



Resolución R 5/2015 – Suministro energía eléctrica a los centros de la *Consellería de Traballo e Benestar*

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 26 de octubre de 2015.

El Consejo Gallego de la Competencia (CGC), con la composición arriba expresada y siendo relator Fernando Cachafeiro García, dicto la siguiente Resolución en el Expediente S 25/2015 iniciado por la Subdirección de Investigación del CGC con ocasión del escrito remitido, con fecha 12 de noviembre de 2012, por la Secretaría General de la *Consellería de Traballo e Benestar* de la Xunta de Galicia, en el que se daba traslado de información sobre dos licitaciones públicas, convocadas por dicha Consellería, para el suministro de energía eléctrica de alta y baja tensión a los centros dependientes de la Consellería, en las que se podría haber infringido la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 12 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro del *Consello Galego da Competencia* un escrito procedente de la Secretaría General de la *Consellería de Traballo e Benestar* de la Xunta de Galicia en el que se daba traslado de la información sobre dos licitaciones públicas convocadas para el suministro de energía eléctrica de alta y baja tensión a los centros dependientes de la Consellería, en las que se podría haber infringido la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* (LDC).
2. Los hechos relevantes del presente expediente pueden resumirse del modo siguiente: en fecha 21 de febrero de 2012 se ordenó por la *Consellería de Traballo e Benestar* la tramitación de la licitación de la contratación de el suministro de energía eléctrica de alta y baja tensión a los centros dependientes de la Consellería, mediante un acuerdo marco con un único empresario, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria.



3. Con fecha 13 de junio de 2012, se reunió la Mesa de Contratación para abrir los sobres del lote número 1, acreditándose que ninguna empresa optaba al mismo. Ante esta circunstancia, la Secretaría General Técnica de la *Consellería de Traballo e Benestar* declaró desierto el procedimiento del lote 1.

4. El 19 de junio de 2012, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del Lote 2, advirtiéndose que todas las propuestas superaban el presupuesto total establecido para el Lote 2. En fecha 27 de junio de 2012, se declaró también desierta la licitación del lote 2. Después de la consulta las empresas presentadas a esta licitación y de la comparativa de los actuales precios contratados y de los ofertados por los licitadores, la Consellería concluyó que el presupuesto total que había establecido para el lote 2 en los pliegos era insuficiente.

5. El 16 de julio de 2012 se inició la tramitación de un segundo procedimiento de contratación pública. Para evitar errores en el cálculo del importe total de las ofertas, se optó por variar la forma de licitar, estableciéndose como tipo máximo de licitación un precio máximo por término de energía/potencia en cada tarifa y período de facturación. Estos tipos se calcularon en base a las ofertas presentadas por las empresas a la anterior licitación. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, ninguna empresa presento ninguna proposición. Requerida información a las empresas sobre los motivos de su abstención, todas argumentaron que aunque sus propuestas se ajustaban al presupuesto total de licitación, los precios unitarios que podían ofertar para el término de energía para alguna tarea y período de facturación concretos superaban el tipo fijado como máximo de licitación.

6. Desde la *Consellería de Traballo e Benestar* se solicitó, por correo electrónico, a la Comisión Nacional de la Energía (hoy integrada en la CNMC) información sobre los precios del contrato. La Comisión Nacional de la Energía recomienda a la Consellería que establezca el plazo de vigencia de los contratos en un año (en lugar de dos) y que opte por concursos sin tarifas máximas, solo un presupuesto global.

7. En el ya mencionado escrito de 12 de noviembre de 2012, la *Consellería de Traballo e Benestar Social* puso en conocimiento del *Consello Galego de la Competencia* lo sucedido en el curso de la contratación del suministro de energía eléctrica, indicando que “no se entiende porqué los precios ofertados por las empresas en junio (primera licitación), quedaron obsoletos en septiembre (data da segunda licitación) lo que impide a la Administración ajustar los precios de las licitaciones públicas para lograr la oferta económicamente más ventajosa”.



8. Verificado el trámite de asignación de casos, de acuerdo con lo previsto en la *Ley 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia*, que concluyó atribuyéndose el presente expediente al *Consello Galego da Competencia*, la Subdirección de Investigación acordó iniciar la información reservada, conforme a lo previsto en el artículo 49.2 LDC para esclarecer la veracidad de los hechos denunciados y su transcendencia jurídica.

9. Completada la información reservada, en fecha 30 de junio de 2015, la Subdirección de Investigación del CGC elevo al Pleno su propuesta de no incoar expediente sancionador y de archivar las actuaciones llevadas a cabo, conforme a lo previsto en el artículo 49.3 LDC, al no apreciar indicios de conducta contraria a la LDC.

10. El Pleno del Consello Galego da Competencia deliberó sobre este asunto en su reunión del 1 de octubre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Competencia

11. Conforme al artículo 3 de la *Ley 1/2011, del 28 de febreiro, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia*, el *Consello Galego da Competencia* es el órgano competente para la aplicación ejecutiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia da *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*, en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1º, 2º y 3º de dicha ley.

Segundo: Objeto de la resolución

12. O artículo 49.2 LDC prevé que ante la noticia de una posible existencia de infracción de la legislación de la competencia, la Subdirección de Investigación del CGC podrá realizar una información reservada, con la finalidad de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, conforme al procedimiento establecido en la Ley de Defensa de la Competencia.

13. Verificada, y en su caso, la información reservada, el artículo 49.3 LDC prevé que el Pleno, a propuesta de la Subdirección General de Investigación, puede acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 e 3 LDC y el archivo de las actuaciones cuando considere que no existen indicios de infracción de la legislación de competencia.



Tercero: Valoración de la propuesta de archivo

14. La Subdirección de Investigación propone al Pleno no incoar el expediente sancionador y archivar las actuaciones tomando como base la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) de 11 de mayo del 2012 (Expte. S/328/11, TGSS) en un caso muy semejante, en el que se acordó el archivo de las actuaciones. En ese expediente, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) remitió un informe a la autoridad de competencia en el que se exponían los problemas experimentados por dicha entidad para contratar el suministro de energía eléctrica en el mercado libre por la escasez de ofertas en sus licitaciones. Dada su íntima conexión con los hechos investigados, la CNMC también analizó en el expediente citado una denuncia de la Federación Española de Municipios y Provincias en el que igualmente se daba cuenta de las dificultades experimentadas por las entidades locales para contratar el suministro eléctrico en el nuevo marco regulatorio (liberalizado) dada la falta de ofertas de las comercializadoras y las condiciones que las mismas exigen para concurrir a las licitaciones. Así mismo, el Ayuntamiento de Husillos (Palencia) y la Universidad de Murcia también pusieron en conocimiento de la CNMC hechos similares (una única oferta) acontecidos en procedimientos de contratación del suministro de energía eléctrica.

15. La CMMC, en el expediente mencionado, concluyó que no existían indicios de concertación entre los suministradores de energía para no competir por los clientes de naturaleza pública y que, por el contrario, existía una explicación alternativa plausible para la escasez de ofertas que recibía la TGSS. Dicha explicación se encuentra – principalmente- en el actual marco regulatorio que no ofrece suficientes incentivos para que las empresas de energía presenten ofertas a los organismos públicos en el mercado libre. Otro inconveniente que, a juicio de la CNMC, presenta la regulación es que los servicios a la Administración pueden considerarse suministros esenciales, en cuyo caso la comercializadora tiene la obligación de continuar suministrando aún en el caso de que la Administración se retrase en los pagos. Por otro lado, la ausencia de incentivos para presentar ofertas tiene que ver con la lentitud de los procedimientos de contratación pública y la tardanza en los pagos de algunos organismos.

16. La resolución concluye que las compañías eléctricas no tienen obligación de suministrar la energía, salvo que el demandante del servicio tenga derecho a la tarifa de último recurso (TUR) por lo que en ausencia de un acuerdo colusorio para denegar el servicio, la conducta examinada no infringía el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La conducta individual de los operadores también puede ser susceptible de infringir la LDC, en concreto su artículo 2, pero dicha posibilidad no se contemplaba en el expediente.



17. La aplicación de la doctrina precedente al caso que se nos presenta, nos lleva a idéntica conclusión. En el concurso para dotar de suministro eléctrico a todos los centros de la *Consellería de Traballo e Benestar*, en esencia, se da la circunstancia de que, en la primera licitación, todas las ofertas que se presentaron al lote 2 (que es el verdaderamente importante, en términos monetarios) superaban el presupuesto, por lo que fueron desestimadas, lo que obligó a convocar una segunda licitación, a la que no se presentó ninguna empresa. Interrogadas al efecto, las empresas que no se presentaron a la segunda licitación manifestaron unánimemente que su conducta obedeció a que el precio de la energía eléctrica en algunas tarifas o períodos de facturación concretos superaba el tipo fijado como máximo en la licitación.

18. La labor inspectora realizada por la Subdirección de Investigación no ha detectado ningún indicio de que las empresas que se presentaron a la primera licitación, hubieran pactado presentar ofertas por encima del presupuesto o no presentarse a la segunda licitación. Ante la ausencia de indicios de un “acuerdo”, cabe interrogarse si nos encontramos ante una “práctica concertada”, es decir, ante un comportamiento idéntico o similar de los operadores en el mercado, que no tiene una explicación económica razonable.

19. En el presente expediente se han puesto de manifiesto diversas circunstancias que explican las dificultades de la *Consellería de Traballo e Benestar* para contratar el suministro de energía. En la primera licitación, el propio órgano de contratación reconoce que el presupuesto total incluido en los pliegos estaba mal calculado, lo cual explica por qué todas las ofertas presentadas excedían el presupuesto (véase el antecedente Octavo del escrito dirigido al CGC, obrante en el expediente).

20. Respecto de la segunda licitación, las comunicaciones electrónicas entre la Comisión Nacional de la Energía y la *Consellería de Traballo e Benestar* revelan que, a juicio de la Comisión, el diseño de los pliegos del concurso era susceptible de mejora, al menos, en dos aspectos fundamentales. Por un lado, la duración del contrato debería ser de un año, en lugar de los dos que establecían los pliegos, pues las oscilaciones de los precios del combustible provocan que la mayoría de los suministradores prefieran no comprometerse a dar un precio a dos años vista (véase correo electrónico de fecha 25 de octubre de 2012, incorporado al expediente). Por otro lado, desde la Comisión Nacional de la Energía también recomienda a la *Consellería* que se decante por un sistema de presupuesto total, en lugar de tarifas máximas (véanse correos electrónicos de fecha 15 de octubre de 2012, incorporados al expediente).



21. Así las cosas, cabe concluir que la ausencia de ofertas en la segunda licitación puede deberse a que la redacción de los pliegos del concurso era poco atractiva para los potenciales licitadores, reduciendo los incentivos que tienen éstos para presentarse. El hecho de que los precios de junio (primera licitación) estén obsoletos en septiembre (segunda licitación) puede deberse a la oscilación de los precios de la electricidad en el mercado libre y no constituye, en ausencia de otros indicios, prueba de la existencia de una colusión entre los oferentes.

22. Todo ello sin perjuicio de que volvamos a traer a colación aquí las dificultades que, de ordinario, se presentan a cualquier Administración Pública para contratar el suministro de energía eléctrica como consecuencia del actual marco regulatorio que desincentiva la presentación de ofertas por parte de los distribuidores de electricidad a los organismos públicos, tal y como se indica en la ya mencionada resolución de la CNMC de 11 de mayo del 2012.

23. En definitiva, procede confirmar el archivo del expediente toda vez que no han resultado acreditados indicios de la existencia de conductas prohibidas por la LDC. No obstante la conclusión a la que se llegó en el presente caso, el *Consello Galego da Competencia* quiere destacar la importancia de la previsión contenida en el artículo 23.3 da 14/2013, do 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, de acuerdo con el cual:

“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 se le notificara a la Comisión Galega da Competencia cualquier hecho, del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que puedan constituir infracción da legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio del acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tengan por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

En opinión del *Consello Galego da Competencia*, la comunicación remitida desde la *Consellería de Traballo e Benestar* de la Xunta de Galicia, representa no solo el cumplimiento de una previsión legal, sino que puede calificarse como una “buena práctica administrativa”, enmarcada en la difícil lucha contra las prácticas anticompetitivas en un ámbito tan importante como el de la contratación pública, que debe ser estimulada y promovida.



En consecuencia, el *Consello Galego da Competencia* con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados e los demás de general aplicación,

RESUELVE

ÚNICO: No incoar expediente sancionador y, consiguientemente, archivar las actuaciones iniciadas en virtud del escrito remitido por la Secretaría General de la *Consellería de Traballo e Benestar* de la Xunta de Galicia en el que se daba traslado de información sobre dos licitaciones públicas, convocadas por dicha Consellería para el suministro de energía eléctrica de alta y baja tensión a los centros dependientes da Consellería.

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