

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN

Expediente: 03/2021/COMP “CONSERVACIÓN CARRETERAS ZARAGOZA”

Pleno

Presidente

D. Ángel Luis Monge Gil

Vocales

D^a M^a Cristina Fernández Fernández

D. Fernando Sanz Gracia

D. José Luis Buendía Sierra

D. Javier Nieto Avellaned

Letrada

D^a Isabel Caudevilla Lafuente

Secretario

D. Daniel Bernal Márquez

Zaragoza, a 13 de mayo de 2022

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y siendo ponente D^a M^a Cristina Fernández Fernández, ha examinado la propuesta de resolución del expediente 03/2021/COMP "Conservación de carreteras de Zaragoza" elevada por el SDC, junto con el resto de documentación obrante, que trae causa de la comunicación que el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda aragonés remitió al TDCA el 31 de enero de 2019 en relación con la licitación de dos contratos de obras en carreteras (RE-496-Z y RE-498-Z), donde se planteaba una posible vulneración de la LDC y se preguntaba por la posibilidad de restringir el acceso a los procedimientos de contratación a empresas del mismo grupo empresarial.

A la vista de la documentación obrante, se emite el siguiente

ACUERDO

1. Antecedentes

El 31 de enero de 2019 el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda aragonés remitió al TDCA una comunicación en relación con la licitación de dos contratos de obras en carreteras: en primer lugar, ponía en conocimiento del TDCA, en cumplimiento del art. 64 LCSP, que en la licitación de dos contratos de obras (RE-496-Z y RE-498-Z) se habían presentado ofertas por empresas pertenecientes a dos grupos empresariales (5 del grupo Sorigué y 3 del grupo Romero Polo) y, aunque las ofertas económicas diferían, las memorias técnicas de las empresas del mismo grupo coincidían totalmente. Se planteaba la posible vulneración de la LDC *«por tener estas empresas una mayor probabilidad de ser adjudicatarias en la licitación, lo que se comunica por si pudiese estarse vulnerando el principio de competencia empresarial»*. En segundo lugar, el Departamento preguntaba por la posibilidad de restringir el acceso a los procedimientos de contratación a empresas del mismo grupo empresarial.¹

El asunto fue tratado por el TDCA en febrero de 2021, asignándose la ponencia a M^a Cristina Fernández Fernández.

El 5 de abril de 2021 el SDCA dio traslado de la comunicación del Departamento de Vertebración a la CNMV. En su escrito el SDCA consideraba que los hechos objeto de análisis, relativos a posibles prácticas restrictivas de la competencia, quedaban comprendidos íntegramente dentro del ámbito territorial de Aragón, sin afección a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma, ni al conjunto del mercado nacional, pues se trataba de licitaciones públicas del Gobierno de Aragón para carreteras de la provincia de Zaragoza. Así, en aplicación del artículo 2.1 de la Ley 1/2002, consideraba que el TDCA era quien tenía la competencia para resolver el asunto en cuestión.

Sin embargo, con fecha 26 de abril de 2021, la Dirección de Competencia de la CNMC consideró que, en el supuesto de que la conducta denunciada vulnerase la LDC, tendría efectos sobre la libre competencia en un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón

¹ El Departamento de Vertebración planteó esta misma cuestión, ese mismo día 31 de enero de 2019, a la Junta consultiva de contratación administrativa de Aragón, que la resolvió en su informe de 1/2019, de 6 de marzo.

pues existían indicios colusorios también en Cataluña y Andalucía. En consecuencia, comunicó a al SDCA que era el órgano competente para conocer de estas actuaciones. El 27 de abril de 2021, el SDCA aceptó la competencia de la CNMC, solicitando que, si finalmente no prosperaba un procedimiento sancionador por conductas colusorias con ámbito territorial superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón, este expediente fuera de nuevo asignado al TDCA.

Tras asignarse a la CNMC, ésta procedió al análisis de diferentes licitaciones disponibles en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Identificó un total de 1.686 licitaciones adjudicadas a empresas de los Grupos Romero Polo y Sorigué, y centró su análisis en 270 de estas licitaciones. Únicamente disponía de datos sobre la baja ofertada en 23, relativas a licitaciones en Aragón, Cataluña y Andalucía. Y concluyó en la existencia de indicios de colusión en las dos licitaciones de Aragón sobre las que consultaba el Departamento de Vertebración aragonés, así como en la licitación (A02003462)-CI/2020-2025. Conservación de la red autonómica de carreteras de Aragón 2020-2025. Por un lado, según la CNMC, *“en estas tres licitaciones se observa una identidad tanto subjetiva como objetiva, pues se trata de prácticas en las que participan empresas de los Grupos SORIGUÉ y ROMERO POLO, consistente en la alternancia entre ofertas competitivas y moderadas en distintas licitaciones que podría resultar indicio de la renuncia a competir en aquellas licitaciones donde se presentasen bajas moderadas, en beneficio de empresas del otro grupo empresarial”*.

Pero, por otro lado, dice la CNMC que *“no se puede extender a las demás licitaciones objeto de análisis (Cataluña y Andalucía), ya que no hay indicios suficientes que permitan concluir que nos encontramos ante una práctica de dimensión supraautonómica, sino que las posibles prácticas anticompetitivas relacionadas con las licitaciones objeto de la remisión por el SDCA y la licitación (A02003462)-CI/2020-2025. Conservación de la red autonómica de carreteras de Aragón 2020-2025, se circunscriben al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón”*.

Con fecha de 25 de enero de 2022, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, la CNMC remitió al TDCA la documentación inicial trasladada y las actuaciones practicadas de oficio, considerando así cumplir los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, pues corresponde a los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón analizar los hechos en cuestión.

2. Fundamentos de derecho

A. Sobre los contratos CI/2020-2025 (A02003462), RE-496-Z y RE-498-Z, en los que concurren empresas de los grupos Sorigué y Romeo Polo.

El SDCA a través del perfil de contratante del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda ha analizado los contratos publicados en el mismo durante el periodo de tiempo de 2018 y 2022, prestando una especial atención a aquellos en los que participaba alguna de las empresas de los grupos Sorigué y Romero Polo; particularmente: RE-473-TE; A-338-TE; A-489-Z; R-562-HU, R-513-Z; RE-503-Z; y R-TRAV-1-2021.

Asimismo, ha sido objeto de análisis el contrato relativo a los servicios de conservación de la red autonómica de carreteras de Aragón CI/2020-2025 (A02003462), valorando si la alternancia entre ofertas en distintas licitaciones de Sorigué y Romero Polo podría ser indicio de algún tipo de acuerdo vulnerador de la LDC por implicar una renuncia a competir en aquellas licitaciones que conviniese según reparto.

Sin embargo, este Tribunal considera que tal hipótesis no puede prosperar por distintos motivos:

En primer lugar, ese acuerdo para una supuesta alternancia no ha podido ser verificado tras el análisis de los contratos expuestos en el párrafo anterior. No ha tenido consecuencias en las adjudicaciones de los contratos analizados ni tampoco en la última mencionada CI/2020-2025 (A02003462).

Los pliegos de esta última licitación parecen haber sido diseñados para dificultar acuerdos entre licitadores, al haberse establecido cinco criterios distintos de valoración de ofertas, divididos entre criterios de valoración técnica subjetiva y criterios de valoración objetiva, otorgando al precio un valor máximo de 45 puntos sobre 100, convirtiéndolo por tanto en un factor no determinante y obstaculizando los acuerdos fraudulentos de los licitadores, pues las empresas que resultaron finalmente adjudicatarias en la mayoría de los lotes no habían obtenido la mayor puntuación en el criterio precio.

Otro factor que hace difícil sostener la existencia de un acuerdo ilegal entre Sorigué y Romero Polo en el contrato A02003462 estudiado es la participación de un número considerable de empresas, pertenecientes a diferentes grupos (siete ofertas como mínimo en

cada uno de los lotes), teniendo en cuenta además que Sorigué y Romeo Polo no aparecen en algunos de esos lotes; por ello, no se estima que tenga sentido la hipótesis de la alternancia entre las dos empresas expresada en bajas moderadas o menos moderadas, cuando se presentan bastantes más ofertas a cada lote de empresas diferentes. Sobre todo, hay que destacar que la supuesta alternancia entre Sorigué y Romero Polo no ha tenido reflejo en las adjudicaciones finales.

Del examen en conjunto de los contratos expuestos en el punto anterior, y los que dieron origen al presente expediente, RE-496-Z y RE-498-Z, se desprenden las siguientes observaciones:

La circunstancia que hacía sospechar un previo acuerdo entre licitadores era, principalmente, la identidad de las memorias de las empresas del grupo Sorigué, así como de las memorias del grupo Romero Polo (presentaron documentos pdf idénticos en ambos casos). Mantenían precios diferentes en aparente competencia entre ellas, así como bajas temerarias, algunas de ellas no debidamente justificadas, y renunciaciones arbitrarias, condicionando la adjudicación final a favor de una de las empresas del grupo².

Pues bien, ese comportamiento no se ha detectado en contratos posteriores. Por ello, este Tribunal considera que no existen indicios suficientes para el inicio y sanción en su caso, de un procedimiento sancionador basado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Las sospechas de acuerdo ilícito surgieron solamente en esas dos licitaciones (RE-496-Z y RE-498-Z) y, aunque quizá pueda concluirse que fueron ilegales, se considera que no hay indicios suficientes ni reiterados para determinarlo.

B. Sobre la posibilidad de concurrencia de varias empresas de un mismo grupo a una misma licitación.

Se ha detectado esta práctica en el expediente A-489-Z (adjudicado el 3 de marzo de 2020), en el que se presentaron seis empresas, perteneciendo tres al mismo grupo empresarial, MLN; parece que las tres presentaron la misma documentación al concurso, pues

² Además, la mesa de contratación tenía potestad para excluir de la licitación esas ofertas con memorias idénticas. Véanse los posibles problemas que esta exclusión podría presentar en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., “La concurrencia de varias sociedades de un grupo a una licitación administrativa: problemática desde un punto de vista del Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* nº 28/enero-diciembre 2021.

obtuvieron la misma puntuación. Sin embargo, no se observa el juego de bajas temerarias para forzar la adjudicación a alguna empresa del grupo.

También en el expediente R- 562-HU (adjudicado en fecha 17 de febrero de 2020), en el que se presentaban siete empresas licitadoras, tres pertenecían al grupo Sorigué, y, teniendo en cuenta la puntuación técnica obtenida, parece que la documentación presentada fue la misma; sin embargo en esta licitación no se observa ninguna otra actuación, por ejemplo la relativa a bajas temerarias o renunciadas injustificadas, que haga sospechar la existencia de acuerdos entre esas empresas con el fin de manipular la adjudicación, que fue para una empresa que no pertenecía al grupo Sorigué.

Ante estas actuaciones este Tribunal entiende oportuno hacer las siguientes consideraciones:

En todos los casos, las mesas de contratación deberían haber valorado si las ofertas presentadas por empresas de un mismo grupo eran realmente ofertas independientes. En el supuesto de sospechar coordinación entre las mismas, todas tendrían que haber sido excluidas de forma inmediata, por vulnerar el artículo 139 de la LCSP.

En aras de una mayor seguridad y comodidad para las mesas de contratación, sería bueno que el legislador, de forma expresa, prohibiese a las empresas de un mismo grupo de sociedades (en el sentido del art. 42 CCom, al menos) presentarse a una misma licitación. También podría incluirse la obligación de que participe una sola sociedad de un mismo grupo en cada licitación, como cláusula estándar en los modelos de pliegos. Pero lo ideal sería seguir el ejemplo de la Comunidad Foral Navarra que en su Ley 2/2018, de 13 de abril, de contratos

públicos, establece primero en el artículo 20 el concepto de empresas vinculadas,³ para después, en el artículo 53, excluirlas de una misma licitación⁴.

Analizando los contratos accesibles en la plataforma de contratación se observa que en los contratos más recientes ya no se presentan varias empresas del mismo grupo a una misma licitación, siendo, pues, la intervención del legislador que se acaba de proponer, un elemento que, sin suponer un grave perjuicio, introduciría mayor claridad, seguridad y, sobre todo, más agilidad a los procesos de contratación pública.

C. Sobre los pliegos de contratación

Por otro lado, como actuación que favorece una competencia real y efectiva, se observa una revisión en la redacción y diseño en los pliegos de contratación y particularmente de los criterios de valoración de las licitaciones en aquellos pliegos más recientes encaminados a dificultar que las empresas licitadoras puedan llegar a acuerdos, añadiendo por ejemplo nuevos y más criterios de valoración y siendo el precio ofertado un valor no determinante para la adjudicación del contrato.

En tanto en cuanto el legislador no se pronuncie, no estaría de más que se incluyese en estos pliegos la prohibición de más de una oferta por grupo societario.

³ “Artículo 20. Empresas vinculadas.

1. A los efectos de esta ley foral se entiende por empresa vinculada cualquier empresa en la que el contratista ejerza, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de su propiedad, participación financiera o de las normas que la regulan, o la empresa que a su vez ejerza influencia dominante en el contratista.

2. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, disponga de la mayoría del capital social suscrito de otra, de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o bien, pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o de vigilancia de la misma.”

⁴ “3. Cada persona no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto sobre admisibilidad de variantes y sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en participación conjunta si ha presentado una proposición individual. La infracción de estas normas dará lugar a la inadmisión de todas las propuestas por el suscritas para un mismo lote o contrato.

4. La presentación simultánea de ofertas por parte de empresas vinculadas supondrá, igualmente, la inadmisión de dichas ofertas.”

Véase también el artículo de la vocal del Tribunal M^a Cristina Fernández Fernández, publicado en la *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* nº 28/enero-diciembre 2021.

Por todo lo expuesto y cuanto antecede, vistos los artículos de la normativa aplicable y los demás de general aplicación, y de conformidad con los fundamentos jurídicos arriba referenciados, el Pleno del TDCA

RESUELVE

ÚNICO.- No incoar ningún procedimiento sancionador, de conformidad al artículo 25.5 del Reglamento de defensa de la competencia, aprobado mediante el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, al considerar que no se han detectado indicios suficientemente fundados de incumplimiento de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y por ello adopta el acuerdo de cierre del expediente 03/2021/COMP.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.