PCF por parte de Protosolar, SLU, y en fecha 06.02.2017, por Acende Enerxía, SL. En sus respectivos alegaciones tanto la representación de ACENDE ENERXÍA, como de PROTOSOLAR, confirman la citada reunión y su presencia simultánea en la misma, durante la cual, la cuestión del cambio de adjudicatarios fue suscitado por los mismos y que se les informó de que no era una opción legalmente viable. Ambas empresas manifiestan en sus alegatos las dificultades técnicas de desarrollar sus respectivos contratos y de cumplir los compromisos derivados de ellos en el que alcanza al mantenimiento de las instalaciones.

44. Lo anteriormente expuesto coincide con el manifestado en el informe emitido por el Secretario Técnico relativo al contenido de la reunión de referencia, en el que se indicaba que:

“En esa reunión las empresas muestran las dificultades que se les avecinan para cumplir los contratos de los que habían resultado adjudicatarios y su mayor facilidad para cumplir el contrato en el que figuran en segundo lugar en la lista de baremaciones”.

45. De acuerdo con las alegaciones de ambas empresas, las dificultades no sólo tienen que ver con la realización de la prestación sino con el mantenimiento de las instalaciones en que ambas empresas ofrecen 60 meses de garantía en ambos contratos adicionales a los 24 meses obligados por la legislación. Así plantean que para la empresa Acende Enerxía, S.L con domicilio social en Santiago es más fácil dar servicio en las instalaciones del CIAM en Abegondo y para la empresa PROTOSOLAR, SLU con domicilio social en Pontevedra es más fácil dar servicio en el CIFL en Pontevedra.

Lo anteriormente descrito revela, cuando menos, que dos competidores manifestaron de manera explícita sus respectivos intereses particulares respecto a dos expedientes de contratación pública, en una reunión a la que acudieron juntos y tras la que su conducta “individual”, satisfacía los intereses de ambas empresas, produciendo una perturbación del curso normal de un proceso de licitación pública, que de este modo quedaba desvirtuado ya que los licitadores disponían, por lo menos, tras lo que manifestaron en la reunión, de información suficiente para coordinar sus conductas en interés mutuo aunque en perjuicio de la Administración, que tuvo que adjudicar los contratos a las segundas mejores ofertas y no las primeras.“

46. No desvirtúan los hechos anteriores y su valoración desde la perspectiva de la competencia que ambas empresas aleguen actuar en su interés individual, pues en todo acuerdo que restringe la competencia las empresas que participan en el mismo buscan su interés individual a costa de quien tiene que pagar un precio más elevado, que en este caso es la Administración gallega.



47. Tampoco desvirtúa la propuesta de la Subdirección de Investigación el hecho de que PROTOSOLAR argumentase que no podía cumplir los requisitos de solvencia, pues tal circunstancia no sólo fue valorada respecto a ambas empresas (y de las demás que fueron admitidas a la licitación y adecuadamente evaluadas respecto del cumplimiento de los requisitos necesarios para los respectivos procedimientos), sino que dicha circunstancia, no les impidió ser adjudicataria del otro contrato. En todo caso, esta circunstancia podría justificar la renuncia aislada de “PROTOSOLAR”, y que perdiera el contrato. Pero en ningún caso justifica el acuerdo con una empresa rival para que ambas renuncien a un contrato ofertado a un precio inferior para quedar con otro más ventajoso, que no fue el escogido por la administración convocante de la licitación.

Sexto: responsabilidad

48. De acuerdo con los principios que rigen el Derecho administrativo sancionador, el artículo 63.1 b de la LDC exige que las empresas sean autores, de forma negligente o deliberada, de las conductas previstas en la LDC.

49. La normativa que regula la contratación pública es clara en el sentido de reconocer la necesidad de garantizar el principio de libre competencia entre las empresas interesadas en proveer de bienes y servicios a la Administración. Así lo reconoce, entre otros, el artículo 1 del TRLCSP, en cuya virtud *“a presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que a misma se ajusta a los principios de libertad de acceso las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, y adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades para satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de las oferta económicamente más ventajosa”*. Así las cosas, cabe exigir a todos los participantes en licitaciones públicas el más estricto respeto a la libre competencia de forma que la Administración pueda recibir y escoger la propuesta más ventajosa.

50. En este caso, ni la autoría de las conductas ni su realización de forma deliberada y con conciencia plena de su ilicitud plantea dudas a esta Comisión. Ninguna de las empresas objeto de esta resolución niega la participación de ambas en la reunión con el secretario del INGACAL para plantearle la posibilidad de realizar la práctica que, finalmente realizaron, a pesar de que el representante de la Administración les advirtió de que no la podían realizar porque era contraria a la Ley.

Séptimo: sanción

51. De acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas,



asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por descuido infrinjan lo dispuesto en la presente ley las siguientes sanciones:

“c) las infracciones muy graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”

52. El artículo 64, “criterios para la determinación de las sanciones” establece que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, y efecto de la infracción sobre los derechos y los legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

53. Los importes de los contratos finalmente adjudicados a “Protosolar” y a “Acende Enerxía” fueron superiores en 4.677 euros y en 1.066 euros respectivamente a los que habían resultado mejor valorados por la mesa de contratación. Estas cantidades constituyen el beneficio ilícito obtenido por cada una de las empresas y coinciden con el daño causado a la Administración.

54.- Esta Comisión Gallega de la Competencia entiende que el hecho de que las empresas hayan llevado adelante la conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia a pesar de que en la reunión que ambas tuvieron con el secretario del INGACAL este les había puesto de manifiesto que lo que pretendían realizar era ilegal debe tenerse en cuenta como circunstancia agravante a la hora de determinar la cuantía de la sanción.

55. En el presente caso no se aprecian circunstancias atenuantes en la conducta de las empresas “Protosolar” y “Acende Enerxía”.

56. Habida cuenta el dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia y las circunstancias anteriormente mencionadas, esta Comisión Gallega de la Competencia entiende que la multa debe ser del doble del beneficio ilícito obtenido por cada una de las empresas. Así, resulta una multa de 9.354 euros para “Protosolar SLU” y de 2.132 euros para “Acende Enerxía”.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en un acuerdo entre dos empresas en el marco de dos licitaciones públicas por el cual ambas renuncian de forma cruzada al contrato en el cual sus ofertas quedan en primera posición para que se les adjudiquen los contratos en los que quedaron en segunda posición, con el consiguiente perjuicio económico para la Administración, que tiene que adjudicar ambos contratos a las empresas que quedaron en segundo lugar, con ofertas más



caras que las que las inicialmente seleccionadas. Esta conducta constituye una restricción muy grave de la Ley de defensa de la Competencia a tenor del dispuesto en la letra la) del párrafo 4º del artículo 62 de la LDC.

SEGUNDO: Declarar responsables de la dicha infracción a las mercantiles “Acende Enerxía SL” y “Protosolar SLU”.

TERCERO: Imponer a “Protosolar SLU” una multa de 9.354 euros

CUARTO: Imponer a “Acende Enerxía SL” una multa de 2.132 euros

QUINTO: Instar a ambas empresas para que en el futuro se abstengan de cometer prácticas como las que constituyen el objeto de esta resolución.

SEXTO: Instar a la Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe ningún recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.