



Recurso nº 1178 y 1183/2020 C.A. Región de Murcia 85 y 87/2020

Resolución nº 60/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 22 de enero de 2021.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. E. A. S., en representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y D. I. M. C. G., en representación de ELSAMEX, S.A.U., contra su exclusión de la licitación del contrato de “*servicio mantenimiento, auxiliares de pista y salas, control de accesos y limpieza en instalaciones deportivas*”, con expediente n.º 0156/2019, convocada por el Ayuntamiento de Murcia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 24 de diciembre de 2019, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y el 23 de diciembre de 2019, a las 09:32 horas, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), se publican los anuncios de la licitación del contrato de servicio mantenimiento, auxiliares de pista y salas, control de accesos y limpieza en instalaciones deportivas, expediente 0156/2019, licitado por el Ayuntamiento de Murcia.

El contrato, calificado como servicios, clasificación CPV 77320000, servicios de mantenimiento de campos deportivos, 90911200, servicios de limpieza de edificios, tiene un valor estimado de 9.887.768,97 euros, IVA excluido, licitándose por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, y con presentación de ofertas electrónica, y dividido en tres lotes.

Segundo. Llegado el término de presentación de ofertas, entre los licitadores presentados se encuentran FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX, S.A.U., ambas a los tres lotes.

El 28 de enero de 2020 la mesa de contratación procede a la apertura sucesiva de los archivos electrónicos que contienen la documentación acreditativa de la capacidad y



solvencia, admitiendo a todos los licitadores, y seguidamente de la parte de la oferta dependiente de juicio de valor.

El 25 de febrero la mesa procede al examen del informe de valoración de las ofertas relativas a criterios dependientes de juicio de valor, manifestando su conformidad con él.

El mismo día 25 de febrero las 9:40 horas, vuelve a reunirse la mesa constando en acta lo siguiente.

“La Secretaria de la Mesa comunica al resto de miembros que tras la recepción de un correo electrónico por parte del Presidente de la misma en el que alertaba sobre la posible existencia de indicios sobre prácticas colusorias entre los licitadores, desde el Servicio de Contratación se procedió al estudio de la documentación presentada por todos los licitadores y de los datos públicos que hasta ese momento obraban en el ROLECE.

A la vista de la documentación analizada, de la que se entrega en este momento copia de la misma a todos los miembros de la Mesa, se observa lo siguiente:

- *UTE ACTÚA–REGENERA: con la presentación de la oferta se incorpora declaración responsable de ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L. con C.I.F. B-73727349, en la que manifiesta que ‘forma parte del grupo de empresas ASISTENCIA TÉCNICA EN RECURSOS S.L., de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, y que se presenta a esta licitación NO concurriendo con otras empresas pertenecientes al mismo grupo’. Del mismo modo, REGENERA LEVANTE, S.L., con C.I.F. B-73.492.423, incorpora declaración responsable en la que manifiesta que ‘no pertenece a ningún grupo empresarial, ni se encuentra en ninguno de los supuestos definidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio’.*

En este orden se analiza el documento incorporado como “compromiso de constitución de la UTE” en el cual ambas mercantiles declaran comprometerse en caso de ser adjudicatarias del contrato a constituirse formalmente en UTE con una participación del 50% para cada una de ellas.



A continuación se analiza el certificado del ROLECE de ambas mercantiles observándose que ACTÚA reúne todos los requisitos de capacidad y solvencia requeridos. Por su parte, REGENERA no tiene registrado el objeto social y está clasificada en la letra O, 01, 1.

- *UTE URDECÓN–TSI: con la presentación de la oferta se incorpora declaración responsable de CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A. con C.I.F A-30032205 y de TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., con C.I.F B-30563415 en la que manifiestan que ‘no pertenecen a ningún grupo empresarial’. Observado el documento presentado por CONSTRUCCIONES URDECÓN se aprecia que tiene un formato y tipología similar al presentado por REGENERA LEVANTE, S.L., además se observa en la esquina superior derecha que ambas mercantiles comparten domicilio social en Polígono Industrial Camposol, calle Mayor, 55. Puente Tocinos (30006), Murcia.*

En este orden se analiza el documento incorporado como ‘compromiso de UTE’ en el que ambas mercantiles declaran comprometerse en caso de ser adjudicatarias del contrato a constituirse formalmente en UTE con una participación del 90% para URDECÓN y del 10% para TSI.

A continuación se analiza el certificado del ROLECE de ambas mercantiles observándose que URDECÓN tiene en su objeto social el objeto del contrato y no teniendo en su clasificación la requerida. Por su parte, TSI tiene por objeto social los servicios de limpieza en general que constituye parte del objeto del contrato y tiene clasificación suficiente respecto de la solicitada para desarrollar dicha parte.

- *Respecto de ambas UTE’s, analizado el informe de valoración de las ofertas técnicas, se observa en la página 48 del mismo que: ‘la propuesta presentada por CONSTRUCCIONES URDECÓN, S. A. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES, S. L. con el compromiso de constituirse en UTE, así como ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S. L. y REGENERA LEVANTE, S. L. con el compromiso de constituirse en UTE teniendo en cuenta las consideraciones previas, resulta insuficiente y con falta de concreción respecto de la especificidad y con falta de concreción respecto de la especificidad requerida a las acciones y actuaciones a tener en cuenta en la licitación, por lo que se considera una valoración de 3 puntos’.*



A la vista de los posibles indicios expuestos, la Mesa de Contratación acuerda, por unanimidad, de una parte, para poder completar el análisis de la posible práctica colusoria, analizando las concretas ofertas y el comportamiento de las referidas empresas en el seno de la licitación, continuar con la tramitación normal del expediente y proceder a la apertura de las ofertas económicas; y de otra, una vez efectuado el referido análisis, e independientemente del resultado del mismo, elevar propuesta al órgano de contratación en los términos del art. 132 de la LCSP, trasladando los indicios de presuntas prácticas colusorias detectadas en este expediente al Servicio Regional de Defensa de la Competencia con el fin de que emita un pronunciamiento sobre las consecuencias que de dichas prácticas pudieran derivarse y las actuaciones a seguir en el referido expediente”.

El 3 de marzo de 2020 se abren los archivos electrónicos contenido la parte de las ofertas relativas a los criterios de valoración automática o mediante fórmula, haciendo públicas las ofertas producidas y solicitando de los licitadores cuyas ofertas están incursas en presunción de anormalidad su justificación.

El 5 de mayo de 2020, la mesa examina el informe sobre las justificaciones presentadas por los licitadores con ofertas en presunción de anormalidad, seguidamente, clasifica las ofertas y propone a las empresas adjudicatarias.

La clasificación de las ofertas, por lo que respecta a las empresas recurrentes es la siguiente: FERROVIAL SERVICIOS, S.A., es la tercera clasificada en el lote 1, la primera clasificada en los lotes 2, y 3, por su parte ESAMEX, S.A.U., es la primera clasificada en el lote 1, la tercera en el lote 2, y la segunda en el lote 3.

Así mismo acuerda elevar propuesta al órgano de contratación en los términos del artículo 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), trasladando los indicios de presuntas prácticas colusorias detectadas en este expediente al Servicio Regional de Defensa de la Competencia.

El 12 de junio se remite al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el expediente.



En la comunicación remitida, además de examinar las ofertas de las UTE que originaron la consulta se señala que, de forma paralela se han estado tramitando una serie de procedimientos de contratación en la modalidad abierta simplificada reducida con el mismo objeto que el expediente 156/2019, con la finalidad de dar cobertura al servicio a satisfacer hasta que pudiera estar finalizado el procedimiento del expediente analizado, en los que también se ha observado un posible indicio de práctica colusoria, pues las empresas FERROVIAL SERVICIOS, S.L. y ELSAMEX, S.L. no han competido entre ellas al no coincidir en ninguna licitación, y examinados los contratos anteriores con el mismo objeto celebrados en 2015, se observa que FERROVIAL no ha presentado ofertas donde ELSAMEX resultó adjudicataria en 2015 y viceversa.

El 29 de septiembre de 2020 el Servicio Regional de Defensa de la Competencia remite su informe.

En él se hace diversas consideraciones concluyendo lo siguiente.

“IV. CONCLUSIÓN

(18) En relación con el procedimiento de contratación del SERVICIO DE MANTENIMIENTO, AUXILIARES DE PISTA Y SALAS, RECAUDACIÓN, CONTROL DE ACCESOS Y LIMPIEZA EN INSTALACIONES DEPORTIVAS MUNICIPALES, 3 LOTES (Expte. 0156/2019), tramitado por el Ayuntamiento de Murcia, y los procedimientos de contratación en su modalidad abierta simplificada reducida con el mismo objeto que el anterior, con la finalidad de dar cobertura al servicio a satisfacer hasta que pudiera estar finalizado el procedimiento del expediente analizado (Expte. 0156/2019) este Servicio Regional de Defensa de la Competencia considera que existen claros indicios de colusión basada en una coordinación de comportamientos, bien mediante la presentación de ofertas por entidades controladas por los mismos administradores, bien mediante la constitución de UTE sin justificación aparente, bien absteniéndose de participar en licitaciones de forma coordinada con la finalidad de evitar competir entre ellos aumentando así las posibilidades de resultar adjudicatario de contratos públicos, todo ello en claro perjuicio de la Administración contratante (el Ayuntamiento de Murcia), que de esta forma ven encarecido



el precio de los contratos a adjudicar, por lo que por parte de este órgano se procede a iniciar la correspondiente investigación de los hechos y conductas producidos.

(19) Este informe no prejuzga en ningún caso la decisión o medidas que pueda tomar el órgano o la Mesa de contratación dentro de su plena autonomía respecto a la continuación o no de la licitación en curso, la posible exclusión de licitadores o la valoración de las ofertas. (20) Cabe recordar que el artículo 150.1 de la LCSP establece la suspensión del procedimiento de contratación, tal como indicaba la Mesa de contratación en su Acta, por el motivo de encontrar indicios de conductas colusorias, hasta que las autoridades de defensa de la competencia se pronuncien sobre los mismos, si bien no se concretan cuáles son los efectos de este informe en el procedimiento. No obstante, la entrada en vigor de este apartado ha sido diferida por la disposición final 16ª de la LCSP hasta el desarrollo reglamentario al que se refiere el mismo.

(21) En cualquier caso, con independencia de la posible incoación y del futuro resultado de un expediente sancionador a las empresas afectadas por una infracción de la LDC, las conductas observadas contravienen la finalidad y el objeto de los procedimientos de contratación pública, como se ha explicado, en particular en lo referente a sus principios de igualdad de trato entre los candidatos, eficiente utilización de los fondos públicos y salvaguarda de la libre competencia, por lo que, a juicio del SRDC, no deberían ser aceptadas por la Administración contratante.”

A la vista del informe la mesa en sesiones consecutivas de 29 de septiembre de 2020 y 6 de octubre de 2020, acuerda proponer la exclusión de CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A., REGENERA LEVANTE, S.L, ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L, TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX S.A.U.

En consecuencia, suprime a las recurrentes y a las otras empresas de la que se propone su exclusión de la clasificación y consiguiente propuesta de adjudicación de los lotes.

El 9 de octubre, por el Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana y Gestión Económica se dicta Decreto, por el que se excluye del procedimiento de licitación a CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A., REGENERA LEVANTE S.L., ACTÚA, SERVICIOS



Y MEDIO AMBIENTE, S.L. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX, S.A.U. El decreto no contiene pie de recurso ante este Tribunal.

El 14 de octubre de 2020 se notifica electrónicamente a los licitadores su exclusión.

Tercero. El 4 de noviembre de 2020, a las 11:38 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión, por FERROVIAL SERVICIOS, S.A., solicitando en el *petitum* que se “dicte resolución por la que: I) Se anule el acuerdo recurrido. II) Se ordene la retroacción de las actuaciones para que, previa readmisión de la oferta presentada a la licitación por mi representada, se proceda a la adjudicación de la licitación de conformidad con el orden de clasificación de las ofertas anterior a dicha exclusión de la que necesariamente mi representada debe resultar adjudicataria de su Lote 3 por haber manifestado su preferencia en ese sentido”. Solicita así mismo la suspensión del procedimiento.

El mismo 4 de noviembre de 2020, a las 14:53 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión, por ELSAMEX, S.A.U. solicitando en el *petitum* “(i) que declare la nulidad de pleno derecho (o, subsidiariamente, que proceda a la anulación) del Decreto de Exclusión en lo relativo a ELSAMEX; (ii) la retroacción del procedimiento de licitación 0156/2019 al momento anterior a la exclusión de ELSAMEX en virtud del Decreto de Exclusión, para que, la Mesa de Contratación proceda nuevamente a la clasificación de las ofertas en orden decreciente con inclusión de la oferta de ELSAMEX; y (iii) acuerde la adjudicación del Contrato de Servicio de Mantenimiento de conformidad con lo dispuesto en la LCSP y el PCAP: en particular, adjudicando el lote nº 1 a mi representada, y los lotes nº 2 y 3, según proceda”, solicitando también la suspensión del procedimiento.

Ambos procedimientos se han tramitado como Recursos números 1178/2020 C.A. de la Región de Murcia 85/2020, y 1183/2020 C.A. de la Región de Murcia 87/2020, respectivamente.

Cuarto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real



Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Quinto. En ambos procedimientos de recurso el órgano de contratación remite a este Tribunal el expediente de contratación y sus informes.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 11 de noviembre de 2020, en cuanto al recurso 1178/2020 C.A. de la Región de Murcia 85/2020, dio traslado del recurso a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, haciendo uso de tal derecho SALZILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L., y el 11 de noviembre de 2020, en cuanto al recurso 1183/2020 C.A. de la Región de Murcia 87/2020, dio traslado del recurso a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, haciendo uso de tal derecho SALZILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L.

Séptimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, el 20 de noviembre de 2020, acuerda concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con los lotes 1, 2 y 3, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Los recursos interpuestos se refieren a un mismo acto administrativo de exclusión, se dirigen contra el mismo órgano de contratación y se fundan en idéntica causa de pedir, por lo que, en aplicación del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), se acuerda su acumulación por guardar identidad sustancial o íntima conexión.

Segundo. Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente, de concurrir los demás requisitos de procedibilidad, para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en los artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del RPERMC, y la cláusula tercera del Convenio



de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 13 de noviembre de 2020, y publicado en el BOE de 21 de noviembre de 2020, al ser el contratante un Ayuntamiento enclavado en el territorio de dicha Comunidad Autónoma.

Esto no obstante existe un límite a nuestra competencia, como hemos dicho reiteradamente este órgano tiene una función exclusivamente revisora, que se extiende sólo a la declaración de la existencia o no de un vicio que invalide el acto impugnado, pero no supone la sustitución de las competencias del órgano de contratación, de modo que, declarado el vicio del acto impugnado, nos limitamos a ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, siendo por tanto al órgano de contratación al que compete dictar los nuevos actos de adjudicación que procedan y no a este Tribunal. Hemos pues de inadmitir las pretensiones de que adjudiquemos los lotes del contrato a las recurrentes, admitiéndose los recursos en todo lo demás.

Tercero. El artículo 48 de la LCSP establece *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Es por ello preciso distinguir entre la capacidad procesal, *“legitimatio ad processum”*, que tienen quienes pueden acudir al proceso por estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y la legitimación propiamente dicha, *“legitimación ad causam”*, que es la aptitud específica para intervenir en un proceso concreto.

Pues bien, para tener legitimación para interponer el recurso, no basta con poder acudir a él por tener capacidad procesal, sino que es preciso, además, ser titular de un derecho subjetivo o tener un interés legítimo que resulten afectados por la decisión recurrida.

Ello nos lleva a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de



1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Las recurrentes han sido licitadoras en el procedimiento por lo que tienen *legitimatio ad procesum*, ahora bien, es necesario determinar si tienen *legitimatio ad causam*.

Hemos de analizar los de cada recurrente por separado.

FERROVIAL SERVICIOS, S.A., es la tercera clasificada en el lote 1, y la primera clasificada en los lotes 2, y 3, por lo que de prosperar su recurso sería adjudicataria de los lotes 2 y 3, si bien que, como consecuencia de lo establecido en el PCAP solo podría ser adjudicataria de un lote, en este caso el 3, adjudicación a la que dirige, de acuerdo al *petitum* de su recurso, exclusivamente la acción, por lo que está legitimada para recurrir.

Por su parte ELSAMEX, S.A.U., es la primera clasificada en el lote 1, la tercera en el lote 2, y la segunda en el lote 3. En este caso el *petitum* de su recurso no se dirige solo a la adjudicación del lote 1, para lo que está legitimado, sino que deja abierta tal posibilidad al referirse a la adjudicación de los lotes 2 y 3, "*según proceda*". Teniendo en cuenta que el acto impugnado también excluye a la UTE CONSTRUCCIONES URDECÓN, S.A. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., la UTE REGENERA LEVANTE, S.L., ACTÚA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L. y TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y que



FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y ELSAMEX S.A.U. las referidas UTE han interpuesto también recursos, así como FERROVIAL SERVICIOS S.A. cuyo recurso aquí también resolvemos, sino prosperan dichos recursos y prospera el suyo, podría ser adjudicataria de alguno de aquellos lotes. En consecuencia, tiene legitimación para interponer el recurso también respecto de los lotes en que no es la primera clasificada.

Cuarto. Se recurre el acto de exclusión de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado excede de 100.000 euros.

Tanto el contrato como el acto son expresamente recurribles conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. La remisión de la notificación del acto se produjo el 14 de octubre de 2020 y los recursos se interpusieron el 4 de noviembre de 2020. El acto notificado y su notificación no contienen pie de recurso ante este Tribunal.

El artículo 50.1.c) de la LCSP establece.

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...) c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

Por su parte el artículo 59.5, segundo párrafo del RPERMC dispone.

“(...) Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso”.



La referencia al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha de entenderse hecha al vigente artículo 40.2 de la LPACAP.

En consecuencia, faltando en las notificaciones la expresión de los recursos que procedían en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que habían de presentarse y el plazo para interponerlos, la sola presentación de los recursos determina su interposición en tiempo y forma.

Sexto. En cuanto a los argumentos de las recurrentes, estos son los siguientes.

En el recurso 1178/2020 los sucesivos.

Que conforme a los artículos 69.2 y 150.1 de la LCSP, los indicios de colusión deben ser “fundados”, lo que requiere una actividad probatoria y motivada por pequeña que esta sea, que además el procedimiento a que se refiere el artículo 150 de la LCSP no se ha aprobado reglamentariamente, pero que en todo caso respectos de las Uniones Temporales de Empresas el artículo 69 de la LCSP prevé un procedimiento contradictorio en el que se da la oportunidad a las empresas para que expliquen su actuación de modo similar al procedimiento seguido con las ofertas incursas en presunción de temeridad, lo mismo debería haber ocurrido en el caso recurrido por identidad de razón, siendo así que no ha ocurrido con su exclusión.

Que la exclusión de la recurrente se ha producido a partir de un único hecho acontecido en el seno de un procedimiento de licitación diferente y de plano, sin que se haya concedido trámite alguno de aclaración ni de audiencia en el que podría haber explicado perfectamente lo acontecido, y sin que ni el Servicio Regional de defensa de la competencia ni el Ayuntamiento le hayan permitido acceder a la información contenida en los expedientes y que fue solicitada en tiempo y forma, lo que le ha causado indefensión.

Que el único hecho esgrimido como indicio de un comportamiento coordinado entre la recurrente y ELSAMEX es que ambas no hayan competido entre sí en ninguno de los procedimientos abiertos simplificados celebrados para dar continuidad al servicio mientras se finalizaba la tramitación del expediente de contratación al que se refiere el siendo así



que ambas empresas han presentado ofertas en cada uno de los tres lotes del expediente de contratación, sin más explicaciones ni motivación alguna de en qué medida ese hecho ha tenido influencia en el devenir y resultado de la presente licitación.

Que la licitación de la que ha sido excluida es exclusivamente la relativa al expediente 0156/2019, expediente de contratación iniciado para la renovación de los contratos adjudicados con el mismo objeto y duración inicial en los expedientes 352/2015, 353/2015, 466/2015, 106/2016 y 441/2016, siendo la recurrente adjudicataria de los lotes 1, 3, 8 y 9 del expediente núm. 353/2015 y del expediente 442/2016. Que ELSAMEX, S.A.U. resultó adjudicataria del expediente 352/2015, de los lotes 2, 4, 6 y 11 del expediente 353/2015, del expediente 466/2015, del expediente 106/2016 y del expediente 441/2016.

Que a las referidas licitaciones como a la licitación actual ha concurrido la recurrente con una muy nutrida competencia, por lo que, de haber existido coordinación entre empresas para no competir entre ellas y teniendo en cuenta que un licitador sólo puede ser adjudicatario de un único lote, lo consecuente sería no haber licitado al lote o lotes a los que concurriese la otra, siendo así que ambas empresas licitaron a todos los lotes compitiendo entre sí y con el resto de licitadores.

Que si observamos las ofertas relativas a los criterios automáticos, que ponderan con 60 puntos sobre 100 posibles, las ofertas por el precio/hora ofertado por todos los licitadores (25 puntos) y el % de baja sobre los precios unitarios de mantenimiento correctivo (5 puntos) no se ajustan a patrón de comportamiento concertado alguno.

Que es inverosímil una acción concertada en la licitación, dado que los tres lotes en que se divide la licitación no tiene correlación con los lotes de los anteriores contratos de los que la recurrente y ELSAMEX eran adjudicatarias pues aparecen entremezclados en la actual licitación.

En fin que de haber acontecido indicios de actuación concertada entre las empresas en aquellos contratos distintos debería haber proyectado sus efectos, en este caso la exclusión, sobre los procedimientos de contratación simplificados reducidos en que supuestamente según la Administración se produjo esa actuación bajo sospecha, y sin embargo la recurrente resultó adjudicataria en algunas de aquellas licitaciones, habiendo



extendido los efectos de esos supuestos indicios a otra licitación distintas, la actual, en que ni existe ni se ha puesto de manifiesto por el Ayuntamiento indicio de conducta colusoria alguna.

Por ultimo justifica las razones por las que únicamente concurrió a las licitaciones convocadas mediante procedimientos simplificados reducidos de aquellos centros de los que era adjudicataria a su finalización y no al resto.

En cuanto al recurso 1183/2020, los siguientes.

Que el acto impugnado es nulo de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pues el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 LCSP no está en la actualidad en vigor, y la mesa de contratación y el Servicio Regional de Defensa de la Competencia han dado por cumplido mediante la emisión del Informe de dicho Servicio el procedimiento sumarísimo que prevé el art. 150.1 LCSP, eso sí vulnerado las normas más básicas del procedimiento administrativo común por cuanto la recurrente no ha tenido oportunidad alguna de formular alegaciones en relación con los indicios de colusión que son la justificación invocada para dictar el Decreto de Exclusión.

Que se ha infringido la normativa de contratación pública y el PCAP en cuanto a las causas de exclusión de los licitadores, pues no se prevé que los indicios de prácticas colusorias puedan constituir motivo suficiente que autorice a los órganos de contratación, por su propia autoridad, a excluir a aquellos licitadores respecto de los cuales se aprecien tales "indicios", porque lo que está previsto no es un procedimiento de exclusión sino un sistema de colaboración del órgano de contratación comunica con las autoridades de competencia, comunicándose por aquel a éstas la existencia de hechos que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia o los indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, y es el pronunciamiento de dichas autoridad el que puede culminar en un procedimiento en que, con todas las garantías, el Ministerio de Hacienda acuerde la correspondiente prohibición de contratar.

Der contrario el órgano de contratación señala en sus informes lo siguiente.



Tras una prolija y detallada exposición de los indicios de prácticas colusorias observadas en las ofertas presentadas y en la documentación aportada, expresamente asume los indicios informados al Servicio Regional de Defensa de la Competencia y constatados por este en su informe, emitido a su requerimiento, y afirma que el órgano de contratación actuó de buena fe y conforme a la LCSP sin entrar a rebatir las concretas alegaciones formuladas por las recurrentes.

Por último, la alegante no aporta nuevos argumentos respecto de los formulados por las recurrentes y por el órgano de contratación que sean reseñables.

Séptimo. Una vez fijados los términos de la controversia, hemos de comenzar por examinar el marco normativo aplicable, para entrar luego en las actuaciones realizadas.

De conformidad con los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) las Directivas de contratación atienden a que en la adjudicación de los contratos públicos se respeten los principios, que derivan de aquellas libertades, de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, asegurando que tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

Es por ello que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante la Directiva), a lo largo de su articulado y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece medidas cuyo fin se dirige a garantizar la libre competencia.

Entre ellas está la establecida en su artículo 57.4.d), que incluye entre las causas de posible exclusión de los operadores económicos en la participación en un procedimiento de contratación, *“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”*.



También establece el apartado 6 del citado artículo 57 de la Directiva que *“todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación”*.

En trasposición de la Directiva, varios son los preceptos de la LCSP que, en esta controversia, hemos de tener en cuenta.

En primer lugar, el artículo 69.2 LCSP referido a las Uniones de empresarios.

“Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.

Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos”.

Seguidamente, el artículo 132.1 y 3, que bajo la rúbrica *“principios de igualdad, transparencia y libre competencia”*, que establece:

“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.



En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

(...) 3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de 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”.

El artículo 139.3 de la LCSP, que preceptúa.

“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.

El artículo 150,1, párrafo tercero, de la LCSP que establece lo siguiente. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.

“(...) Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la



autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

Es de señalar que, conforme a lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP, el tercer párrafo, transcrito, del citado artículo 150.1 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que en él se refiere, disposición reglamentaria que, a día de hoy, aun no se ha dictado, por lo que el citado precepto no está vigente.

En fin, el artículo 167.e) de la LCSP, que, al referirse como supuesto de aplicación del procedimiento de licitación con negociación, el de los casos en que en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables, señala expresamente que se considerarán irregulares en dichos procedimientos, en particular, las ofertas *“que muestren indicios de colusión”*.

En el mismo sentido el artículo 96.4 LCSP, que en la adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, califica expresamente de irregulares las ofertas que muestren indicios de colusión.

También ha de estarse, a la hora de calificar una oferta como colusoria, lo establecida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), y sus normas de aplicación y desarrollo, que aunque no son normas de contratación permiten integrar a efectos interpretativas la LCSP y sus normas de desarrollo.

Hemos de hacer asimismo referencia a nuestra doctrina.

Así en relación al artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) precedente del actual 139.3 de la vigente LCSP, en relación con ofertas concertadas, hemos dicho en diversas resoluciones, recogidas en la Resolución nº 1278/2019, de 11 de noviembre, lo siguiente.



“(…) El recurrente afirma en su recurso que la existencia de vinculación entre dos licitadores en los que uno concurre individualmente y, a su vez, como administrador solidario de una mercantil, es indicio suficiente para concluir que son un mismo operador económico con la consiguiente vulneración del artículo 139.3 de la LCSP.

A este respecto este Tribunal ha señalado en su reciente resolución nº 659/2019, de 20 de junio (nº recurso 414/2019) lo siguiente: «El artículo 145.3 de la LCSP se aplica a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas. La pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permite la presentación concertada de varias empresas a una misma licitación sirviéndose del grupo para incrementar las posibilidades de que una misma oferta técnica resulte seleccionada, lo que técnicamente se oferta es lo mismo, pero se presentan precios diferentes para que esa misma oferta técnica tenga más oportunidades de ser la mejor valorada. La ya citada Resolución nº 950/2015, de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; señaló: «[..] La doctrina de este Tribunal sobre el artículo 145.3 y la disposición adicional 23 a del TRLCSP [...] (Se resume así):

- El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control, ex disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP (...)

- Ahora bien, sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el artículo 145.3 TRLCSP, de modo que podría apreciarse, procediendo al “levantamiento del velo”, si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa (...) Este Tribunal (admite) “la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo” en los casos en los que, pese a concurrir entidades formalmente distintas entre sí, la existencia de las mismas sea meramente aparente, a modo de pantalla para disimular una realidad unitaria subyacente y conseguir un propósito fraudulento. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, lo que, en supuesto como en el analizado, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador»



En este caso, entendemos que el mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación. Cuestión distinta es que concorra el supuesto previsto en la STJU recaída en el Asunto (-538/07) citada en nuestra Resolución 659/2019 (Recurso nº 414/2019) reseñada más arriba, sobre que: «La mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos [...] (Sin embargo) La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión»(...).

Pues bien, efectivamente, el conjunto de los indicios que resultan del expediente administrativo (...) son suficientes para apreciar dicha constatación de la relación entre ambas empresas "...ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento...", y por ello para, aplicando la doctrina del levantamiento del velo, concluir que bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación".

Estas normas nacionales, en aplicación e interpretación conjunta con el artículo 57 de la Directiva, y conforme a la jurisprudencia comunitaria y nuestra doctrina, determinan el siguiente mínimo común en lo que a los recursos importa.

En primer lugar, que tanto la Directiva como la LCSP califican de irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo éste motivo de su exclusión. En cuanto a la calificación de una conducta como colusoria ha de estarse a lo establecido en el artículo 1 de la LDC.



En segundo lugar, tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de un 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, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo.

En tercer lugar que, si bien como hemos dicho, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino que es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CMC) o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia, las decisiones del órgano de contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la LDC, de modo que, si bien las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia a solicitud de los órganos de contratación son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas, las decisiones del órgano de contratación son autónomas.

Además esta autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias, pues tal función no le es competente, solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, se han conculcado o no la libre competencia, sin que tenga facultad para excluir a un licitador por conductas ajenas al procedimiento concreto de licitación.

Por último, que de acuerdo con el 57.6 de la Directiva, pero también conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, y se recoge expresamente, como vimos, para el supuesto de indicios de prácticas colusorias en el artículo 69.2 para las Uniones Temporales de Empresa, los licitadores incurso en esos indicios tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas.



Octavo. Entrando ya en el caso que nos ocupa, la sucesión de hechos es la siguiente.

La mesa de contratación aprecia indicios de prácticas colusorias en varios licitadores, dos UTE y las dos empresas recurrentes, expuestos en los antecedentes de esta resolución, y acuerda analizar sus ofertas y su comportamiento en la licitación, continuar con la tramitación del expediente y una vez efectuado el referido análisis, elevar propuesta al órgano de contratación trasladando los indicios de prácticas colusorias al Servicio Regional de Defensa de la Competencia para que se pronuncie sobre las consecuencias de dichas prácticas y las actuaciones a seguir en el expediente.

Es de señalar que respecto de las empresas recurrentes tales indicios se imputan no al concreto procedimiento de licitación sino a procedimientos de contratación distintos, por más que tengan relación con las prestaciones objeto de la nueva licitación.

Culminado el procedimiento de licitación, eleva propuesta al órgano de contratación para que traslade los referidos indicios al Servicio Regional de Defensa de la Competencia, lo que así se hace.

El 29 de septiembre el Servicio Regional de Defensa de la Competencia emite informe con las conclusiones expuestas en antecedentes, considerando que existen claros indicios de colusión basada en una coordinación de comportamientos, mediante la presentación de ofertas por entidades controladas por los mismos administradores, o mediante la constitución de UTE sin justificación aparente, o absteniéndose de participar en licitaciones de forma coordinada con la finalidad de evitar competir entre ellos aumentando las posibilidades de resultar adjudicatario de contratos públicos.

Si bien el Servicio en su informe no prejuzga la decisión o medidas que pueda tomar el órgano o la mesa de contratación en la licitación señala que las conductas observadas contravienen la finalidad y el objeto de los procedimientos de contratación pública, en lo referente a sus principios de igualdad de trato entre los candidatos, eficiente utilización de los fondos públicos y salvaguarda de la libre competencia, por lo que, a su juicio, *“no deberían ser aceptadas por la Administración contratante”*.



Los indicios de prácticas colusorias, la solicitud de informe de la autoridad de defensa de la competencia, y el informe emitido no se ponen en conocimiento de las recurrentes, a los que no se da trámite de alegaciones, prueba o audiencia.

La mesa acuerda proponer la exclusión de las recurrentes, y el 9 de octubre el órgano de contratación lo acuerda.

Si bien se ha iniciado una información reservada por el Servicio de defensa de la competencia contra las recurrentes, hasta el momento no consta que se haya iniciado procedimiento sancionador alguno contra ellas.

Resulta pues que la mesa de contratación, a la vista de indicios de actuaciones colusorias, sin suspender el procedimiento ni dar a los licitadores en que se habían apreciado la posibilidad de alegar y probar que no existían practicas colusorias, solicitó informe a la autoridad competente en materia de defensa de la competencia, y a la vista de su informe propuso la exclusión de las recurrentes, lo que acordó el órgano de contratación.

Es lo cierto que, como señala uno de los recursos, el tercer párrafo, del artículo 150.1 LCSP, de acuerdo con la disposición final decimosexta de la LCSP, no ha entrado en vigor, pues no se ha regulado reglamentariamente el procedimiento ante la autoridad de defensa de la competencia que prevé, pero no es cierto, contrariamente a lo que afirman las recurrentes, que se haya seguido por la mesa tal procedimiento.

Ello es así porque, en primer lugar, tal procedimiento no está regulado –precisamente por ello el precepto legal no está en vigor- y mal puede seguirse lo que no está determinado, y además el efecto esencial que la LCSP prevé para ese futuro procedimiento, la suspensión del procedimiento de licitación, no se ha producido.

El procedimiento seguido por la mesa de contratación -sin duda *sui generis*-, encuentra parcialmente amparo en el artículo 132.3 LCSP, si bien que en su primer inciso, el que establece que “los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia”, que habilita a adoptar las medidas necesarias en la licitación a tal fin, siguiendo para ello los trámites pertinentes del procedimiento administrativo común, pero no así por completo en la segunda parte del



precepto, que ordena notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, los indicios 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, que si bien ampara la notificación y no así que ella conlleve una solicitud de informe.

Ahora bien, nada impide al órgano de contratación que, para resolver lo procedente con el fin de velar en la adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, solicite un informe facultativo –que no preceptivo, como el exigido por el todavía no vigente artículo 150.1 de la LCSP- del órgano competente en materia de defensa de la competencia, además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP, notificación, esta sí, obligada. Ello es así porque el artículo 79.1 de la LPACAP permite, a efectos de la resolución del procedimiento, solicitar no solo aquellos informes que sean preceptivos sino también los que se juzguen necesarios para resolver.

Tampoco, como dijimos es necesario acreditar la práctica colusoria, bastando de acuerdo con la Directiva con la existencia de indicios fundados, para acordar la exclusión de la oferta.

Ahora bien, para ello es imprescindible la concurrencia de dos requisitos esenciales, uno formal y otro material.

En cuanto al formal, de acuerdo con el artículo 57.6 de la Directiva, y con las normas que rigen el procedimiento administrativo, y que, el artículo 69.2 LCSP, en cuanto a las UTE, recoge cuando se aprecien posibles indicios de colusión, es dar un trámite a las empresas a la que se imputan las prácticas para que, en su defensa, puedan alegar y probar, justificando su actuación.

Este requisito es inexcusable, pues responde al derecho de defensa, que forma parte del acervo constitucional común de todos los Estados miembros de la Unión Europea en tanto Estados de Derecho, y que recoge y ampara expresamente nuestra Constitución en su artículo 24, pues de otro modo se produce a los licitadores una patente indefensión.



En cuanto al fondo, porque la actuación de la mesa y del órgano de contratación ha de ceñirse exclusivamente a lo que es su competencia, el desarrollo del procedimiento de licitación con arreglo a la LCSP y el PCAP, y en modo alguno puede extenderse a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, pues el deber de velar por su defensa que pesa sobre el órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación.

Ambos requisitos han sido aquí vulnerados por la mesa de contratación y, después, por el órgano de contratación, pues se ha condenado a las recurrentes a su exclusión sin haber sido oídas y darles la oportunidad de contradecir los indicios, y por otro ambos órganos se han excedido en su competencia yendo en la defensa de la competencia mucho más allá de lo que la LCSP les permite, que se ciñe al concreto procedimiento de licitación, erigiéndose en competentes para resolver sobre la vulneración de la LDC cuando manifiestamente no lo son.

En definitiva, el acto impugnado es nulo de pleno derecho y, en consecuencia, se estiman los recursos interpuestos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. E. A. S., en representación de FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y D. I. M. C. G., en representación de ELSAMEX, S.A.U., contra su exclusión de la licitación del contrato de “*servicio mantenimiento, auxiliares de pista y salas, control de accesos y limpieza en instalaciones deportivas*”, con expediente n.º 0156/2019, convocada por el Ayuntamiento de Murcia, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la producción del acto declarado nulo.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.