

ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN SOBRE PROPOSICIÓN DE PRUEBA EN EL EXPEDIENTE 5/2010, ASUNTO “TELECOMUNICACIONES UTEBO”.

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau,

Vocales

D. Ignacio Moralejo Menéndez

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Carlos Corral Martínez

D. Javier Nieto Avellanad

Zaragoza, a 3 de octubre de 2012

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y actuando como ponente su Presidente D. Javier Oroz Elfau, ha examinado el expediente tramitado por el Servicio de la Competencia de Aragón bajo el número 05/2010, en virtud de denuncia formulada por el Ayuntamiento de Utebo, sobre posible vulneración de la libre competencia, y respecto a la prueba solicitada ha adoptado Acuerdo con apoyo en los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 18 de junio de 2012 ha tenido entrada en el Registro del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón propuesta de resolución, acompañada de original del expediente administrativo, relativa al procedimiento sancionador que tiene asignado el número de expediente del Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón 5/2010, con la denominación del asunto “Telecomunicaciones Utebo”.

En ella se establecen los siguientes hechos acreditados, que reproducimos:

1. *“Por el Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza) se inició un expediente de contratación para la ejecución del Proyecto de “Ampliación e integración de la infraestructura de telecomunicaciones en edificios municipales de Utebo”, con un presupuesto de 268.328,20 euros, de los que 231.317,41 euros corresponden al precio y 37.010,79 euros al IVA, tal como consta en la certificación emitida con fecha 2 de marzo de 2010.*
2. *Mediante resolución de Alcaldía de 24 de marzo de 2010 se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir la adjudicación y posterior desarrollo de dicho contrato, disponiéndose en él que su adjudicación se practicaría por el procedimiento negociado con publicidad, al estar incluido dicho contrato en el supuesto previsto en el artículo 155 d) y 161.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (cláusula octava).*
3. *Las solicitudes presentadas en dicho procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el Acta del Resultado del examen de la*

documentación administrativa presentada fechada el 6 de abril de 2010, fueron tres: "GOTOR COMUNICACIONES, S.A", "SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A." y "MONTAJES ELÉCTRICOS GARCÍA, S.L."

4. Tras requerir la Mesa de contratación a dichas empresas la presentación de determinada documentación que se relaciona en el Acta mencionada, se procedió a la apertura de los sobres y al examen de la documentación aportada, admitiéndose en el procedimiento de referencia las solicitudes presentadas por las citadas empresas, a las que se cursó invitación para presentar las ofertas económicas según el precio de licitación establecido en el pliego.
5. En el acta de fecha 21 de abril de 2010 de apertura de las ofertas económicas, consta que las tres empresas licitadoras presentaron ofertas con un mismo contenido y ofreciendo un precio superior al de licitación, a saber:
 - a) Oferta económica: 300.000 euros (IVA excluido).
 - b) Compromiso de contratar a 1 persona en situación legal de desempleo durante 20 días.
 - c) En el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2009 y la fecha en la que se presenta la oferta han sido objeto de despido por motivos distintos de los disciplinarios 0 trabajadores.
 - d) Se presenta declaración responsable en la que se hace constar que, para la ejecución de las obras, prevén emplear un número de 10 personas.

La identidad de las ofertas se puso de manifiesto por el Presidente de la Mesa de Contratación en la celebración de dicho acto. Asimismo, según consta en el Acta, D. J. M., de la empresa "GOTOR COMUNICACIONES, S.A.", manifestó, en representación de las tres empresas, lo siguiente:

"Comentar que el hecho de que sea la misma oferta presentada, es debido a que una vez analizado el Proyecto, no lo consideramos rentable, al contrario, se calculan pérdidas desde el primer momento. Queremos transmitir así nuestro parecer a la Mesa de contratación y plantear en una reunión la inviabilidad de su ejecución por el precio de licitación".

6. La ofertas económicas presentadas fueron excluidas por superar el precio de licitación (fijado en 231.317,41 euros, excluido el IVA), declarándose desierto el procedimiento de contratación mediante resolución de Alcaldía de 5 de mayo de 2010, en la que también se acordó comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia los hechos ocurridos por considerar que pudieran ser constitutivos de una infracción de la legislación de defensa de la competencia. Dicha resolución fue notificada a los tres licitadores.
7. El Ayuntamiento de Utebo, mediante certificación de fecha 30 de marzo de 2012 ha hecho constar lo siguiente:

"Primero.- El contrato se ejecutó en los términos y condiciones que constaban en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas aprobados, según consta en el Acta de Recepción de las obras de fecha 25 de enero de 2010.

Segundo.- No se aprobó modificación alguna ni del proyecto de obras ni de contrato.

Tercero.- Vistas las certificaciones aprobadas la obra ascendió a un precio total de 274.705,52 € (IVA incluido) atendiendo al siguiente detalle:

Certificación 1ª: 68.158,92 €.

Certificación 2ª: 84.484,20 €.

Certificación 3ª y Final: 122.062,40 €.

Dándose un incremento en el precio de adjudicación por un aumento en las mediciones que no llegó al 10% del precio del contrato, no siendo necesario tramitar ningún modificado”.

SEGUNDO.- Con fecha 2 de mayo de 2012 el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón adoptó propuesta de resolución que fue debidamente notificada a todos los interesados en el expediente.

TERCERO.- En uso de la facultada atribuida a los propios interesados en el artículo 50 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y del artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC), los representantes legales de las empresas imputadas efectuaron las alegaciones que tuvieron por convenientes y realizaron la siguiente proposición de prueba:

- a) Por parte de GOTOR COMUNICACIONES S.A. se propuso como medio de prueba *“la documental aportada con el presente escrito y consistente en Informe de Detectives Aragón de fecha 11 de abril de 2012”*.
- b) Por parte de SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S. A. no se propuso prueba alguna, pero con sus alegaciones acompañó copia del mismo informe elaborado por Detectives Aragón.
- c) Finalmente, MONTAJES ELÉCTRICOS GARCÍA S. L. manifiesta en otrosí de su escrito de alegaciones lo siguiente: *“-a los efectos legales oportunos- y visto el contenido de la certificación relativa a los trabajos realizados por la empresa “ELEC NOR SEGURIDAD S.L.”, adjudicataria de las obras, prueba interesada por las otras dos mercantiles imputadas también en este expediente, se interesa:*
 1. *Nuevo oficio al Exmo. Ayuntamiento de Utebo a fin de que por su personal responsable se remita para su unión a las presentes actuaciones:*
 - a. *original (o copia compulsada) de las certificaciones emitidas por la citada empresa adjudicataria en la que conste expresamente el desglose de las distintas partidas ejecutadas, con expresión y descripción de los materiales utilizados.*
 - b. *Proyecto de ejecución, libro de órdenes, certificado de fin de obra e informes emitidos por el arquitecto municipal.*
 - c. *Relación de trabajadores que participaron en la obra, con expresión de su categoría profesional y situación laboral previa a la ejecución de las obras.*
 2. *Al presente escrito se acompaña copia de informe elaborado por una empresa de detectives contratada al efecto que recoge y documenta los trabajos realizados.*

Tal y como se exponía anteriormente, esta parte sostiene que existieron variaciones en la obra realizada respecto a la inicialmente prevista, y sobre la que se propuso un precio de 300.000,00 euros

3. *Igualmente se solicita la práctica de prueba pericial a realizar por un arquitecto y/o ingeniero, a designar vía insaculación, para que una vez se una a las actuaciones la prueba documental interesada en el apartado 1), tras analizar igualmente el documento aportado en el punto 2), y previo análisis de la obra realizada in situ, se pronuncie sobre su contenido y lo compare con el pliego de cláusulas del concurso en el que las imputadas participaron inicialmente, determinando si ha existido algún tipo de variación en la obra finalmente ejecutada, tanto en cuanto a las partidas , materiales, medios humanos, etc; no obstante, se reserva esta parte la posibilidad de plantear otros extremos a expensas de que se acuerde y se haga entrega de la documental interesada referida.”*

Finalmente, termina solicitando “que teniendo pro propuestos los medios probatorios antedichos, los declare pertinentes y acuerde su ulterior práctica”.

CUARTO.- El expediente fue admitido a trámite por este Tribunal mediante Acuerdo de fecha 10 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Resuelta la fase de asignación del expediente a favor de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, en aplicación de los puntos de conexión previstos en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, corresponde resolver el presente expediente sancionador, una vez finalizada la fase de instrucción, al TDCA en aplicación de los artículos 13, 34.1.b), 51, 53 y Disposición adicional 8ª de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, artículos 36 a 38 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y el artículo 3.a) del Decreto 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón.

SEGUNDO.- Para emitir pronunciamiento sobre la prueba propuesta por las empresas imputadas es preciso recordar que durante la instrucción del expediente y tras la notificación del pliego de cargos, en escritos de 24 de febrero y 2 de marzo de 2012, además de efectuar las alegaciones que tuvieron por conveniente propusieron la práctica de prueba, que obra en el expediente, consistente en la documental que se aportaba con las alegaciones y en un requerimiento al ayuntamiento de Utebo a fin de que certificase que el contrato suscrito con ELECNOR SERVICIOS S. L. (adjudicataria final de la obra en procedimiento posterior) fue ejecutado en los exactos términos y condiciones que los que constaban en los pliegos del contrato al que las tres empresas imputadas concurrieron, y que no había sido objeto de modificación posterior que afectase al precio o al resto de condiciones del contrato.

Dicha prueba fue practicada como consta en el expediente mediante la emisión por parte del ayuntamiento de Utebo de certificación expedida por la Secretaría General de dicha corporación, con fecha 30 de marzo de 2012.

TERCERO.- El artículo 36.1 RDC dispone que el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (debe entenderse que la referencia es a este órgano en aplicación de la disposición adicional octava LDC) “podrá rechazar la práctica de aquéllas

pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación (entiéndase Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón) no lo hubieren sido”.

Es evidente que toda la prueba propuesta, tanto el informe elaborado por la empresa de detectives como los nuevos requerimientos de documentación al Ayuntamiento e incluso la pericial propuesta, podía haber sido aportada y solicitada durante la instrucción del expediente. Nada impedía que la petición efectuada al ayuntamiento de Utebo hubiese versado también sobre los documentos que ahora se reclaman porque existían ya en el momento en que se formalizó la primera proposición de prueba y perfectamente podría haberse solicitado también que fuesen valorados por el perito correspondiente.

Desde esta perspectiva estrictamente temporal, y en aplicación del precepto citado procede ya la denegación de la prueba solicitada por las empresas imputadas.

CUARTO.- Además, y como complemento de lo anterior, es preciso destacar que absolutamente toda la prueba solicitada en las alegaciones a la propuesta de resolución se dirige a intentar acreditar que existe diferencia entre la obra a la que las tres empresas imputadas licitaron y la que finalmente ejecutó la mercantil ELECNOR SERVICIOS S. L. como adjudicataria tras haber quedado desierto el proceso de contratación inicial.

Y esta es una cuestión que resulta irrelevante al objeto del presente procedimiento. En este expediente el TDCA debe pronunciarse sobre si las tres empresas imputadas cometieron infracción del artículo 1 LDC, consistente en un acuerdo o concertación de precios y otras condiciones comerciales o de servicio entre las tres empresas, en relación a la ejecución del proyecto “Ampliación e integración de la infraestructura de telecomunicaciones en edificios municipales de Utebo” y en el momento de la presentación de las ofertas económicas para la adjudicación del contrato.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación **EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN**

HA RESUELTO

PRIMERO.- Denegar la prueba propuesta por GOTOR COMUNICACIONES S.A., SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS S. A. y MONTAJES ELÉCTRICOS GARCÍA S. L. en sus respectivos escritos de alegaciones frente a la propuesta de resolución elaborada por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón.

SEGUNDO.- Ordenar al Secretario del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón que proceda a notificar el presente acuerdo a todos los interesados en el expediente poniéndoles de manifiesto que contra el presente acuerdo no cabe recurso alguno.