

RESOLUCIÓN 3/2021 – LICITACIÓN UNIVERSIDAD DE VIGO

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vocal

Dña. Maria Teresa Cancelo Marquez, vocal

En Santiago de Compostela, a 11 de noviembre de 2021

La Comisión Gallega de la Competencia (CGC) con la composición arriba indicada y siendo ponente D. Daniel Neira Barral, dicta la presente Resolución en relación con Expediente S 8/2019 Licitación Universidad de Vigo referente a irregularidades en el procedimiento de adjudicación correspondiente al servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo, por la posible existencia de prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, do 3 de julio, de Defensa da Competencia (LDC).

Con fecha 3 de diciembre de 2019, la Gerencia de la Universidad de Vigo, remitió a la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) una copia de la Resolución Rectoral, de fecha 02/12/2019, por la que se acordó desistir del procedimiento de adjudicación correspondiente al servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo - lote 7, iniciar inmediatamente la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación y dar traslado a la Comisión Gallega de la Competencia de hechos que podrían ser constitutivos de infracción, al amparo del Artículo 132.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). La citada Resolución Rectoral fue acompañada de la copia del Expediente administrativo correspondiente a la licitación del servicio.

INDICE

1.- ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
2. LAS PARTES.....	8
2.1.- DENUNCIANTE.....	8
2.1.1. UNIVERSIDAD DE VIGO (UVIGO).....	8
2.2- DENUNCIADA.....	9
2.2.1. LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA).....	9
2.3.- INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO.....	9
2.3.1. DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC).....	9
3.- HECHOS PROBADOS.....	9
4. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO.....	13
4.1. NORMATIVA SOBRE LICITACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	13
4.2. MERCADO RELEVANTE.....	16
4.2.1. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO.....	17
4.2.2. MERCADO GEOGRÁFICO.....	18
5.- CUESTIONES PREVIAS.....	18
5.1. CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES SUBROGABLES E INFORMACIÓN FACILITADA POR LACERA.....	18
5.2. INCREMENTO DE LOS COSTES LABORALES DERIVADOS DE LOS DATOS FACILITADOS POR LACERA.....	26
5.3. PROPUESTA DEL ÓRGANO DE INSTRUCCIÓN.....	29
6.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	29
6.1. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN.....	29
6.2. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	30
6.3. LEGISLACIÓN APLICABLE.....	30
6.4. FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES.....	31
6.4.1.- AFECCIÓN AL INTERÉS PÚBLICO POR FALSEAR SIGNIFICATIVAMENTE LA COMPETENCIA.....	31
6.4.2.- LA CONDUCTA CONSTITUYE UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL.....	40

6.4.3. NORMAS INFRINGIDAS QUE CALIFICAN EL ACTO COMO DESLEAL.....	41
6.5. RESPUESTA A LAS ALEGACIONES FORMULADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.....	45
6.6. RESPONSABILIDAD. INFRACCIÓN DE LA LDC.....	56
6.7. SANCIÓN.....	57
6.7.1.- SANCIÓN PROPUESTA Y CÁLCULO DE LA MISMA.....	57
6.7.2.- ALEGACIONES.....	58
6.7.3. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA SANCIÓN.....	60
6.8. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.....	66
6.8.1. IMPOSICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.....	67
6.8.2 ALEGACIÓN.....	68
7. RESUELVE.....	68

1.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que con fecha 28 de junio de 2019 se aprobó por la Universidad de Vigo el expediente de contratación pública para la licitación del servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo, mediante procedimiento abierto, Expediente 315/2019.

Segundo.- Que con fecha 3 de julio de 2019 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público tanto el anuncio de licitación como los pliegos de contratación.

Tercero.- Que en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 30 de agosto de 2019, al amparo de lo dispuesto en la cláusula 12.7 del pliego de cláusulas administrativas particulares, se procedió, antes de efectuar la clasificación de las ofertas, a comprobar las que se encontraban en baja anormal de conformidad con el apartado 16 de la HRC o “Hoja Resumen de Características” del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En esa mesa de contratación se acordó otorgar un período de audiencia de 5 días hábiles para que los licitadores incurso en baja anormal presentaran alegaciones.

Cuarto.- Que en el acta correspondiente a la mesa de contratación celebrada el 4 de octubre de 2019 se recoge lo siguiente:

“SAMAIN SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A.: la justificación del licitador, en base a las consideraciones anteriormente expuestas, y a tenor de lo señalado en el informe técnico, no permitiría cumplir con las obligaciones y costes convencionales que exige el pliego, estando por dejado un 13,01% de dichos costes el importe que pretende justificar dicha empresa.

No obstante, en este lote, según manifiesta este licitador, se producen una serie de circunstancias que deben ser atendidas por la mesa de contratación antes de tomar una decisión sobre la justificación de la baja.

Como justificación de su oferta la empresa SAMAIN hace varias observaciones en relación a diversos trabajadores de la tabla de subrogación presentada en su día por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., así expone:

- *Trabajador número 6: SAMAIN no contempla coste alguno porque este trabajador no presta servicio.*
- *Trabajador número 9: SAMAIN afirma que este trabajador es discapacitado por lo que debería aparecer bonificado el importe correspondiente a la cotización social.*
- *Trabajador número 11: SAMAIN advierte de que este trabajador tiene una jornada de 35 horas semanales.*

- *Trabajador número 19: SAMAIN informa de que este trabajador es discapacitado por lo que debería aparecer bonificado el importe correspondiente a la cotización social.*
- *Trabajador número 21: SAMAIN no contempla coste alguno porque este trabajador no presta servicio.”*

Quinto.- A la vista de lo alegado por la empresa SAMAIN SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A. la Mesa de Contratación consideró y recogió en el correspondiente acta que, de constatare que las manifestaciones efectuadas por la empresa SAMAIN son correctas, en el sentido de que los datos recogidos en el anexo de personal a subrogar, facilitados con fecha 23 de abril de 2019 por la empresa, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (en adelante LACERA) en el correspondiente lote 7 eran falsos, se podría estar alterando las condiciones de la licitación comprometiéndose los principios básicos de igualdad, transparencia y libre competencia.

Sexto.- Ante las dudas que se suscitaron respecto de la veracidad de los datos facilitados por la empresa saliente, la Mesa de Contratación adoptó el acuerdo por el que se requería documentación aclaratoria a la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., respecto al personal a subrogar derivado del expediente de contratación número 315/17 Lote 6 que era el contrato que daba origen al expediente número 315/19 lote 7.

La empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. contestó por escrito de fecha 25 de octubre de 2019.

Séptimo.- En la sesión de la mesa de contratación de fecha 18 de noviembre de 2019 en el punto 8, páginas 8 a 12, se analizó la documentación justificativa presentada con fecha 25 de octubre por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., así como el extenso informe externo solicitado por la Universidad de Vigo y elaborado la empresa PILOT CCS, relativo al “Análisis de las manifestaciones elevadas por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente no veraz en el listado de subrogación del lote 7 del expediente 315/2019”.

La conclusión de dicho informe, que se adjuntó a esa acta, es la siguiente:

“Por las manifestaciones que el 25 de octubre de 2019 hace esta empresa al órgano de contratación de la Universidad de Vigo se ratifican las sospechas de que los datos de al menos cuatro trabajadores no son correctos. Esto es, el 17,39% de los trabajadores del listado presentaban datos incorrectos o fueron añadidos cuando no debían ser añadidos, albergándose dudas sobre el motivo de la inclusión en el listado de un quinto trabajador (el Nº 6).

Es en este momento cuando debemos traer los datos relativos al año 2017 sobre la rentabilidad financiera (beneficio una vez deducidos los intereses, impuestos y posibles gastos financieros) en el sector fue del 7,01% y la rentabilidad económica el beneficio antes de intereses e impuestos fue del 3,69%.

*Por todo lo expuesto, obvia decir que **un impacto por costes adicionados indebidamente que supongan el 4,46% comprometen y alteran indiscutiblemente los principios de libre competencia***".¹

Octavo.- A la vista del informe elaborado por PILOT CCS, la Mesa de Contratación de la Universidad de Vigo consideró que existían indicios suficientes para considerar que el concesionario entonces vigente –LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.- informó al órgano de contratación de unos costes laborales superiores a los que realmente tenía.

Estos datos fueron los que se habían tomado como referencia al diseñar el contrato y son los que habían tenido en cuenta los licitadores al plantear sus ofertas. Es por ello por lo que se entendió que en la preparación del contrato existía una infracción no subsanable de las normas de contratación pública en lo relativo al cálculo de los costes del personal en el lote 7, pues existían indicios de que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., habría facilitado a la Universidad de Vigo información no correcta sobre los costes laborales de los trabajadores subrogables que podrían haber inducido a error a todos los licitadores interesados en el contrato de referencia ofertando un precio no adecuado al coste del servicio.

Noveno.- Con el objetivo de preservar el derecho a la libre concurrencia y evitar cualquier perjuicio a los posibles licitadores, así como para garantizar la seguridad jurídica y el principio de publicidad, la Mesa de Contratación acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de desistir del procedimiento de adjudicación antes señalado y convocar una nueva licitación. Por Resolución Rectoral firmada el 2 de diciembre de 2019 se acordó desistir del procedimiento de adjudicación e iniciar la tramitación de un nuevo procedimiento.

Décimo.- Con fecha 3 de diciembre de 2019, la Gerencia de la Universidad de Vigo, remitió a la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) una copia de la Resolución Rectoral de fecha 02/12/2019, por la que se acordó desistir del procedimiento de adjudicación correspondiente al servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo lote 7 del Expediente 315/2019 y dar traslado a la Comisión Gallega de la Competencia de hechos que podrían ser constitutivos de infracción, al amparo del Artículo 132.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y del Artículo 23.3 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia.

La citada Resolución Rectoral fue acompañada de la copia del Expediente administrativo correspondiente a la licitación del servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo - lote 7.

Undécimo. - En la Resolución de la Gerencia da Universidad de Vigo consta que se acordó lo siguiente:

¹ Subrayado añadido que no aparece en el Informe original

“Primero. - Se considera que ha existido una infracción no subsanable de las normas de contratación pública en lo relativo al cálculo de los costes del personal en el lote 7, y por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP, se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del “SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO - LOTE 7.

Segundo. - Se acuerda, asimismo, ordenar el inicio inmediato de la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la contratación de un “SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO - LOTE 7, para lo cual se seguirán los trámites dispuestos en la normativa de contratación que resulta de aplicación. Este nuevo procedimiento se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Tercero. - Esta resolución será publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público para conocimiento de los posibles licitadores, y la Comisión Europea será informada de esta decisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152.1 de la LCSP.”

Con la comunicación se adjunta la siguiente documentación:

- Actas de las mesas de contratación con fechas 23 y 30 de agosto de 2019, 16 de septiembre de 2019, 4, 17 y 24 de octubre de 2019.
- Informes externos de la empresa PILOT CCS, en concreto:
 - Informe de valoración del servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y la seguridad y salud laboral expediente 316/19
 - Informe de análisis de las manifestaciones elevadas por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. por posibles impactos por información posiblemente no veraz en el listado de subrogación del lote 7 del expediente 315/2019 – servicio limpieza.
 - Informe de valoración de las ofertas en valores presuntamente anormales en el expediente nº 315/19 para la contratación del servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo (8 lotes).

Duodécimo.- A la vista de la información obrante en el expediente, el 2 de julio de 2020, y tras verificarse el trámite de asignación previsto en la Ley 1/2002, de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, la Subdirección de Investigación acuerda incoar un expediente sancionador contra la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., ante la existencia de indicios racionales de una posible conducta prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC), de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 49.1 y en el artículo 28 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba su reglamento, en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 36.2.a) del Decreto

118/2016, de 4 de agosto, por el que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos.

En concreto, los hechos se circunscriben a que la Universidad de Vigo acordaba desistir del procedimiento de adjudicación correspondiente al SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO (Expediente de contratación pública nº 315/19 – Lote 7), y dar traslado a la Comisión Gallega de la Competencia de hechos que podrían ser constitutivos de infracción de la normativa de defensa de la competencia, consistentes en que el entonces concesionario, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., habría informado al órgano de contratación, de costes laborales superiores a los que realmente tenía respecto del personal a subrogar, costes que fueron los que se tuvieron en cuenta como referencia para diseñar el nuevo contrato y que fueron los que consideraron los licitadores para presentar sus ofertas, lo que les pudo inducir a error al elaborar sus ofertas a partir de unos costes laborales no adecuados a los costes reales, falseándose de este modo las condiciones de competencia en la referida licitación pública.

Decimotercero. - En el citado acuerdo de incoación de 2 de julio de 2020, se le comunica a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. teniendo la condición de interesados en el procedimiento sancionador la Universidad de Vigo (Uvigo) y la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

Decimocuarto. - Con fecha 17 de agosto de 2020, el Director General, en nombre y representación de la sociedad LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., con C.I.F. A33123498, y domicilio social en Oviedo, C/ Víctor Sáenz 23, bajo, comparece ante esta Comisión y dice que, habiendo recibido Acuerdo de Incoación de expediente sancionador, de fecha 2 de julio, se persona en el expediente de referencia y solicita que, a los efectos de poder realizar las alegaciones a que se refiere la Ley 15/2017, le sea permitido el acceso al expediente y hacer copias individualizadas de los expedientes que lo integran.

Decimoquinto. - El 30 de septiembre de 2020 la Subdirección de Investigación aprobó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a las partes.

Decimosexto.- El 7 de octubre de 2020 la Subdirección de Investigación requirió a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. la cifra de negocios del año 2019. Dicha cifra fue aportada por la empresa el 13 de octubre de 2020.

Decimoséptimo. - Con fecha 21 de octubre de 2020, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. presenta las alegaciones a que se refiere el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Decimoctavo.- Tras analizar las alegaciones realizadas por las partes y la documentación aportada, el día 2 de noviembre de 2020, la Subdirección de investigación notifica Propuesta de Resolución al Pleno de la Comisión Galega de la Competencia acompañada de las alegaciones que a la misma presentó LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

Decimonoveno. - Con fecha 11 de noviembre de 2021 el Pleno se reunió para deliberar y aprobar esta Resolución.

Vigésimo. - Son partes interesadas en el expediente:

- UNIVERSIDAD DE VIGO.
- LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA).
- DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC).

2. LAS PARTES

2.1.- DENUNCIANTE

2.1.1. UNIVERSIDAD DE VIGO (UVIGO).

El origen del presente expediente se encuentra en la remisión a este organismo, por la Universidad de Vigo, de la posible existencia de una práctica anticompetitiva en un expediente de licitación pública que estaba desarrollando.

La UVigo es una universidad pública, con autonomía académica, económica y de gobierno creada en 1990, que tiene como fines prioritarios la consecución de las máximas cuotas de calidad de docencia e investigación, así como el fomento de la búsqueda de nuevos conocimientos y la transferencia de estos a la sociedad, la creación artística y el desarrollo científico y tecnológico. La UVigo tiene presencia en los ayuntamientos de Vigo, Ourense y Pontevedra, titulaciones de grado, dobles grados, másteres y programas de doctorado, en una treintena de centros para la formación y la investigación.

2.2- DENUNCIADA

2.2.1. LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA).

El presente expediente se instruye contra las empresas LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA), que en el año 2019 era la adjudicataria del Expediente 315/17 – lote 6, que se corresponde con la licitación en la que se suscita la posible práctica anticompetitiva (Servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo, Expediente 315/19 - lote 7). Se trata de una empresa con Domicilio Social en la calle Víctor Saenz, 21 - 23 BJ, Oviedo, 33006, Asturias, que desarrolla su actividad en el epígrafe 8121 - Limpieza general de edificios del CNAE.

2.3.- INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO.

2.3.1. DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC).

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC estipula en el artículo 25.1. la) que la Dirección de Competencia ejercerá las funciones de instrucción de los expedientes tramitados por conductas anticompetitivas. Conforme al anterior, es parte interesada en este procedimiento a Dirección de Competencia de la CNMC. La CNMC, de acuerdo con el dispuesto en los artículos 1 y 2 de la LCNMC, es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, actualmente adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que "tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios ". Actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico. La Ley 1/2002 establece en su artículo 5.3 que, al objeto de procurar la aplicación uniforme de la LDC, el Servicio de Defensa de la Competencia (actualmente, Dirección de Competencia, de la CNMC) podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

3.- HECHOS PROBADOS

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

Primero.- La Universidad de Vigo, que es una entidad del sector público, convocó al amparo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), la licitación pública para la adjudicación del “SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO (Expediente nº 315/19), por el trámite común y el procedimiento abierto.

Segundo.- Que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., era la adjudicataria del lote 6 en el previo expediente de contratación pública nº 315/17, que se correspondía con el lote 7 del Expediente nº 315/19 para la adjudicación del “SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO.

Tercero.- Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 130 LCSP se requirió a la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., que era la concesionaria saliente en el contrato que se estaba licitando en el correspondiente lote 7 (que se correspondía con el anterior expediente 315/17 – lote 6) para que completara el formulario Anexo P (personal adscrito al servicio de limpieza), para que manifestara el número y los trabajadores afectados por una posible subrogación del contrato indicando “las condiciones actualmente vigentes de sus contratos”, existiendo en el formulario apartados destinados a indicar el convenio colectivo de aplicación (convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Pontevedra), indicar si el trabajador tenía o no minusvalía y, en el caso de bonificación, señalar su importe, para fijar el coste total mensual de cada trabajador para el empresario, el coste total anual del trabajador para el empresario, para indicar la jornada en número de horas a la semana, y además se reflejaba claramente, como aviso legal, en el propio formulario, la siguiente advertencia legal:

“Es consolidada jurisprudencia que, al analizar el concepto jurídico-penal de documento mercantil, se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter”.

Cuarto.- Que en dicho Anexo P, presentado por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., con fecha 23 de abril de 2019 figuran como trabajadores adscritos al servicio y afectados por una posible subrogación los siguientes:

- Trabajador número 6: indefinido parcial.
- Trabajador número 9: sin minusvalía ni bonificación.
- Trabajador número 11: 38,5 horas de jornada laboral semanal.
- Trabajador número 19: sin minusvalía ni bonificación.
- Trabajador número 21: indefinido parcial.

Quinto.- Que en el trámite en el que se examinaba la posible existencia de una oferta anormalmente baja de uno de los licitadores (SAMAIN SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A.) esta empresa manifestó lo siguiente:

- 1º.- Que el trabajador número 6: SAMAIN no contemplaba coste alguno porque no prestaba servicio.
- 2º.- Que el trabajador número 9: SAMAIN era discapacitado por lo que debería aparecer bonificado el importe correspondiente a su cotización social.
- 3º.- Que el trabajador número 11: SAMAIN tenía una jornada de 35 horas semanales.
- 4º.- Que el trabajador número 19: SAMAIN es discapacitado por lo que debería aparecer bonificado en el importe correspondiente a la cotización social.
- 5º.- Que el trabajador número 21: SAMAIN no contemplaba coste alguno porque dicho trabajador no prestaba servicios.

Sexto.- Que para comprobar lo afirmado por SAMAIN SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A. se requirió a la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. la entrega de toda la documentación que había podido acreditar, lo recogido en el antedicho anexo P, en relación a los trabajadores números 6, 9, 11, 19 y 21 la siguiente documentación:

- a. Nombre, apellidos y CIF de los trabajadores: 6, 9, 11, 19 y 21.
- b. RNT de los meses de febrero, marzo y abril de 2019, indicando en la misma de forma resaltada, distinguiéndolos de otros trabajadores, las líneas en las que aparecían dichos trabajadores
- c. Vida laboral de afiliados de los trabajadores indicados y ceñida a los períodos de actividad en la Universidad de Vigo
- d. TA2/S de alta, baja o variación de datos de los trabajadores.

Dicha documentación fue aportada por LACERA el 25 de octubre de 2019.

Séptimo. - Que la referida documentación aportada por LACERA fue examinada por una empresa externa (PILOT CCS) contratada por la Universidad de Vigo.

En el Informe elaborado por PILOT CCS se afirma, respecto del trabajador nº 6, que:

“(...) En los fichajes de Workontrol, aportados por la empresa la última fecha de fichaje es el 28 de abril de 2019 (domingo, en la Biblioteca Central) tiene fichajes desde el 2 de enero de 2019 pero pasando por numerosos centros, por lo que, con todas las cautelas a expensas de mejores aclaraciones de la empresa, entra dentro de lo probable que se emplease para sustituir bajas y, en todo caso, por las múltiples variaciones de jornada existe una clarísima incertidumbre en torno a las horas que potencialmente debían ser subrogadas.”

Respecto del trabajador nº 21 afirma que:

“(...) En todo caso, si no existen fichajes anteriores, dada su vida laboral, esta trabajadora se incorporó en el último momento para que fuese incluida entre el personal a subrogar e inmediatamente desapareció del lote al que estaba asociada. Ante esta situación, se solicita a la Universidad de Vigo revisión de los fichajes con la herramienta Workontrol detectándose que este trabajador a partir de abril y hasta su baja de empresa solo fichó los días 18,19,20,21,24,25,26 y 28 de junio, por lo que sin el menor ápice de duda nos encontramos ante lo que en sector se denomina “trabajador fantasma” que es incorporado a un listado con el único fin de engordar el listado e inducir a interpretaciones económicas erróneas a sus competidores.

Lo más relevante en el caso de este trabajador es que la clave de baja el 31 de agosto de 2019 es que es clave 55 (Baja por fusión/absorción de la empresa) que es la que se utiliza cuando existe una subrogación. Esto es, el trabajador en esa fecha fue cedido por LACERA en subrogación obviamente en otro centro ajeno a la Universidad de Vigo.”

Y concluye que esos trabajadores estaban de alta en el momento de la conformación del expediente con los contratos que indica LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A. Pero señala que los motivos de la contratación permanecían muy opacos y dado que, por lo menos el trabajador n.º 21, ya no estaba de alta en la empresa LACERA cabría interrogarse por el motivo real de la incorporación de estos trabajadores.

Respecto de los otros 3 (trabajadores nº 9, 11 y 19) señala en su Informe PILOT CCS que:

“Habiendo reconocido, según indica LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. en sus manifestaciones, que los datos de estos trabajadores no son correctos, sin entrar a valorar la veracidad del dato económico del coste de los mismos que facilita esta mercantil, (10.315,69 €)”

(...)

“Este importe supone el 2,16% de los costes laborales contrastados con nuestro escandallo.”

En sus conclusiones PILOT CCS indica que:

“Por las manifestaciones que el 25 de octubre de 2019 hace esta empresa al órgano de contratación de la Universidad de Vigo se ratifican las sospechas de que los datos de al menos cuatro trabajadores no son correctos. Esto es, el 17,39 de los trabajadores del listado presentaban datos incorrectos o fueron añadidos cuando no

debían ser añadidos, albergándose dudas sobre el motivo de la inclusión en el listado de un quinto trabajador (el nº. 6).”

Calculaba que esas desviaciones tendrían un impacto en el coste de la licitación de ese lote del 4,46%, por lo que la repercusión que sobre la rentabilidad del contrato tenían esos datos incorrectos, de acuerdo con la rentabilidad media del sector, convertiría en poco atractivo presentar ofertas de ese lote. Así señalaba que:

“(…) los datos relativos al año 2017 sobre la rentabilidad financiera (beneficio una vez deducidos los intereses, impuestos y posibles gastos financieros) en el sector fue del 7,01 y la rentabilidad económica el beneficio antes de intereses e impuestos fue del 3,69%.

Por todo lo expuesto, obvia decir que un impacto por costes adicionados indebidamente que supongan el 4,46% comprometen y alteran indiscutiblemente los principios de libre competencia. “

Octavo.- Que la mesa de contratación consideró que existían indicios suficientes para considerar que el concesionario entonces vigente (LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.) informó al órgano de contratación de unos costes laborales superiores a los que realmente tenía y que esos datos fueron los que se tomaron como referencia para diseñar el contrato y, por lo tanto, los que tuvieron en cuenta los licitadores cuando presentaron sus ofertas, estimado que se trataba de una infracción no subsanable de las normas de contratación pública en lo relativo al cálculo de los costes del personal en el lote 7, por lo que la Universidad desistió de esa licitación convocando otra nueva.

Noveno.- Que al desistirse del procedimiento de licitación por la Universidad de Vigo, la empresa denunciada, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. continuó prestando el referido servicio hasta la resolución de esa nueva licitación. La adjudicación de esa nueva licitación se produjo el 17 de julio de 2020, de acuerdo con los datos de la plataforma de contratación del sector público, y la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. continuó prestando el servicio de limpieza hasta el 31 de julio de 2020, ya que la Universidad tuvo que prorrogar el contrato.

4. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

4.1. NORMATIVA SOBRE LICITACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

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, regula en su artículo 130 las condiciones de información sobre la subrogación en contratos de trabajo, y así dispone que:

“Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

Esta obligación tiene especial relevancia en los contratos de limpieza, ya que en ellos el empleo de la mano de obra constituye un factor esencial para la prestación del servicio objeto del contrato.

Tanto este artículo como su precedente (Artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto ley 3/2011) prueban la preocupación del legislador para incrementar el nivel de seguridad jurídica para los que concurran a una licitación pública cuando tengan la obligación, derivada de un convenio colectivo, de subrogar a los trabajadores del contrato anterior.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 61/19: “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público” señala que:

“(…) El precepto que acabamos de reproducir tiene por título en la LCSP “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo” y su precedente inmediato es el Artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RDL 3/2011. En la evolución de uno a otro se observa una creciente preocupación del legislador español por incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que, para los licitadores de un nuevo contrato, representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior que deriva de una norma legal, de un convenio colectivo o de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Es evidente que la redacción de la nueva norma es mucho más detallada y más extensa en lo que hace a la protección de los licitadores. La mayor protección se plasma en dos medidas generales:

- *La aportación de la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación.*
- *El establecimiento de un sistema de responsabilidad del contratista saliente y de una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social, laboral o medioambiental.”*

Por ello indica este Informe cual es la información necesaria que debe de aportar el contratista, e indica que será la siguiente:

“(…) aquella resulte necesaria para evaluar adecuadamente los costes laborales de la subrogación”²

En este caso LACERA debería de haber suministrado toda la información precisa, suficiente y actualizada para que pudieran conocer todas las empresas que concurrieran a la licitación los costes laborales que tendrían en el momento en que el nuevo adjudicatario empezase a prestar el servicio.

Esta obligación de suministrar toda la información precisa, suficiente y actualizada para que pueda conocer todos los posibles licitadores los costes laborales también lo indica la Abogacía General del Estado en su informe A. G. TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL 8/19 (R- 556/2019), de 16 de junio de 2019, en el que se examinó la propuesta de informe sobre la extensión de la obligación de solicitar información al contratista saliente (para el caso de existir subrogación) de las condiciones laborales y salariales de los trabajadores empleados por aquél, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En el mismo se declara que:

*“En efecto, el tenor literal del precepto lleva a esa conclusión, al indicar que “como parte de esta información en todo caso se deberán aportar” los listados del personal objeto de subrogación con indicación del convenio colectivo aplicable y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador y todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. **Se trata, por tanto, de una regla de mínimos que exige que obligatoriamente se aporten los datos relativos a los extremos enumerados, sin perjuicio de la posibilidad de que otra parte de la información que deba suministrarse esté constituida por otros datos a condición de que los mismos sean necesarios para evaluar los costes laborales.** Así lo confirma la significación gramatical y lógica de la locución “en todo caso” que emplea el artículo 130.1 de la LCSP y el hecho de que este precepto legal se refiere a datos que permitan “una exacta evaluación de los costes laborales”, por lo que cualquier otro dato distinto de los enumerados en dicho precepto legal cuyo conocimiento resulte necesario para permitir esa exacta evaluación ha de entenderse comprendido en la obligación de que se trata”³*

Además, señala la Abogacía del Estado, la obligación de suministrar esa información corresponde al contratista saliente en la medida es que él es el único que conoce la

² Negrilla que no aparece en el documento original.

³ La negrilla no aparece en el Informe original.

situación de sus trabajadores y las circunstancias que pudieran influir en la determinación del coste laboral.

Y en este mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) en su sentencia de 5 de noviembre de 2021 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia 430/2021) por la que desestima la demanda interpuesta contra la Resolución de esta CGC 3/2020 de 8 de julio de 2020, *Arriva Noroeste S.L., (en la actualidad Arriva Galicia)* al referirse al deber de información que se impone a la empresa titular del contrato en el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto ley 3/2011 (precedente del actual art. 130 de la actual LCSP) señala que:

“Es un deber de amplio espectro, pero con una finalidad muy concreta, permitir evaluar, a la hora de la licitación, los costes reales de los servicios que han de ser asumidos por el potencial adjudicatario y que por lo tanto constituyen mínimos económicos que cada licitador ha de tener en cuenta para sus propios cálculos de elaboración de la oferta. Finalmente, no puede dejar de considerarse que este procedimiento tiene lugar entre la administración y un profesional del sector, no frente un lego en la materia, y por lo tanto, los deberes que emanan de este tipo de procedimientos no resultan extraños a la recurrente, máxime tratándose de un aspecto tan relevante como la subrogación de las personas trabajadoras de la antigua concesión.”

En resumen, LACERA, de acuerdo con este art. 130 LCSP, debería de haber facilitado a la Universidad de Vigo la información que fuese necesaria para evaluar de forma exacta todos los costes laborales del personal que debería de ser subrogado así como todas sus circunstancias laborales que conociera el denunciado y que pudieran afectar a ese personal, en especial todas las que fueran efectivas antes de la terminación del contrato que le vinculaba con la Universidad de Vigo, y ello a los efectos de que pudieran presentar todos los interesados en concurrir a la licitación, ofertas en las mismas condiciones que LACERA, en caso de que esta empresa decidiera presentarse a ese concurso. Existe, por tanto, una especial responsabilidad de la empresa titular de la prestación de ese contrato de servicio de limpieza (en este caso LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.) de colaborar con la Universidad de Vigo, no solo durante la vigencia del contrato sino también en el momento en que ese contrato salga de nuevo a licitación, facilitando todos los datos e información que sirva para determinar los verdaderos costes laborales de los trabajadores a los que afecte la subrogación.

4.2. MERCADO RELEVANTE

Como señala la Comisión Europea en la Comunicación 97/C 372/03 la definición de mercado permite determinar el marco de la competencia entre las empresas, siendo su principal objetivo el de establecer de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La noción de mercado tanto

desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe identificar a aquellos rivales que pueden limitar el comportamiento de aquellas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión competitiva.

Para determinar la forma en la que se aplican los conceptos, la referida Comunicación dice en el apartado 9, que "el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico".

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos (bienes y servicios) que los consumidores consideren intercambiables o sustituíbles en razón de sus características o su precio lo él uso que se quiera hacer de ellas. Que la empresa tenga la capacidad para imponer sus condiciones en el mercado, distorsionando la competencia y perjudicando a los consumidores va a depender de las alternativas reales o potenciales que existen en ese mercado a sus productos, es decir dependerá de la sustituibilidad del producto o servicio.

El mercado geográfico comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia son suficientemente homogéneas y diferenciadas de las zonas geográficas más próximas.

Es cierto que cuando esta misma Comunicación 97/C 372/03 habla de las empresas afectadas en la delimitación del mercado relevante o de referencia, se ciñe a los casos de concentración de empresas, las investigadas en prácticas colusorias o los supuestos de abuso de posición dominante. Es evidente que no se puede hablar de los supuestos de falseamiento de la libre competencia por actos desleales porque no aparecen regulados en la normativa europea de competencia⁴, pero de acuerdo con las afirmaciones que hace la Subdirección de Investigación, así como la delimitación del mercado relevante y esencial en los supuestos de abuso de posición dominante del artículo 2 de la LDC, es importante, aunque no esencial, en los supuestos de aplicación de las conductas colusorias del artículo 1 LDC, en cambio no suele ser objeto de cuestión en los supuestos de aplicación en los que lo que se examina es la infracción del artículo 3 LDC ("falseamiento de la libre competencia por actos desleales"). Por eso, no tiene por qué ser tan exhaustiva la delimitación de estos mercados en la medida en que esa delimitación afecta mucho menos que en los supuestos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC.

En este sentido, las Resoluciones de la Autoridad española de la Competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de la Competencia y CNMC) no muestran una especial interés por la determinación del mercado relevante en las Resoluciones en las que aplica el art. 3 de LDC. Así, o bien no hacen un estudio del mercado (Resolución del TDC de 7 de abril de 2003, Expte. 532/02 Eléctrica Eriste), o bien hacen una relación muy sucinta del mercado relevante (Resolución del TDC de 18 de diciembre de 1992 Expte. 314/92; Resolución del TDC de 9 de marzo de 2001, Expte. 485/00 Agentes Propiedad Murcia), o cuando lo hacen de forma algo extensa es porque el análisis es del mercado del producto, pero no del geográfico (Resolución de la CNC de 17 de septiembre de 2013 Expte S/410/12 Ascensores-2; Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011, Expte. 0184/09 Gas Natural). Cuando estas Resoluciones hacen un estudio del mercado relevante es porque en

⁴ Pero debemos recordar que el Derecho Comunitario (Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002) no se opone a que los Derechos nacionales contemplen prohibiciones más estrictas.

la misma se analiza la existencia de acuerdos prohibidos, en los cuáles sí tiene relevancia el mercado geográfico (Resolución del TDC de 8 de julio de 1992, Expte. 294/91 Aceites). Incluso, en la Resolución de la CNMC de 9 de enero de 2019, Expte. S/0184/09 Gas Natural, el análisis del mercado relevante se produce para la determinación de la infracción del art.2 de la LDC (abuso de posición dominante) y no existe dicho análisis, por el contrario, en la fundamentación jurídica relativa la infracción del art. 3 de la LDC (competencia desleal).

Por lo tanto, la determinación del mercado relevante, sobre todo el geográfico, será tenido en cuenta de forma muy limitada en los supuestos de aplicación del art. 3 de la LDC, y lo será más que para determinar su tipicidad como infracción, para cuantificar las posibles sanciones por la comisión del ilícito anticompetitivo.

Con todos estos precedentes y consideraciones, en el supuesto de esta Resolución debemos de hacer la distinción entre el mercado relevante de producto y el mercado relevante geográfico.

4.2.1. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

Como indica la Subdirección de Investigación, atendiendo a la clasificación establecida por la normativa vigente, la práctica investigada afecta al mercado de la prestación de los servicios de limpieza.

A este respecto, y como han señalado las Autoridades de competencia, el ámbito económico en el que se enmarca el presente expediente es el de la prestación de servicios de limpieza, conservación y mantenimiento de edificios y complejos especiales tanto públicos como privados.

La actividad de servicios de limpieza se enmarca dentro del que se denomina “gestión integral de servicios”, “multiservicios” o “gestión de inmuebles –facility management–”.

La gestión integral consiste en la prestación de un conjunto de servicios a un mismo cliente, de los que la limpieza constituye el núcleo principal.

La prestación del servicio de limpieza se puede acompañar de otros servicios añadidos en función de las necesidades de los clientes, tales como conservación y mantenimiento, jardinería, seguridad, catering, electricidad, desinfección, etc. El hecho de que el núcleo fundamental sea la limpieza ha llevado en ocasiones a denominar al sector como servicios de limpieza y servicios conexos.

Las empresas que operan en el ámbito de la limpieza han ampliado progresivamente la gama de servicios prestados. La ausencia de barreras que dificulten el acceso a la prestación de cualquiera de las categorías que conforman la actividad de servicios integrales y la práctica identidad de los factores productivos necesarios para prestarlos permite que, en general, las empresas puedan fácilmente pasar de realizar un servicio de limpieza a prestar multiservicios.

Es preciso destacar el hecho de que el mercado está caracterizado por una fuerte atomización de la oferta y de la demanda, emplea una mano de obra, en general, poco cualificada, abundante y que no requiere maquinaria compleja para prestar los distintos servicios.

En diferentes precedentes comunitarios y nacionales se tienen incluido en un mismo mercado de producto los servicios de limpieza junto con otros servicios de mantenimiento y conservación de locales o edificios, dada la facilidad para los proveedores de servicios de limpieza de suministrar los otros servicios.

Adicionalmente, los precedentes apuntan a la posibilidad de diferenciar mercados más estrechos entre los servicios de limpieza diarios y los servicios de limpieza especiales, como es el caso de los hospitales donde se requieren niveles elevados de higiene, preparación específica de la mano de obra y maquinaria más especializada.

Esta valoración, que es correcta para enjuiciar los hechos denunciados, se podría discutir tras los sucesos del COVID-19, pero, como es evidente, los hechos denunciados son anteriores.

4.2.2. MERCADO GEOGRÁFICO

El mercado geográfico se delimita en sentido restringido, por el marco de la licitación de referencia sin perjuicio de que si bien la delimitación del mercado geográfico relevante no es esencial en los supuestos de aplicación del artículo 3 de la LDC, sí puede tener influencia en la determinación de la sanción a imponer en el caso de acreditarse la infracción.

5.- CUESTIONES PREVIAS

5.1. CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES SUBROGABLES E INFORMACIÓN FACILITADA POR LACERA

Una cuestión previa a examinar en este expediente es el de aclarar las condiciones laborales de los trabajadores que la LACERA señalaba como subrogables en su escrito de 23 de abril de 2019 que dirige a la Universidad de Vigo tras el requerimiento formulado por ésta al amparo del art. 130 LCSP.

El 11 de abril de 2019 la Universidad de Vigo, dentro del marco la licitación del expediente 315/19 contrato de servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo en su Lote 7, solicitó a la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A, que aportara el listado de personal que habría que subrogar, ya que esta empresa estaba prestando ese servicio por haber ganado el concurso anterior. El listado de personal a subrogar que envió LACERA estaba formado por 26 trabajadores.

En el transcurso de la licitación una de las empresas (SAMAIN S.A.), a la que la Mesa de Contratación solicitó una justificación de su baja por un posible incumplimiento de lo previsto en el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Pontevedra, alegó que en el listado de los 26 trabajadores que se debían subrogar de acuerdo con la información facilitada por la LACERA, existían datos incorrectos ya que:

- El trabajador número 6 no prestaba servicio.
- El trabajador número 9 era discapacitado por lo que debería aparecer bonificado el importe correspondiente a la cotización social.
- El trabajador número 11 tenía una jornada de 35 horas semanales.
- El trabajador número 19 era discapacitado por lo que debería aparecer bonificado el importe correspondiente a la cotización social.
- El trabajador número 21 no prestaba servicio.

La Mesa de contratación que estaba examinando este expediente, dio especial relevancia a esa información, por la trascendencia que podría tener para el resultado de la licitación en la medida en que se podían alterar los principios de igualdad, transparencia y libre competencia. Por ello solicitó información complementaria a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. la cual contestó por escrito de fecha 25 de octubre de 2019.

En ese escrito LACERA señaló que los trabajadores números 6 y 21 incluidos en el listado de trabajadores subrogables sí realizaban el servicio en el momento en el que se había enviado y reconocía que había cometido errores, que ella calificaba como involuntarios, que afectaron a tres trabajadores (trabajadores nº 9, 11 y 19) en los términos que había denunciado la empresa SAMAIN S.A. Afirmó también que ese error hubiera podido ser subsanado a través del mecanismo de la información adicional prevista en el artículo 138.3 LCSP. También declaró que consideraba que esos errores tenían escasa trascendencia económica, “casi insignificante” llega a denominar, y que se trataría de una “conducta de menor importancia”. Existe, por tanto, en ese escrito un reconocimiento por LACERA que la información que facilitó a la Universidad de Vigo sobre las condiciones laborales de 3 de los 5 trabajadores no era la correcta.

Sobre el trabajador nº 6 la empresa PILOT CCS, contratada por la Universidad de Vigo para emitir un informe sobre el tema, señala que este contrato fue objeto de innumerables variaciones permaneciendo de alta el trabajador en el momento de la emisión de la vida laboral. Dice que en los fichajes de Workontrol, aportados por la empresa LACERA, la última fecha de fichaje es el 28 de abril de 2019, que tiene fichajes desde el 2 de enero de 2019 pero pasando por numerosos centros, por lo que, con todas las cautelas a expensas de mejores aclaraciones de la empresa, considera que entra dentro de lo probable que se emplease para sustituir bajas y, en todo caso, por las múltiples variaciones de jornada, afirma que existe una clarísima incertidumbre en torno a las horas que potencialmente debían ser subrogadas. LACERA señala en sus alegaciones al PCH que el hecho de que pudieran trabajar en centros ajenos a la Universidad no es óbice para que pueda ser incluidos en el listado de personal a subrogar, mientras que el porcentaje de jornada

subrogable coincida con el resultante de los fichajes, que afirmaba que sucedía, ya que no existía impedimento alguno en los pliegos rectores.

Sobre el trabajador nº 21 la empresa PILOT CCS, tras analizar su vida laboral con los datos facilitados por LACERA, afirma que comenzó su relación laboral con LACERA el 1 de diciembre de 2015 con contratos 510 de interinidad y posteriores 502 (eventual circunstancias de la producción) y otros 510. El 5 de abril de 2019 LACERA lo contrata como indefinido a tiempo parcial, señalando PILOT CCS que fue objeto de numerosas variaciones y que ya no prestaba servicio en la empresa en el momento de emitir el informe, siendo su último día de trabajo el 31 de agosto de 2019 causando, aparentemente baja después del disfrute de vacaciones el 11 de septiembre de 2019, es decir 5 meses después de formalizado el contrato de duración indefinida. LACERA no da explicación alguna sobre este extremo y únicamente indica que el operario prestaba servicios en el momento de elaborar el listado de trabajadores subrogables que remitió a la Universidad de Vigo (23 de abril de 2019), lo que es cierto y no niega el informe de PILOT CCS, y se remite a situaciones similares que afirma se produjeron en otros lotes que no son el objeto de este expediente.

Concluye el Informe de PILOT CCS declarando que:

“De todo ello se deduce que estos trabajadores estaban de alta en el momento de la conformación del expediente con los contratos que indica LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. Todo lo expuesto, los motivos de la contratación permanecen muy opacos y dado que, por lo menos el trabajador nº 21, ya no está de alta en la empresa cabe interrogarse por el motivo real de la incorporación de estos trabajadores.

En todo caso, albergando dudas sobre el trabajador nº 6, si parece que, sin duda razonable, al menos que el número 21, con un coste de 10.972,22 €, lo que supone el 2,36% de los costes laborales, fue introducido en el listado de forma artificiosa pues su relación contractual fue finalizada, por subrogación, el 11 de septiembre de este año en otro centro ajeno a la Universidad.”

La empresa PILOT CCS, contratada por la Universidad de Vigo para emitir un informe sobre el tema, se pregunta cual sería el motivo real de la incorporación de este trabajador dentro de la plantilla de la empresa LACERA como indefinido el 15 de abril de 2019 y adscrito a este contrato con un coste de 10.997,22 euros anuales y, después de analizar las circunstancias del mismo, llega a la conclusión “(...) sin el menor ápice de duda” que “nos encontramos ante lo que en sector se denomina “trabajador fantasma” que es incorporado a un listado con el único fin de engordar el listado e inducir a interpretaciones económicas erróneas a sus competidores”. Y concluye su informe señalando que

“Lo más relevante en el caso de este trabajador es que la clave de baja el 31 de agosto de 2019 es que es clave 55 (Baja por fusión/absorción de la empresa) que es la que se utiliza cuando existe una subrogación. Esto es, el trabajador en esa fecha fue cedido por LACERA en subrogación obviamente en otro centro ajeno a la Universidad de Vigo.”

Y concluye el Informe que “(...) parece que, sin duda razonable, al menos que el número 21, con un coste de 10.972,22 €, lo que supone el 2,36% de los costes laborales, fue introducido en el listado de forma artificiosa pues su relación contractual fue finalizada, por subrogación, el 11 de septiembre de este año en otro centro ajeno a la Universidad”.

Parece correcta esta postura por lo siguientes motivos:

- a) La contratación como indefinido del trabajador se produzca el 15 de abril de 2019 cuando la empresa conocía que el contrato, salvo que hubiera prorroga, finalizaba el 1 de septiembre de ese año y cuando el trabajador, hasta esa fecha, tenía contratos de interinidad y eventuales.
- b) El trabajador causa baja en la empresa el 11 de septiembre de 2019.
- c) Examinando los datos de otros trabajadores que aparecen en la lista de subrogables facilitada por LACERA y cuya fecha de antigüedad es similar a la del trabajador n.º 21 (trabajador n.º 13 con fecha de antigüedad 5 de abril de 2019; trabajador n.º 14, fecha de antigüedad 31 de enero de 2019 y trabajador n.º 26 fecha de antigüedad 1 de marzo de 2019) se observa que todos ellos fueron contratados con modalidades de interinidad o eventuales y que todos ellos continuaron prestando sus servicios en la empresa.

Por ello PILOT CCS considera, y este Pleno está de acuerdo, que “(...) fue introducido en el listado de forma artificiosa pues su relación contractual fue finalizada, por subrogación, el 11 de septiembre de este año en otro centro ajeno a la Universidad.”

LACERA no explica en ninguna de sus extensas alegaciones las razones de ello.

Por tanto, es cierto que el trabajador n.º 21 estaba de alta en la empresa con un contrato indefinido a tiempo parcial en la fecha de emisión del informe requerido por la Universidad de Vigo al amparo del art. 130 de la LCSP. Pero también es cierto que ese trabajador dejó de estar de alta en la empresa el 11 de septiembre de 2019, en medio del procedimiento de licitación del contrato, de lo que no se notificó por LACERA a la Universidad de Vigo para que se pudiera corregir un dato tan importante que afectaba a un trabajador que estaba incluido en la lista de subrogables con un contrato indefinido a tiempo parcial, cuando ya no era subrogable. De esta manera, de todas las empresas que podían concurrir a la licitación, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. era la única que conocía la verdad del listado de trabajadores subrogables y los costes de esos trabajadores.

Sobre los trabajadores n.º 9, 11 y 19 LACERA declara que había cometido errores involuntarios que afectaron a esos tres trabajadores en los términos que había denunciado la empresa SAMAIN S.A. Existe, por tanto, un reconocimiento por LACERA que la información sobre las condiciones laborales de esos 3 trabajadores no era correcta.

En conclusión:

1º.- LACERA suministró datos que no eran correctos en relación con los trabajadores nº 9, 11 y 19.

2º.- Respecto de al menos otro trabajador (el trabajador nº 21) aunque estaba de alta en la empresa y vinculado a ese servicio en el momento de facilitar la información en el mes de abril, lo dejo de estar el 11 de septiembre de 2019, es decir 5 meses después de formalizado el contrato y en medio del proceso de licitación del nuevo contrato de limpieza de lo que no se notificó por LACERA a la Universidad de Vigo. Esta actuación hace deducir a la empresa PILOT SCC que fue introducido en el listado de forma artificiosa.

Este sector es uno en los que el empleo de la mano de obra constituye un factor esencial para la prestación del servicio objeto del contrato y determinante a la hora de la licitación y adjudicación del contrato. De acuerdo con el Pliego tipo de cláusulas administrativas particulares del Expediente 315/19, la valoración de la oferta económica alcanza el 95% de la puntuación total de la licitación, siendo el elemento más importante de la misma el coste de la mano de obra. De ahí lo relevante que supone que todas las empresas puedan conocer con exactitud los costes laborales que durante la vigencia del contrato tendrán los trabajadores subrogables, y la distorsión, que para la libre concurrencia, supone la aportación de datos erróneos o incompletos por el actual titular de la prestación del servicio que, además, será uno de los que se presenten a esa licitación.

Uno de los principios que persigue el derecho de la competencia en materia de contratación pública es el de la máxima concurrencia de licitadores cuando una Administración recurre al mercado para abastecerse de bienes y servicios. Este mayor número de operadores fomenta la rivalidad entre ellos para que cada uno ofrezca las mejores condiciones en términos de calidad y precio con el objetivo de resultar adjudicatario, con lo que se beneficiarían los contribuyentes ya que las administraciones adquirirán mejores bienes y servicios a menores precios además de que contribuirá a conseguir mejoras de eficiencia e innovación que se traducirán en una mayor productividad y crecimiento del país.

Por ello la empresa LACERA tenía la obligación de facilitar a la Universidad de Vigo toda la documentación precisa, suficiente y actualizada para que pudieran conocer todas las empresas que quisieran concurrir a la licitación cuáles eran exactamente los costes laborales de los trabajadores subrogables en el momento en que el nuevo adjudicatario empezase a prestar el servicio, con la finalidad de que todas las empresas pudiesen presentar las mejores ofertas al menor precio.

No lo hizo.

En primer lugar, como la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. reconoce expresamente, suministró información incorrecta sobre 3 trabajadores (nº 9, 11 y 19), que trata de excusar en la excesiva carga de trabajo de la empresa, lo que es difícil de explicar en una empresa de su dimensión. Por facturación, la empresa en el año 2019 fue la octava empresa de España en el sector de limpieza general de edificios de acuerdo

con el ranking elaborado por el Economista.es, ya que facturó más de 65 millones de euros ese año. Es, además, una empresa que tiene en plantilla 4.000 trabajadores. Pero también es una empresa que tiene una gran experiencia en la presentación de ofertas en los concursos ante las administraciones públicas como lo acredita la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la ya citada sentencia de 5 de noviembre de 2021 pone de relieve la importancia de la condición de una empresa como profesional del sector (en este expediente del sector de limpieza) y por ello rechaza cualquier tipo de justificación de una relajación en el cumplimiento de sus obligaciones legales que pueda presentar esa empresa. Y dice:

“Finalmente, no puede dejar de considerarse que este procedimiento tiene lugar entre la administración y un profesional del sector, no frente a un lego en la materia, y por lo tanto, los deberes que emanan de este tipo de procedimientos no resultan extraños a la recurrente, máxime tratándose de un aspecto tan relevante como la subrogación de las personas trabajadoras de la antigua concesión.”

Por ello, este Pleno cree muy correcto lo recogido en la Propuesta de Resolución de la Subdirección de Investigación que califica el reconocimiento del error por la empresa denunciada como de carácter reactivo y no proactivo. En este sentido debemos de señalar que **ese reconocimiento de lo que LACERA afirma ser un simple error, se produce después de múltiples actuaciones por su parte en las que no es explicable, en un proceso deductivo que se base en un enlace racional, que no hubiese detectado, de existir, ese presunto “error”** como son:

1º) En el momento de realizar la comunicación que LACERA hace a la Universidad de Vigo de los datos del personal subrogable requeridos por la Universidad conforme al art. 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, con la advertencia de la obligación de facilitar los datos correctos.

Hay que destacar que en el cuadro de la documentación que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. debía de rellenar para enviar a la Universidad de Vigo con esos datos, existe un apartado en el que se debe de indicar (con un SI o con un NO) si los trabajadores tiene una minusvalía superior al 33%, de tal manera que ello implica una necesaria actuación de la empresa para comprobarlo antes de cubrir ese apartado y otra actuación posterior, en el momento de rellenar los datos de esos dos trabajadores, en la que la empresa al rellenarlos escribió en los dos NO.

En ese mismo documento aparece otro apartado a rellenar en el que se debe de indicar “Jornada (numero de horas semanales)”, de tal manera que exigiría una diligente comprobación por la empresa a los efectos de incluir en la documentación el dato correcto, lo que no sucedió respecto del trabajador nº 11.

Pero también debemos de señalar que esos datos que LACERA debía de facilitar tendría que estar en sintonía con otros datos relativos al coste laboral de esos

trabajadores subrogables y que se tiene que cubrir en múltiples casillas de ese documento, como son:

- a) salario bruto mensual.
- b) pluses, complementos y otras retribuciones.
- c) parte proporcional de ellas pagas extras.
- d) importe de la base de cotización.
- e) importe Seguridad Social a cargo de la empresa.
- f) coste mensual del trabajador para el empresario.
- g) coste total anual del trabajador para el empresario.

De tal manera que no se trataría solo de un casilla (como la del número de horas semanales del trabajador o de si tenía minusvalía) en las que se debería de haber detectado ese supuesto “error”, sino que existen hasta 7 casillas más en las que ese supuesto “error” no detectado se repetiría, afectando a datos de económicos de los que la empresa, como veremos, afirma tener un completo conocimiento.

2º) En el momento de examinar los pliegos de la licitación donde se recogían los datos facilitados por LACERA. Estos pliegos los tienen que examinar, con un mínimo de diligencia, todas las empresas que concurren a una licitación, por tanto también LACERA y debería ella misma haber detectado ese supuesto “error”.

3º) En el momento de la elaboración y presentación por LACERA de su oferta a la nueva licitación de ese lote 7, que exigiría a LACERA una valoración de los costes laborales de los trabajadores subrogados para presentar su oferta y por tanto, un examen de las condiciones de esos trabajadores subrogables que aparecían en el pliego.

En cualquiera de esos momentos debería de haber detectado LACERA lo que argumenta ser un “error” y no lo hizo. Algo no justificable en cualquier empresa y menos en una del tamaño de LACERA y con su experiencia en contratación pública.

Solo después de ser requerida por parte de la Universidad de Vigo para que aclarase las objeciones formuladas por la empresa SAMAIN S.A., es cuando afirma que detecta lo que califica como “error”. De tal manera, que solo cuando un tercero denuncia esos datos erróneos y la Universidad de Vigo pide aclaraciones ante la gravedad de los mismos, la empresa LACERA descubre la existencia de ese “error” involuntario.

Por ello, como señala la Subdirección, el reconocimiento del error no puede calificarse como pro activo sino como reactivo.

La evidencia de que la empresa que gestiona un contrato de limpieza conoce con total exactitud todos los elementos que determinan los costes de ese contrato (que como hemos señalado, son fundamentalmente costes laborales) no necesita de explicación. La ya citada Sentencia de 5 de noviembre de 2021 del TSJG en otro supuesto de suministro de datos falsos sobre los trabajadores subrogables en una contratación pública por parte del que era titular de la prestación del servicio - Resolución de esta CGC 3/2020 de 8 de julio de 2020, Arriva Noroeste S.L., (en la actualidad Arriva Galicia - señala que:

“(,...) nadie más que la empresa puede manejar esa información para los efectos de instruir adecuadamente el expediente de licitación”.

Esta evidencia la destaca, como no podría ser de otro modo, la propia empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. como uno mas sus argumentos sustanciales con los que justifica la oferta que ella presenta a otra licitación de servicios de limpieza convocado por la Universidad de Vigo cuando ésta se encuentra en presunción de anormalidad.

Así sucede en la licitación convocada por la Universidad de Vigo “*Servicio de limpieza respetuoso con el medio ambiente y con la seguridad y salud laboral en los servicios generales y de investigación: biblioteca central, CACTI, Ecimat, MTI, edificio de gerencia (servicios generales), Rectorado, Parque móvil, Torre módulo 2 y 5 y servicio de deportes (excepto nuevo CACTI-CINBIO-ANIMALARIO*” Expediente 309/20, convocado tras desistir la Universidad del procedimiento que da lugar a esta Resolución. En ese caso la oferta presentada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. estaba en presunción de anormalidad por aplicación de los criterios previstos en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). La justificación presentada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. y recogida en el Informe elaborado por el asesor externo designado para analizar la documentación justificativa presentada ⁵, se indica:

“La mercantil **LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. presenta justificación de su oferta poniendo de manifiesto** lo siguiente:

(...)

2) Tiene un pleno conocimiento de los costes reales que lleva aparejado el contrato al ser la actual adjudicataria. (...)⁶

5 “INFORME EMITIDO A SOLICITUD DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO CON EL OBJETO DE ANALIZAR SI DETERMINADAS OFERTAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DE UN SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIO AMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN LOS SERVICIOS GENERALES Y DE INVESTIGACIÓN: BIBLIOTECA CENTRAL, CACTI, ECIMAT, MTI, EDIFICIO DE GERENCIA (SERVICIOS GENERALES), RECTORADO, PARQUE MÓVIL, TORRE MÓDULO 2 Y 5 Y SERVICIO DE DEPORTES (EXCEPTO NUEVO CACTI-CINBIO-ANIMALARIO) (EXP. 309/20) CONSTITUYEN OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS” elaborado por la empresa “NBP CLEMS ABOGADOS Y CONSULTORES SLP”

Se puede consultar en https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/40fbbfdb-6873-44a5-8742-5cf5b39e06a0/DOC20200528153403INFORME+LIMPIEZA_firmado.pdf?MOD=AJPERES

6 Subrayado y negrilla añadidos que no aparece en el Informe original

Por todo ello, no son admisibles los argumentos con los que LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. trata de justificar su aportación de datos incorrectos sobre el personal a subrogar a la Universidad de Vigo ya que como ella señala **tiene un pleno conocimiento de los costes reales que lleva aparejado el contrato por ser la actual adjudicataria.**

En segundo lugar, respecto de los otros dos trabajadores (nº 6 y nº 21) la empresa LACERA debería o bien haber facilitado la información completa, suficiente y actualizada sobre las circunstancias de esos trabajadores que conociera en el momento de presentar esa información, ya que como hemos visto, al menos la trabajadora nº 21, iba a dejar de prestar servicio el 11 de septiembre de 2019 o bien comunicarlo cuando ello sucedió, circunstancia que afectaría a los costes laborales. Al no dar información de ello, solo lo conoció LACERA pero no los otros licitadores, con la ventaja que ello supone a los efectos de poder presentar una oferta mas competitiva económicamente.

En el cuadro de la documentación que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A debía de rellenar para enviar a la Universidad de Vigo con los datos de los trabajadores subrogables existe un apartado en el que se debe de indicar fecha de vencimiento del contrato, que la empresa cubrió con los términos “NO APLICA” en relación con estos trabajadores nº 6 y 21 (así como respecto de todos los demás trabajadores). El requerimiento de esa información por la Universidad manifiesta la transcendencia que para la licitación tiene el conocer la naturaleza del contrato laboral de cada trabajador y si tiene o no plazo de finalización. Respecto del trabajador nº 21, que se incorpora como indefinido y adscrito a este servicio dentro de la plantilla de la empresa LACERA el 15 de abril de 2019 (aun conociendo la empresa que el contrato finalizaba, salvo prorroga, el 1 de septiembre de ese año), señalar que a diferencia de los trabajadores contratados en esas fechas que lo eran con contratos de interinidad o eventuales, él lo hace como indefinido y cesa el 11 de septiembre, es decir en medio del proceso de licitación, y una vez facilita los datos sobre los trabajadores subrogables a la Universidad de Vigo.

En conclusión:

La empresa LACERA no facilitó a la Universidad de Vigo, como hemos visto, información completa, suficiente y actualizada, que colocase a todas las empresas que concurrían a la licitación en igualdad, por lo que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. era la única que conocía la verdad del listado de trabajadores subrogables y los costes de esos trabajadores a los efectos de presentar su oferta en la licitación.

Esa ventaja competitiva que a LACERA le otorgó el tener conocimiento de los costes reales de los trabajadores subrogares frente a las demás empresas que no los tendrían al aparecer en el Pliego datos falsos sobre los trabajadores subrogables que había suministrado LACERA, se reconoce en la Sentencia de 5 de noviembre de 2021 del TSJG en la que sobre otro similar declara que:

“ La ocultación de información es lo que produce pues la ventaja competitiva, porque dispone de unos elementos fácticos que le permiten obtener un mejor conocimiento

del coste real del servicio, información de la que carecen el resto de los competidores (que quedan a sensu contrario en situación de desventaja) y que solo es imputable a la omisión realizada por la actora.”

La empresa no explicó en ninguno de sus escritos de alegaciones un motivo razonable de justificación.

Como señalamos en la Resolución 3/2020 de 8 de julio de 2020, Arriva Noroeste S.L., (en la actualidad Arriva Galicia)

“(…) Existe una especial responsabilidad del titular de la concesión de colaborar con la Administración, no solo durante la vigencia de la misma sino también en el momento en que la concesión sale a renovación.”

Si, como vimos, uno de los principios que persigue el derecho de la competencia en materia de contratación pública es el de la máxima concurrencia de licitadores, en este caso, al menos dos empresas que se habían presentado, al ser requeridas para justificar sus ofertas por valores inferiores al Convenio colectivo, en un proceso de licitación en el que no se les había facilitado la realidad de los costes laborales de todos los trabajadores subrogables, no las justificaron lo que hubiera implicado una reducción de los presentantes de ofertas. La reacción de la Universidad de Vigo de acordar desistir del procedimiento de adjudicación, impidió que ello sucediera.

5.2. INCREMENTO DE LOS COSTES LABORALES DERIVADOS DE LOS DATOS FACILITADOS POR LACERA

Sobre el incremento que a efectos de costes laborales habría tenido los datos incorrectamente facilitados por LACERA, la empresa denunciada afirma en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (PR) respecto de los trabajadores nº 9, 11 y 19, que:

“Ya desde el primer escrito de alegaciones de defensa, presentado por la sociedad denunciada ante la Universidad de Vigo, el 25 de octubre de 2019 -y que, como se ha analizado, no constaba en el expediente hasta su aportación por LACERA-, se reconoció haber cometido un error respecto a algunos datos de dichos trabajadores, y que se confirmó en el escrito inicial que suponían una diferencia del 1,62% respecto al presupuesto de licitación -acompañándose una hoja de cálculo explicativa en la penúltima página del documento nº 15 del escrito de alegaciones al PCH-.”

En ese anterior escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (PCH) al que hace mención, en relación con la repercusión económica de los datos que había incorrectamente facilitado a la Universidad de Vigo señala en la página 4 del documento nº 15 aportado con esa alegación que:

“La repercusión económica anualizada de los errores de transcripción relacionados en al apartado segundo de este escrito, ascendería a 10.315,69 €, y se desglosa en los siguientes conceptos:

Trabajador 9 (discapacitado) 4.700,00 €

Trabajador 19 (discapacitado) 3.443,04 €

Trabajador 11 (3,5h/sem) 2.172,65 €

*Comparándolo con el presupuesto de licitación anualizado del Lote 7, la incidencia económica de los errores cometidos en la confección del listado de personal a subrogar, **suponen apenas un 1,62%**, porcentaje que permite apreciar la **escasa relevancia del error involuntariamente cometido.**”*

En el mismo documento nº 15 referidos e a los trabajadores nº 6 y 21 señala en la página 2 que:

“(…) si bien, el coste total de los dos puestos⁷ supone un desfase de 24.698,03 € anuales, es decir, una desviación de su oferta de un 4,68%, razón por la que en ningún caso la viabilidad económica de su oferta podría entenderse justificada.

La suma total de esas cantidades, de acuerdo con LACERA, sería de **35.013,72 euros**.

En la página 32 de las alegaciones formuladas por LACERA a la Propuesta de Resolución señala que :

“El alcance de la infracción por los errores involuntarios relativos a los trabajadores nº 9, 11 y 19, suponen globalmente 10.315,69 €, es decir, un 1,62 % respecto al presupuesto de licitación. Aunque LACERA considera que la introducción del trabajador nº 21 es correcta, si se tuviera en cuenta esta variable, el alcance sería de 21.287,91 €, lo que equivale a 3,34 %.”

En la Propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación, recogiendo los datos que aparecen en el Informe “Análisis de las manifestaciones elevadas por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., por posibles impactos por información posiblemente no veraz en el listado de subrogación del lote 7 del expediente 315/2019”, redactado por la empresa PILOT CCS, se indica como incremento de esos costes las siguientes cantidades:

	Costes adicionales	Impacto
Trabajador nº 21	10.972,22	2,30%
Trabajadores nº 9, 11 y 19	10.315,69	2,16%
	21.287,91	4,46%

⁷ Se refiere a los trabajadores nº 6 y 21.

Coinciden PILOT CCS y LACERA en la cuantía de los incrementos de los costes incorrectamente facilitados en lo que se refiere a su cantidad en euros y la diferencia de los porcentajes de impacto⁸ obedece a que la empresa LACERA afirma que los calcula en relación al presupuesto de licitación y PILOT CCS lo hace sobre los costes laborales calculados en su escandallo.

Señalar que el porcentaje de esos costes adicionales sobre el presupuesto de licitación (excluido IVA) es superior al que señala LACERA (3,34%). Si aplicamos ese criterio teniendo en cuenta que ese presupuesto es de 635.024,50 euros y los costes adicionales 21.287,91 euros el porcentaje debe de ser del 3,35% (más exactamente 3,3522974%.)

Pero con independencia del porcentaje hay que señalar que esa cantidad (21.287.91 euros) no es neutra a los efectos de la adjudicación de este tipo de contratos.

Así hay que remarcar que este expediente nº 315/19⁹ la diferencia que existía entre la oferta mas económica (la de SAMAIN) y la que había presentado LACERA era de tan solo 4.664,06 euros como aparece en el Acta de la Mesa de Contratación de la Universidad de Vigo de fecha 30 de agosto de 2019 en la página 2:

LACERA	532.777,50 euros
SAMAIN	528.113,44 euros
Diferencia	4.664,06 euros

Y en la licitación para la limpieza de estos centros de la Universidad de Vigo que se convocó tras desistir la Universidad del procedimiento que da lugar a esta Resolución¹⁰ y se adjudicado a LACERA, la diferencia entre su oferta económica y la siguiente era de 19.668,28 euros, como se puede observar en el Acta de la Mesa de Contratación de la Universidad de Vigo de fecha 27 de mayo de 2020 en la página 3¹¹:

SAMYL	524.999,99 euros
LACERA	505.331,71 euros
Diferencia	19.668,28 euros

⁸ 4,46% según el Informe de PILOT CCS y 3,34% según LACERA.

⁹ Servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo.

¹⁰ *Servicio de limpieza respetuoso con el medio ambiente y con la seguridad y salud laboral en los servicios generales y de investigación: biblioteca central, CACTI, Ecimat, MTI, edificio de gerencia (servicios generales), Rectorado, Parque móvil, Torre módulo 2 y 5 y servicio de deportes (excepto nuevo CACTI-CINBIO-ANIMALARIO" Expediente 309/20,*

¹¹ Se puede consultar en <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/6d9b7886-1c55-40e4-8a73-0b71276b0241/DOC202005281332474-ACTA+MESA++27+05.pdf?MOD=AJPERES>

Por tanto, la cuantía económica de los datos mal facilitados por LACERA sobre los costes laborales de los trabajadores subrogables son superiores a las diferencias económicas que hubieran sido determinantes a la hora de adjudicación del contrato entre los licitadores mejor posicionados en el expediente 315/19 y son superiores a las diferencias entre las distintas ofertas económicas que han sido determinantes para adjudicar el contrato de limpieza (Expediente 309/20) licitado por la Universidad y que fue convocado tras desistir del procedimiento que da lugar a esta Resolución.

En conclusión el incremento de los costes laborales derivados de los datos incorrectamente facilitados por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. no es una cantidad neutra, que no tenga efectos ni de escasa relevancia en relación con la adjudicación de la licitación como alega, para negar su responsabilidad, la empresa LACERA.

5.3. PROPUESTA DEL ÓRGANO DE INSTRUCCIÓN

La Subdirección de Investigación una vez finalizada su actuación y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.4 LDC que dispone que:

1º.- Que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 3 LDC, constitutiva de infracción, desarrollada por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. al incumplir lo dispuesto en el artículo 130 LCSP en relación con el Expediente administrativo correspondiente a la licitación del servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con seguridad y salud laboral en distintos centros da Universidad de Vigo - lote 7.

2º.- Que la conducta prohibida se tipifique, en su caso, a los efectos de la determinación de la sanción a imponer, como infracción grave, del artículo 62.3. letra c) LDC (“El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 de esta ley”).

3º.- Que se declare responsables de la infracción a la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

4º.- Que se imponga a la citada empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., la sanción prevista en el artículo 63.1.b) LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de las sanciones previstos en el artículo 64 LDC y los demás aspectos determinantes puestos de manifiesto en la presente propuesta de resolución. En concreto y respectivamente, que se le imponga la siguiente sanción: LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.: 650.876,28 € (1% do su volumen de negocio total correspondiente al año 2019)

5º.- Que acuerde la prohibición de contratar a la LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

6.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

6.1. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN

La presente resolución tiene por objeto determinar si el suministro de información que no era cierta al órgano de contratación, respeto del número de trabajadores subrogables puede suponer un falseamiento de la competencia por actos desleales sancionado en el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

Este Pleno de la CGC debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la Subdirección de Investigación que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si la actuación investigada es constitutiva de infracción del art. 3 de la LDC.

6.2. COMPETENCIA PARA RESOLVER

Asignado el caso a la Comisión Gallega de la Competencia, en cumplimiento del trámite previsto en la Ley 1/2002, do 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, “Ley 1/2002”), al considerarse que en la práctica denunciada concurrían las condiciones previstas en su artículo 1, párrafo tercero, de la Ley 1/2002, para atribuir su conocimiento a la Comisión Gallega de la Competencia, ya que sus posibles efectos se circunscribirían, caso de acreditarse la existencia de conducta prohibida, exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Conforme al artículo 26.2 i) de los estatutos del Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia (Decreto 118/2016, de 4 de agosto, por lo que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos), le corresponde a la Comisión imponer multas sancionadoras y coercitivas y adoptar otras medidas de ejecución forzosa previstas en la normativa vigente y en los términos previstos de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), artículos 1, 2 y 3.

6.3. LEGISLACIÓN APLICABLE

Es conveniente señalar que de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, no será aplicable a este procedimiento

las modificaciones introducidas en el texto de la LDC por el mismo, rigiéndose por la normativa anterior¹².

6.4. FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES

El artículo 3 de la LDC establece la prohibición de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Del tenor literal del precepto se deduce que incurren en dicha prohibición las conductas que cumplen, acumulativamente, los tres requisitos siguientes:

- a) que constituyan un acto de competencia desleal;
- b) que falseen la libre competencia; y
- c) que afecten al interés público.

La doctrina mayoritaria considera que, desde un punto de vista sustantivo, son necesarias para la aplicación del ilícito previsto en el art. 3 de la LDC la presencia de dos condiciones: un acto de competencia desleal que afecta al interés público por falsear significativamente la competencia en el mercado.

En definitiva, este artículo no tutela otro interés público que la competencia efectiva en los mercados.

Como señalamos en la Resolución de 8 de julio de 2020 (Expte. 3/2020 – Arriva Noroeste S.L., en la actualidad Arriva Galicia)

“En muchas ocasiones se consideraba que para apreciar la concurrencia del ilícito del artículo 3 de la LDC se debería calificar en primer lugar si se trataba de un acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver si afectaba al interés público, de tal manera que no concurriendo el primero ya no se analizaba el segundo. Sin embargo, desde hace años tanto las resoluciones de la Autoridad de Nacional de la competencia (Resolución del TDC de 4 de diciembre de 1998 Expte. R 332/98 Porvasal; Resolución de la CNC de 13 de marzo de 2008 Expte. R 718/07 Puertos de Andalucía; Resolución de la CNC de 11 de marzo de 2008 Expte. S/0041/08 Tu billete; Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 Expte. S/0350/11 Asistencia en carretera, entre otras) como sectores de la doctrina científica consideran que debe analizarse en primer lugar si la conducta investigada es apta

12 Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. («BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2021). En su Disposición transitoria primera. Apartado 1 señala que “1. A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de los artículos primero, segundo, y disposiciones finales primera y segunda de este real decreto-ley no les será de aplicación el mismo, rigiéndose por la normativa anterior.”

para afectar al interés público por falsear significativamente la competencia para después analizar si es un acto de competencia desleal”

En esta Resolución será éste el criterio que aplicaremos.

6.4.1.- AFECCIÓN AL INTERÉS PÚBLICO POR FALSEAR SIGNIFICATIVAMENTE LA COMPETENCIA

Como ya señaló la Comisión Nacional de la Competencia en su Resolución de 15 de diciembre de 2011 (Expte. S/0350/11 Asistencia en carretera):

“La aplicación de la Ley de Competencia Desleal corresponde a los Tribunales de Justicia, y la Autoridad de Competencia solo está facultada para realizar o reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación interés público”.

Debemos, por tanto, examinar, en primer lugar, si concurre el requisito de afectación al interés público en la actuación de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

Como señalamos en la Resolución de 8 de julio de 2020 (Expte. 3/2020 – Arriva Noroeste S.L., en la actualidad Arriva Galicia)

“No siempre las conductas desleales que las empresas puedan desarrollar en sus actuaciones llevan consigo la afectación al interés público. Como señala el TDC refiriéndose al antiguo art. 7 de la LDC (actual art. 3 de la Ley 15/2007) ese artículo no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger los intereses de los competidores perjudicados (Resolución del TDC de 31 de marzo de 1997 Expte. R 189/96 Resopal). En este mismo sentido la CGC en su Resolución de 26 de diciembre de 2019 (R 10/2019 Venta de prensa y revistas al margen del distribuidor exclusivo) señala que debe de diferenciarse entre las conductas que afecten a los intereses privados y las que afectan al interés público. En este sentido declaró la referida Resolución que:

“De cualquier manera, lo que parece evidente es que nos encontramos, aunque presuntamente, en una conducta potencialmente lesiva para los intereses privados de operadores económicos que traerían causa en un ilícito desleal, pero difícilmente reconducible a la exigencia de afectación del interés público que es el requisito sine qua non de la intervención de las Autoridades de competencia respecto de estas prácticas privadas, cuya ilicitud debería acreditarse adecuadamente. El interés público, determinante de la intervención en esas prácticas del CGC, no puede apreciarse cuando solo concurre, como en este supuesto, los intereses privados de los operadores y no existe ningún servicio público afectado ni tampoco concesiones administrativas que otorguen derechos exclusivos a los titulares, ni elementos de contratación pública, ni un

mercado que se encuentra en un momento de liberalización, ni afecta a los intereses generales de orden económico, ni, en definitiva, actuación alguna que afecte la institución de la libre competencia“

Del estudio de la propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación y del examen el expediente, de la documentación aportada por los interesados podemos deducir que la actuación de LACERA que motivó la incoacción de este expediente afecta, y de forma clara, al interés público por falsear la competencia y por múltiples motivos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que al facilitar LACERA al órgano de contratación una información que no se correspondía con la realidad¹³ de los costes laborales de las personas que deberían de ser subrogadas, algo que la propia LACERA reconoce parcialmente, su actuación **es susceptible de afectar directamente la capacidad de elección y la toma de decisiones por parte de las empresas que puedan presentarse a la licitación, lo que puso en peligro el interés público de la existencia de mercados en condiciones de competencia objetiva**. Esta misma idea se recoge en la Resolución 1/2016, de esta CGC de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo y en la Resolución 3/2020 de la CGC de 8 de julio de 2020, Arriva Noroeste S.L. (en la actualidad Arriva Galicia).

La obligación que tenía el contratista saliente, en este caso LACERA, es la de facilitar toda la información precisa para que los que concurrieran a la licitación pudieran conocer de forma completa, suficiente y actualizada los costes laborales reales en el momento en que el nuevo adjudicatario empezase a prestar el servicio, ya que LACERA, al ser la titular del servicio conocía la situación de sus trabajadores y las circunstancias que pudieran influir en la determinación de sus costes laborales y era el único que podía facilitarlos.

El número y situación laboral de los trabajadores sujetos a subrogación constituye un factor determinante del coste del servicio como en este sentido señala el Informe elaborado por la empresa PILOT CCS, relativo al “Análisis de las manifestaciones elevadas por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente no veraz en el listado de subrogación del lote 7 del expediente 315/2019”. Hemos visto que en contratos, como los de limpieza, en los que el empleo de la mano de obra constituye un factor esencial para la prestación del servicio objeto del contrato, esa obligación tiene, todavía, una mayor trascendencia.

En el referido Informe de la empresa PILOT CCS se calculaba que las desviaciones presentadas por LACERA tendrían un impacto en el coste de la licitación de ese lote del 4,46%, por lo que la repercusión que sobre la rentabilidad del contrato tenían esos datos incorrectos, de acuerdo con la rentabilidad media del sector, convertiría en poco atractivo

13 Así lo manifiesta el informe externo elaborado por la empresa PILOT CCS, relativo al “Análisis de las manifestaciones elevadas por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente no veraz en el listado de subrogación del lote 7 del expediente 315/2019”. La conclusión de dicho informe es la siguiente: “...se ratifican las sospechas de que los datos de al menos cuatro trabajadores no son correctos. Esto es, el 17,39 de los trabajadores del listado presentaban datos incorrectos o fueron añadidos cuando no debían ser añadidos, albergándose dudas sobre el motivo de la inclusión en el listado de un quinto trabajador”

presentar ofertas a ese lote. De hecho, ante la exigencia de justificación por la Mesa de contratación de los costes laborales del personal a subrogar al objeto de acreditar que se daba cumplimiento al convenio colectivo, alguna de las empresas que se presentaron a la licitación de este lote y que no lo cumplían, no presentaron su justificación y quedaron excluidos de la licitación, lo que redujo la competencia. Es evidente, por tanto, que esos datos facilitados condicionan la realización de las ofertas que puedan presentar los licitadores. En resumen lo que con esta actuación trataría de hacer la empresa denunciada sería “eliminar por medios desleales al resto de los operadores”. (Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 9 de marzo de 2001 Expediente 485/00, Agentes Propiedad Murcia).

Pero la empresa LACERA al ser la empresa que había sido adjudicataria de ese servicio de limpieza en los años anteriores y que, por tanto, conocía perfectamente la dedicación de cada trabajador a ese contrato¹⁴, los datos incorrectos que apareciesen en la licitación sobre los costes laborales de los trabajadores subrogables no le afectaría, ya que sabía con precisión las condiciones de dedicación y las cotizaciones de sus trabajadores, algo que, en cambio, no podrían conocer las otras empresas que concurrían a la licitación, que deberían confiar en la información que apareciesen en el expediente, que se basaban en los datos facilitados por LACERA.

Como indica un estudio realizado por la Universidad de Vigo en el año 2007¹⁵, uno de los aspectos de la regulación en materia de contratación pública que puede tener una importante implicación sobre la competencia es la llamada “*asimetría de información*”, es decir, la utilización de los actuales contratistas de una información que ellos disponen como explotadores del servicio y de la que no disponen las demás empresas que quieran concurrir a esa licitación, salvo que la actual explotadora la facilite, algo que en este asunto no sucedió.

El referido estudio de la Universidad reitera la necesidad de disponer por parte de todos los licitadores de la información suficiente y los riesgos que para la libre competencia implica la mayor información de la que disponga la empresa que presta actualmente el servicio:

“En los concursos concesionales, para lograr un adecuado diseño del pliego de condiciones y que la decisión de la autoridad competente respecto a la adjudicación esté correctamente fundamentada, es preciso disponer de información suficiente sobre las condiciones básicas que caracterizan a la concesión, tanto desde la perspectiva de la demanda (número de viajeros, frecuencia...) como de la oferta (costes). En este sentido, es evidente que la empresa que esté explotando la concesión dispondrá de mayor y mejor información que la Administración y que otras

14 Como hemos visto este argumento del conocimiento completo de los costes reales del servicio por ser la actual explotadora del mismo, fue empleado por la LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. como elemento sustancial de justificación de una oferta que presento una licitación de un contrato de limpieza ya que estaba en presunción de anormalidad por aplicación de los criterios previstos en el artículo 85 del RGLCAP.

15 “Estudio sobre el sector de transporte de viajeros por carretera en Galicia desde el punto de vista de la competencia” Universidad de Vigo, diciembre 2007.

empresas que pretendan participar en el concurso de renovación de la concesión. Esta asimetría informativa puede dificultar el acceso al mercado de operadores potenciales.

Claramente, la falta de información de los potenciales entrantes será tanto más larga cuánto mayor haya sido la duración de la concesión y cuánto menos requerimientos de información se le exijan a la empresa que la esté explotando”

Por ello, como señalamos en la Resolución 3/2020 de 8 de julio de 2020, Arriva Noroeste S.L., (en la actualidad Arriva Galicia)

“La suministración de información no cierta, falsa o incompleta va a ser un instrumento para dificultar el acceso al mercado de potenciales competidores impidiendo que las empresas puedan concurrir a contratos con la Administración en igualdad de condiciones que el que es el actual operador de ese contrato.”

Es evidente que la actuación de LACERA, al suministrar información falsa al órgano de contratación que puede afectar directamente a la capacidad de elección y a la toma de decisiones por parte de las empresas que se puedan presentar a la licitación, ya podría considerarse relevante (“significativa”) desde o punto de vista de la aplicación del artículo 3 LDC dada la naturaleza de la contratación pública y su incidencia en el interés general.

La actuación de la empresa se dirige claramente a limitar la competencia en su momento inicial, tratando de reducir el número de potenciales licitadores que, visto el número de trabajadores subrogables y las condiciones de los mismos, verían como poco atractivo el contrato, conociendo LACERA la realidad de esos trabajadores y, por tanto, los verdaderos costes de la prestación del servicio, **lo que supone poner en peligro el interés público de la existencia de mercados en condiciones de competencia objetiva, con la presencia de numerosos licitadores que puedan competir en situación de igualdad, con datos de costes reales, con la empresa que hasta ese fecha, era la prestadora de ese servicio a la Administración.**

Además al facilitar unos datos de costes laborales del personal subrogable superiores a los reales LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. gozó de una enorme situación de privilegio ya que podría ajustar su oferta económica (que tenía una ponderación del 95% en los criterios de la adjudicación¹⁶) haciéndola muy competitiva ya que sabría que los costes laborales de los trabajadores subrogables eran inferiores a los previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), de acuerdo con los datos que ella misma había facilitado. Por ello la oferta de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A era la segunda más económica, solo superada por la de SAMAIN, y superaba en poco más de 3.500 euros los costes laborales del personal subrogable calculados en el PPT. En caso de ser excluido SAMAIN, lo que podría haber sucedido ya que se iniciaron los trámites para ello por parte de la Mesa de Contratación por no alcanzar su oferta los costes laborales indicados en el

¹⁶ El otro criterio que ponderaba el 5% restante eran las características medioambientales (ecoetiqueta tipo I) de la propuesta.

apartado 5 del PPT, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S.A sería la adjudicataria del contrato.

La exclusión de una oferta anormalmente baja, como sería en este caso la de SAMAIN, por el incumplimiento de lo previsto en los Convenios colectivos encuentra su justificación en la vigente LCSP que señala en el artículo 149.4 que *“En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas por vulnerar la normativa sobre subcontratación, o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de los establecido en el artículo 201.”* En todo caso, como señala la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia nº 272/19 de 2 de diciembre de 2019, sería necesario un informe técnico que motivase la exclusión de esa empresa y los que sirviesen, en su caso, para rechazar las argumentaciones de la misma en el recurso que pudiera presentar frente a ese rechazo.

Este criterio ha sido recogido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 145/2019¹⁷ al referirse a la nueva redacción del art. 149.4 de la LCSP, en la que afirma que a la hora de regular la petición de información para la justificación o el rechazo de la oferta con valores anormales:

“(…) una importante novedad de la nueva Ley, en línea con el espíritu de la Directiva 24/2014, y que de forma inequívoca introduce un mandato legal taxativo dirigido al órgano de contratación (en todo caso), que deberá rechazar las ofertas anormalmente bajas si lo son por vulnerar la normativa social o laboral, entre otros criterios. “

Como es sabido, la LCSP presta una especial atención a los aspectos relacionados con el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones laborales. Así, ya indicamos en nuestra Resolución 632/2018, la inclusión en el párrafo tercero del artículo primero de la LCSP de los criterios sociales (y medioambientales) *“obliga a considerar los criterios que en él se mencionan para la obtención de una mejor relación calidad-precio en la adjudicación del contrato”, lo que “trasciende a la redacción de otros preceptos”.*

Continuábamos señalando en la mentada resolución 632/2018 que *“A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación. Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los Pliegos (artículo 100.2 LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (artículo 101.2 LCSP), y para la fijación del precio (artículo*

¹⁷ [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recursos%201347%20y%201384-2018%20\(res%20145\)%2022-02-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202019/recursos%201347%20y%201384-2018%20(res%20145)%2022-02-2019.pdf)

102.3 LCSP). Pero también a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, así como la obligación a los órganos de contratación de velar por su cumplimiento de las condiciones salariales una vez adjudicado el contrato, y erigiéndose su infracción en causa de imposición de penalidades. Por todo ello, se ha de concluir que existe una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución. Debe por ello revisarse la doctrina sentada por este Tribunal en sus resoluciones anteriores, con el fin de incorporar las obligaciones que impone al respecto la nueva Ley de Contratos del Sector Público”.

(...)

En conclusión, el cumplimiento de los convenios colectivos se convierte en la vigente LCSP como un valor capaz de justificar por sí solo una exclusión de la oferta por su carácter anormal, tal y como tuvo ocasión este Tribunal de señalar en la Resolución nº 1108/2018, lo que justifica en el presente caso la decisión de la Mesa de Contratación de excluir la oferta del recurrente por ser anormalmente baja.”

De no haber sido por la Resolución Rectoral de la Universidad de Vigo que acordó desistir del procedimiento, la actuación de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A de facilitar unos costes laborales superiores a los reales le hubiera probablemente supuesto la adjudicación del contrato a esa empresa ya que era la segunda oferta mas económica y la primera habría podido ser excluida por estar incurso en baja anormal por no cubrir sus costes de los previstos en el convenio colectivo sectorial.

El suministrar datos incorrectos en un elemento tan importante del coste del servicio como son los de los trabajadores subrogables, dio a LACERA una ventaja competitiva sobre el resto de los licitadores. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 96/2015 de 30 de enero de 2015¹⁸, respecto de lo dispuesto en el art. 120 de la anterior TRLCSP, (finalidad que hoy cumple el art. 130 de la Ley 9/2017):

“(...) la ausencia de tal información impide a los licitadores efectuar una oferta económica seria, colocando además en una clara ventaja competitiva a quien sí goza de esa información que no es otro que el actual prestador del servicio”.

¹⁸ Se puede consultar en esta resolución en [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202015/recurso%201091-2014%20val-134%20\(res%2096\)%2030-01-2015.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1o%202015/recurso%201091-2014%20val-134%20(res%2096)%2030-01-2015.pdf)

Esta ventaja competitiva injustamente obtenida por LACERA, llevo al órgano que mejor conocía las circunstancias de la licitación y la actuación de las empresas, la Mesa de Contratación de la Universidad de Vigo, a la consideración de que había existido una infracción no subsanable de las normas de contratación pública en lo relativo al cálculo de los costes del personal en el lote 7, y por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.4 de la LCSP, propuso al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de adjudicación este Lote 7 del Expediente 315/19 (Servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo) que así lo acordó y hubo que proceder a convocar una nueva licitación de ese contrato.

En segundo lugar, como indicamos en la Resolución 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo, el **impacto de la conducta engañosa sobre la competencia y el perjuicio del interés público se derivan de la afectación de un órgano de contratación pública.**

Desde hace años la política legislativa trata de introducir la aplicación de los principios de competencia en la esfera de la contratación pública y evitar cualquier tipo de actuación que en este ámbito pueda suponer una restricción de la misma en daño de los consumidores y del interés público. Por ello son cada vez más numerosos los supuestos que se traen ante la CNMC y las Autoridades Autonómicas de la Competencia, relativos a la infracción de la normativa de competencia en supuestos de licitaciones públicas.

Las actuaciones de las empresas que tratan de alterar el juego de la contratación pública para que todo permanezca sin cambios y, de esta manera, mantener su posición de poder pervirtiendo la finalidad de mejora en la provisión de bienes o servicios públicos que persigue la licitación por parte de las administraciones, con daño a la prestación del servicio y mayor coste a las cuentas públicas están afectando, con ese comportamiento, al interés público.

La normativa que regula la contratación pública reconoce la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas que participan en las licitaciones para proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Lo declara el artículo 1 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, que dice:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

Como señala la Autoridad Catalana de la Competencia en la Resolución 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña:

“La alteración de la competencia por parte de las empresas que participan en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia(...)” y “por eso es un objetivo público prioritario conseguir una contratación pública que provoque verdaderas tensiones competitivas entre las empresas licitadoras, de manera que promueva la eficacia económica, la calidad y la innovación que, de forma agregada, constituya un factor clave para fomentar la productividad y el crecimiento económico del país”

La finalidad que se persigue es que, a través de la competencia, tanto las Administraciones Públicas como los usuarios se beneficien de las mejores ofertas de bienes y servicios. La mejor garantía para lograrlo es a través del cumplimiento de la normativa en materia de contratación.

Además esta actuación de LACERA repercute negativamente en el propio interés de los usuarios del servicio de limpieza de esas instalaciones universitarias (profesores de la universidad y visitantes, estudiantes, personal de administración y servicios de la universidad, personal investigador) ya que al falsear los datos sobre los trabajadores subrogables impediría al resto de las empresas que concurrieran a la licitación, ofrecer ofertas más competitivas o presentar mejoras en la prestación del servicio de limpieza, servicio que ha sido esencial en las instalaciones públicas en la época más intensa de la pandemia por COVID. La tanta veces citada sentencia del TSJG de 5 de noviembre de 2021 declara que:

“una consecuencia necesaria de la información desleal facilitada por la demandante es que parte del montante económico tendrá que ser destinada a las subrogaciones debidas y el coste adicional que esto supone no va a estar disponible para el licitador para a los efectos de destinarlo a posibles mejoras dentro de su oferta. Esto repercute finalmente en la persona usuaria que al final verá que las licitaciones son más pobres en mejoras por tener que estar destinada una mayor parte del caudal económico a las subrogaciones.”

En la reiteradamente citada Resolución de la CGC R 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo, se afirma que:

“La contratación de bienes y servicios por parte de la Administración debe guiarse por el principio de competencia, lo que redunde en beneficio de la propia Administración, que obtiene precios y condiciones mejores cuando hay competencia efectiva entre los licitadores, como en el de las propias empresas, que pueden acceder a contratos con la Administración en igualdad de condiciones que el resto de los operadores”.

En este expediente la actuación de LACERA afectó a la libre competencia y afectó negativamente al interés público. Alteró un proceso de licitación pública convocado por la

Universidad de Vigo con la aportación de datos que no eran ciertos sobre las condiciones, cotizaciones y costes de los trabajadores subrogables, alterando al juego de la libre competencia entre las empresas que participaban en la licitación pública, impidiendo al resto de las empresas que concurren a la licitación, ofrecer ofertas más competitivas o presentar mejoras en la prestación del servicio, de tal manera que la Universidad y los usuarios de ese servicio público no pudieran beneficiarse de que la adjudicación se realizase a la mejor oferta que pudiera presentarse.

Se observa este perjuicio comparando el expediente 315/19 con el expediente 309/20.

El primero, que fue al que desistió la Universidad de Vigo por que estimaba que había existido una infracción no subsanable de las normas de contratación pública en lo relativo al cálculo de los costes del personal facilitados por LACERA, el importe de licitación como se puede ver en el acta de la mesa de contratación de la Universidad de Vigo con fecha 30 de agosto de 2019 página 2, era de 635.024,50 euros y la oferta económica presentada por LACERA fue de 532.777,50 euros, es decir, con **una baja de 102.247 euros que suponía un 16,10% de baja respecto del importe de la licitación.**

El segundo, expediente 309/20, que se tramita como consecuencia de la Resolución Rectoral que acordó iniciar la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la prestación del servicios de limpieza en esos edificios de la Universidad de Vigo incluidos en el lote 7 del expediente 315/19, el importe de licitación se elevó hasta los 657.563,18 euros y, en cambio, la oferta económica presentada por LACERA, como se puede consultar en la Plataforma de Contratación del Estado¹⁹, fue de 505.331,7 euros, es decir, con **una baja de 152.231.47 euros que suponía un 23,15% de baja respecto del importe de la licitación.**

Se deduce de ello que al tener que repetir la licitación, por haberse detectado la falsedad de la información facilitada por LACERA sobre los costes laborales del personal a subrogar, LACERA presentó una oferta económica mas baja en el segundo expediente cuando, en cambio, el importe de la licitación era mas elevado. El importe de la licitación se había incrementado en un 3,55 % (22.538,68 euros) y LACERA rebaja su oferta económica en 27.445,8 euros, un 5,15%.

Por ello, de no haberse repetido la licitación podría haberse adjudicado a LACERA²⁰ el contrato de limpieza por una cantidad superior a la que se le adjudicó posteriormente, con evidente perjuicio al juego y la finalidad de la contratación pública. LACERA trató de utilizar su posición de poder que se derivaba de ser la prestadora actual del servicio (por lo que solo ella podía facilitar a la Universidad información real sobre las condiciones y costes laborales del personal subrogable) para volver a ser adjudicataria de un contrato de limpieza de ciertos edificios, pervirtiendo la finalidad de mejora en la provisión de bienes o servicios públicos que persigue la licitación por parte de las administraciones, con daño a la prestación del servicio y con un mayor coste que, para las cuentas públicas, hubiera supuesto el éxito de su empeño, afectando, con ese comportamiento, al interés público.

¹⁹ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/bc4cb209-2149-4dee-8238-f0b901292412/DOC_CAN_ADJ2020-027939.pdf?MOD=AJPERES

²⁰ Porque como hemos visto, la oferta económica presentada por SAMAIN habría podido ser excluida por estar incurso en baja anormal por no cubrir los costes laborales previstos en el convenio colectivo sectorial.

En tercer lugar, como ya señaló a CGC en su Resolución 1/2016, de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Concello de Lugo,

“(...) la conducta denunciada resulta contraria a los principios que han de regir la contratación pública de bienes y servicios. Como es conocido, el legislador viene realizando en los últimos años un enorme esfuerzo para modernizar la normativa que rige la contratación en el sector público de manera que se maximice la eficiencia en el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte da Administración. Conductas como la que se examina en el presente procedimiento, dirigida a manipular la contratación de un servicio por parte de una Administración Local, atenta directamente contra dicho impulso normativo, lo que sin duda permite concluir que la conducta falsea la competencia en perjuicio del interés público”.

En este caso, la actuación de LACERA informando sobre el coste de trabajadores adscritos a la concesión distinto de los que en la realidad estaban realmente adscritos, **falseó la libre competencia por cuanto afectó a la capacidad de competir de las demás empresas y alteró el funcionamiento del mercado de un contrato de gestión de servicio público limitando dicha capacidad y afectando de forma perjudicial al interés público.**

Hay que recordar que en la práctica de la Autoridad Nacional de la Competencia la afectación a ese interés público no solo lo es cuando se produce desde una dimensión “cuantitativa” (por el volumen de mercado) sino también, y cada vez más, cuando se produce desde una dimensión “cualitativa”. En este sentido hay que citar la Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 (Expediente 535/02, Eléctrica Eriste) en la que se indica que no obstante la dimensión del mercado, que era muy reducida e inferior al municipal (en un ayuntamiento en el que su población era inferior en esas fechas a los 2.500 habitantes), declaró la conducta como falseamiento de la libre competencia por actos desleales que distorsionó gravemente la competencia en el mercado con afectación al interés público. La Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de noviembre de 2005 en la que resolvió sobre el recurso contra la Resolución anterior (recurso 315/2003) afirma que:

“la afectación del interés público la estos efectos no está ligada al tamaño de la infracción o del mercado en el que se lleva a cabo, sino que debe tenerse en cuenta la dimensión del acto de competencia desleal que provoca el falseamiento de la competencia”.

En este caso el ilícito desleal por parte de LACERA se produjo en el ámbito de una contratación pública convocada por la Universidad de Vigo que alteró el proceso de contratación, ya que detectada por la Mesa de contratación, obligó a pedir un informe a una empresa externa, y con el objetivo de preservar el derecho a la libre concurrencia y evitar cualquier perjuicio a los posibles licitadores, así como para garantizar la seguridad jurídica y el principio de publicidad, se consideró ajustado a derecho **desistir del procedimiento de adjudicación antes señalado**, sin perjuicio de iniciar un nuevo procedimiento de licitación.

En conclusión, podemos afirmar que la actuación de LACERA afectó, y de forma clara al interés público por falsear la competencia. Y lo afectó, como explica este Pleno, por múltiples motivos, siendo cualquiera de ellos suficiente para dicha consideración.

6.4.2.- LA CONDUCTA CONSTITUYE UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Ya vimos que la conducta investigada fue apta para afectar al interés público por falsear significativamente la competencia. Ahora examinaremos si es un acto de competencia desleal.

Los actos desleales a los que se refiere el art. 3 de la LDC no son otros que aquellos que de acuerdo con la legislación de competencia desleal sean merecedores de tal calificación jurídica. Pero también es cierto que algunas resoluciones del TDC se ampararon en otras normas distintas de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), acudiendo incluso al Código Civil y considerando como desleales actuaciones que implicaban abuso de derecho y su ejercicio antisocial de acuerdo con el art. 7.2 del Código civil²¹. En este caso también incluimos como desleal la infracción del art. artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

6.4.3. NORMAS INFRINGIDAS QUE CALIFICAN EL ACTO COMO DESLEAL

Este Pleno considera que las normas infringidas por la actuación de LACERA son las siguientes:

Primero. - Art. 15 de la LCD

El art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) sanciona como tal a infracción de normas.

“Artículo 15. Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

3. Igualmente, en el marco del dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.”

21 Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 8 de julio de 1992, Expediente 294/91, Aceites I.

El precepto distingue dos supuestos en función de la norma que resultó infringida. Por un lado, cuando se trata de “normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”, por lo que la mera infracción de esas normas constituye un acto de competencia desleal. Por otro lado, cuando estamos en presencia de normas que no revisten dicha naturaleza, la infracción solo se reputa desleal cuando la conducta antijurídica genera una ventaja competitiva significativa para el infractor de la que no disfruten los que cumplieron con la legalidad. “Considerara desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa”.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2011 dispone que:

“Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material. Pero así como en el supuesto descrito en el apartado 2 las mismas han de tener por objeto a regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quien en él participan, las normas a las que se refiere el supuesto del apartado 1 no integran el ordenamiento concurrencial, razón por la que legislador -que no pretende sancionar cómo desleal toda clase de violación normativa- exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva, de la que por eso mismo, no disfrutarán quien optara por cumplir el mandato legal por aquel desatendido - al respecto, sentencias 512/2005, de 24 de junio, 1348/2006, de 29 de diciembre y 311/2007, de 23 de marzo -. Solo en este supuesto la conducta ilícita se entiende que afecta al correcto funcionamiento del mercado, falseándolo.

En un caso - el previsto en el apartado 2 - se considera que el normal desarrollo del sistema concurrencial sufre con la misma infracción, mientras que en el otro - el previsto en el apartado - la causa de la perturbación no es esta, sino la obtención de un beneficio del que no disponen los agentes cumplidores, pues no se toleran las ventajas competitivas obtenidas con el incumplimiento de normas generales.”

La norma infringida que atribuyó una ventaja competitiva a LACERA es el artículo 130 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.

La sentencia de 5 de noviembre de 2021 del TSJG afirma, refiriéndose al antiguo art. 120 de la LCSP cuya función cumple hoy el art. 130 de la LCSP, que:

“Resta precisar que el art. 120 LCSP, como se viene a reconocer finalmente por la actora en el escrito de conclusiones, forma parte del bloque de normas que regulan el derecho concurrencial, en la medida en que impone unos deberes que sirven para la instrucción de un expediente para proceder a una licitación de un contrato público a lo que cualquier empresa del sector podrá concurrir en régimen competitivo.”

El actual artículo 130 LCSP impone al actual adjudicatario de un contrato público (incumbente), el deber de facilitar al órgano de contratación información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación obligatoria.

Como ya tuvo ocasión de destacar la CGC en su citada Resolución de 8 de julio de 2020, en el caso Arriva,

“(…), para poder presentar sus respectivas ofertas económicas, los licitadores deben conocer el coste real de las prestaciones objeto del contrato, lo cual se hará constar en el pliego de condiciones formulado por el órgano de contratación. Si el número de trabajadores subrogables que presenta la empresa que presta el servicio es superior a los que deben ser realmente subrogados, los licitadores que quieren concurrir tendrán que asumir costes innecesarios que –en su caso- puede llevarles a desistir de presentarse a la licitación, o adjudicado su favor la licitación tendrán que desistir del contrato por la imposibilidad de asumir las subrogaciones y sus costes o podrán llegar a ser excluidos por resolución del contrato de la Administración convocante de la licitación por no cumplir con el pliego de condiciones y con la normativa.”

Como señala la Junta Consultiva de Canarias en su Informe 2/2013²² la finalidad del artículo 120 del anterior TRLCSP²³ (finalidad que hoy cumple el art. 130 de la Ley 9/2017) radica en que:

“(…) los licitadores cuenten con todos los datos necesarios para realizar una adecuada y completa evaluación de los costes de las prestaciones objeto del contrato, de tal forma que dispongan de todos los factores a tener en cuenta para presentar sus proposiciones económicas ajustadas a la realidad de las características y circunstancias específicas del contrato a adjudicar.”

Esta necesidad de que todos los licitadores tengan la información completa de todos los costes laborales en que los que eventualmente tendrán que subrogarse, de acuerdo con lo previsto en el art. 120 del anterior TRLCSP ha llevado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 96/2015 de 30 de enero de 2015, a afirmar que:

“Así pues, en contratos como el que nos ocupa, los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores

22 Informe 2/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de fecha 5 de marzo de 2013, sobre si se debe iniciar o no procedimiento para declarar la prohibición para contratar de una determinada empresa que no ha llegado a formalizar un contrato adjudicado, así como devolver o no la garantía definitiva constituida en el correspondiente procedimiento. Se puede consultar en http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/Inf-2013-02-Ausencia-Formalizac-Contrato-Adjudicatario_tcm58-16619.pdf

23 Que imponía a la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tuviese la condición de empleadora de los trabajadores afectados la obligación de proporcionar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, finalidad que hoy cumple el art. 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.”

Este mismo criterio debe de mantenerse respecto del actual art. 130 de la LCSP.

En consecuencia, cabe afirmar que el cumplimiento de la obligación de informar de forma completa veraz y actualizada de las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida que artículo 130 de la Ley 9/2017 impone al actual titular del servicio, **es un factor esencial que permite el correcto funcionamiento del concurso público.**

En este caso LACERA incumplió su obligación de facilitar al órgano de contratación información exacta, real y actualizada sobre la situación de los trabajadores subrogables ya que envió datos sobre trabajadores que no eran verdaderos y que afectaba, al menos, a los señalados como nº 9, 11, 19 y 21.

En definitiva, y como ya afirmo esta CGC en otras resoluciones, “(...) el *Texto Refundido de la Ley de Contratos do Sector Público -y más concretamente su artículo 120 -(hoy 130 da Ley 9/2017) tienen por objeto regular la actividad concurrencial en el marco de la contratación pública de bienes y servicios y, por consiguiente, la infracción del mismo constituye per se un acto de competencia desleal por infracción de normas.*”

Como señala la Subdirección de Investigación en su propuesta de Resolución, “En este caso LACERA incumplió su obligación de facilitar al órgano de contratación la información exacta y real sobre los trabajadores objeto de subrogación y sus circunstancias personales con relevancia a los efectos de la citada norma (artigo 130 LCSP), determinar los costes básicos e ineludibles do contrato para cualquier licitador y para la propia Administración licitante”

Por todo ello, este Pleno considera que se ha infringido el art. 15 de la LCD en relación con el art. 130 de la Ley 9/2017.

Segundo. - Art. 4 de la LCD

El art. 4 da Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD) sanciona como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias da buena fe.

“Artigo 4. Cláusula general.

1.- Si reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. (...).”

Como indicamos en la Resolución 8 de julio de 2020:

“La buena fe es la conducta socialmente considerada cómo ejemplar. El ejercicio conforme a la buena fe de los derechos implica que han de ejercitarse de acuerdo con una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado (Diez Picazo y Gullon). El principio de la buena fe constituye uno de los cuatro principios fundamentales del derecho natural, junto a equidad, la “naturaleza de las cosas” y la naturalis ratio, como había dicho, entre otros muchos, J. Esser (De los Mozoz). Además, como señala este mismo autor, los deberes que resultan de aplicar la buena fe, no son deberes morales, sino concretos deberes jurídicos como cualquier otro.”

En definitiva, lo que implica la buena fe es que el ejercicio de los derechos debe de ejecutarse de acuerdo con el modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado. En el presente caso, la empresa denunciada no actuó de buena fe en sus obligaciones como anterior titular de la prestación del servicio que daba origen a la licitación objeto de esta Resolución, facilitando los verdaderos datos de los trabajadores que podrían ser subrogados. Como concluye el completo Informe externo encargado por la Universidad de Vigo a la empresa PILOT CCS, relativo al *“Análisis de las manifestaciones elevadas por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente no veraz en el listado de subrogación del lote 7 del expediente 315/2019”*, la información facilitada por la empresa al órgano de contratación de la Universidad de Vigo, ratifican las sospechas que, al menos, los datos de cuatro trabajadores no eran correctos. No fue una conducta que pueda considerarse honesta y adecuada ni desde el punto de vista social ni desde el punto de vista de sus obligaciones como anterior concesionario del servicio. Por eso, este Pleno considera que existen elementos en el comportamiento de la empresa denunciada que acredita que actuó contra las mínimas exigencias de “buena fe”. Hay que destacar que LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. es una de las grandes empresas del sector, con más de 70 millones de euros de facturación anual durante el año 2020, con cerca de 4000 empleados, con amplia experiencia en presentación de ofertas en licitaciones públicas (como se comprueba consultando la Plataforma de Contratación del Sector Público) por lo que no puede alegar, ausencia de mala fe en la transmisión que hizo de esos datos falsos a la Universidad. Tampoco es admisible entender que todo se debió a un error porque, como también hemos visto, ese alegado error sobre los costes laborales no solo lo tendría que haber cometido al indicar un dato en el informe que envió a la Universidad, ese error se tendría que repetir en otros muchos datos que LACERA facilitó a la Universidad (salario bruto mensual, parte proporcional de las pagas extras, importe de la base de cotización, importe Seguridad Social a cargo de la empresa....) y ese pretendido error se tendría que haber repetido en distintos momentos sucesivos de la licitación (en el momento de realizar la comunicación a la Universidad de Vigo de esos datos, en el momento de analizar los pliegos, en el momento de realizar su oferta), lo que unido al pleno conocimiento de los costes reales del contrato porque era ella era la adjudicataria del mismo en el momento de salir a licitación (como la propia LACERA alega en el expediente 309/20) y teniendo en cuenta que con ese pretendido error obtenía una ventaja competitiva frente al resto de licitadores en una

contratación pública, acreditan un comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En este mismo sentido la Subdirección de Investigación señala en su Propuesta de Resolución que a los efectos de valorar la aplicación de los artículos 4 y 15 LCD, el examen del expediente permite constatar los siguientes elementos básicos en la conducta imputada a LACERA:

“1º.- no envió en su día la información que se le requería a pesar de disponer incluso de un formulario específico, claro y sencillo, que no albergaba duda acerca de por qué y para qué se le requería la información y acerca de cual debía ser el contenido de la información requerida;

2º.- LACERA se presentó a la licitación con una oferta que respondía a los datos reales que solo ella conocía y que debía conocer ex artículo 130 LCSP, el órgano de contratación como base para preparar la licitación y por lo tanto los demás potenciales licitadores.

3º.- Que LACERA no advirtió a la Administración de la posible existencia de ningún error en la información suministrada hasta que le fue requerida expresamente, a consecuencia de la evaluación que de las demás ofertas estaba haciendo la mesa de contratación, asistida por la empresa contratada al efecto.

4º.- La relevancia de la inexactitud de la información aportada por LACERA llevó la Uvigo, como órgano de contratación responsable, a desistir de la licitación en curso e iniciar un nuevo procedimiento, con los costes y dificultades que eso representa para la propia Uvigo y para los demás licitadores.

Para evaluar la conducta de LACERA en el ámbito de la LDC y de la LCD es preciso partir de la condición de empresa de LACERA y por lo tanto de su especial responsabilidad en el mercado en el que actúa. El hecho de aportar una información que no responde a lo que se le requería y que se le solicitó en tiempo y forma de manera clara y precisa no se puede considerar irrelevante desde la perspectiva de la aplicación de la normativa de competencia, sino que debe considerarse como el incumplimiento de un deber legal exigible de manera individual e indisponible, en su condición de adjudicatario de un contrato que se iba a licitar de nuevo.

La condición de empresa de LACERA, incluso como sociedad anónima, impone la necesidad de exigirle la diligencia debida en sus actuaciones en el tráfico mercantil (el Código de Comercio aludía de manera rica y variada esta especial responsabilidad del empresario, con expresiones ya clásicas a lo que se debe esperar de quien asume la condición de empresario (el “ordenado empresario”, del Código de Comercio), mas rigurosa que la que el Código Civil preveía para el ciudadano en el empresario por no remitirnos a la “Due Diligence” exigible en materia de sociedades de capital, categoría a la que pertenece como sociedad anónima la empresa LACERA”.

Esta falta de concurrencia de buena fe por parte de una empresa cuando esta suministra datos falsos a la Administración sobre los trabajadores subrogables en una contratación pública fue apreciada por el TSJG en su sentencia de 5 de noviembre de 2021 al desestimar la demanda interpuesta contra la Resolución 3/2020 de 8 de julio de 2020, Arriva Noroeste S.L., (en la actualidad Arriva Galicia):

“Dicho esto, no se comparte la concurrencia de buena fe reputada por la actora, primero por el conocimiento que tenía del contenido que le imponía el art. 120 LCSP (...) Y en segundo término porque, derivado del anterior, no podía ser desconocedora de las adversas consecuencias que para la competencia tenía esa omisión, en la medida en que la subrogación de un trabajador impone una consecuencia económica más gravosa para la ejecución del contrato que su inexistencia.

(...)

facilitar una información que ocultando estos extremos, la demandante incurrió en una conducta que excedió de la simple equivocación y faltó a la buena fe que en este ámbito, como indica a STS de 2/2/1996, en su FX 8º se sintetiza en que falta cuando, entre otras situaciones “se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación”

En conclusión, y vistos los preceptos de la legislación de competencia desleal infringidos por la actuación de LACERA (art. 15 e art. 4) y la infracción del artículo 130 de la Ley 9/2017, este Pleno considera que lo que ejecutó la empresa denunciada fueron actos de competencia desleal que falsearon la libre competencia.

6.5. RESPUESTA A LAS ALEGACIONES FORMULADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Antes de analizar las alegaciones este Pleno quiere manifestar su rechazo frente a ciertas expresiones realizadas por la denunciada en su escrito de alegaciones en los que pone en duda la objetividad del órgano de investigación. Así en la página 13 afirma “(...) ausencia de imparcialidad y objetividad del Órgano Instructor (...)”; en la página 5 al señalar que no se analizó en la Propuesta de Resolución la versión de la denunciada considera que la conclusión del órgano de instrucción “(...) solo pueden calificarse de parcial y subjetiva” y en la página 18 en la que dice que la Subdirección de Investigación al dar por correcta la conclusión alcanzada por la consultora externa, lo hace sin realizar “un análisis imparcial y contradictorio de las alegaciones de la empresa denunciada”.

Esta grave acusación contra el Órgano de instrucción del expediente es rechazada por este Pleno. El firmante del escrito, quizás para multiplicar la fuerza de sus argumentos, utiliza estos términos que no corresponden con la labor realizada por la Subdirección de Investigación en este expediente y lo hace sin acreditar esas afirmaciones, por lo que podría

entenderse que la razón de las mismas se pudiera encontrar en la no aceptación por el órgano de instrucción de las alegaciones que, para su defensa, formula la empresa LACERA. Este Pleno considera que la empresa puede defender sus posiciones sin tener que recurrir a este tipo de expresiones contra el funcionario público por el simple hecho de no darle la razón en sus alegaciones. Además, pone en duda un principio básico, el de imparcialidad del órgano instructor, sin acreditar sus argumentos ni demostrar ni explicar sus razones.

Siguiendo el esquema formulado por la propia empresa distinguiremos las siguientes alegaciones:

1º.- Nulidad de la Propuesta de Resolución por vulneración del derecho de defensa y transgresión del principio de culpabilidad.

En este sentido afirma la existencia de vicios procedimentales que se han producido en la investigación y en el texto de la propia Propuesta de Resolución.

a.- Sobre la omisión en el expediente instruido ante esta Comisión del escrito de manifestaciones de 25 de octubre de 2019, así como de los documentos aportados, en ese trámite, por la empresa denunciada ante la Universidad de Vigo, señalar que sí existen esos documentos en el Expediente, que este Pleno los ha podido examinar, que ha podido estudiar las argumentaciones que en defensa de su postura y en base a esos documentos formula LACERA y los ha tenido en cuenta a los efectos de dictar la presente Resolución.

b.-Sobre la no inclusión en la relación de hechos de la Propuesta de Resolución del referido escrito de 25 de octubre de 2019, señalar que la misma no tiene que recoger todos los hechos y que sí aparece citado al referirse al contenido de la Resolución Rectoral de 02/12/2019 y a las alegaciones de LACERA al PCH. Señalar que LACERA ha intervenido en todos los momentos el procedimiento de acuerdo con lo establecido en la LDC y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), y así pudo examinar el expediente, formular alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (PCH) y formularlas también a la Propuesta de Resolución. Estas alegaciones las recibió, y estudió, este Pleno. A las alegaciones al PCH contestó, como está previsto normativamente, el órgano de instrucción.

Se han seguido todos los trámites previstos en la LDC y en el RDC. Se elaboró un Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que se notificó a los interesados al que LACERA presentó alegaciones; se tuvo en cuenta la prueba que el órgano de instrucción consideró necesaria; la denunciada podría haber propuesto más pruebas, pero lo que no hizo; se formuló por el instructor la Propuesta de Resolución que fue notificada a LACERA para que pudiera presentar alegaciones, lo que hizo. Y Con ellas, el expediente fue remitido a este Pleno.

El principio de contradicción o de *audi alteram partem* implica que no puede recaer decisión sobre una acusación sin que se haya producido su traslado a la otra parte y se le haya brindado la oportunidad de participar de forma activa en el procedimiento. Supone que se brinde al interesado, en este caso LACERA, la posibilidad de estar presente en todo el expediente

y de que pueda ofrecer su punto de vista sobre los hechos y las cuestiones jurídicas que en el mismo se plantean. El Tribunal constitucional ha mantenido la necesaria vigencia del principio de contradicción que se traduce en la exigencia de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos como señala en su sentencia 52/1984, de 2 de mayo:

“El derecho a la defensa reconocido en el mencionado precepto constitucional, se traduce en la exigencia de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos”

Este principio implica que cada actuación que se lleve a cabo dentro del procedimiento de defensa de la competencia en orden al esclarecimiento de los hechos, ha de ser trasladada al denunciado para que éste pueda emitir su opinión y alegaciones sobre ella, lo que ha sucedido en este expediente. Pero es que LACERA no solo ha realizado alegaciones al PCF y a la propuesta de Resolución, también ha podido, y así ha sucedido, pedir la vista del expediente y ha podido solicitar las prácticas de las pruebas que considerase pertinentes en la defensa de sus derechos.

Por estas razones debe de rechazarse esta alegación, ya que sí se respetó el principio de contradicción.

c.- Sobre la ausencia en la Propuesta de Resolución de un verdadero análisis de las alegaciones formuladas por la parte denunciada al PCH, la propia denunciada señala que la Subdirección de Investigación sí realizó una valoración de sus alegaciones al PCH, que él califica como genérica, (*“A falta de un análisis de detalle de los argumentos de LACERA, el Órgano Instructor sí incorpora, en cambio, una valoración genérica de las alegaciones de la denunciada”* página 6 del escrito de alegaciones de LACERA a la Propuesta de Resolución) pero que no fueron admitidas por el Órgano de instrucción. En su escrito se recogen las alegaciones formuladas por LACERA así como la valoración jurídica de las mismas, es cierto que esa valoración no lo es en el sentido que defiende la empresa denunciada, pero su rechazo no significa su falta de análisis.

En cuanto a la alegación de que se ha modificado la infracción imputada a LACERA, de la Propuesta de Resolución en relación con el Pliego de Concreción de Hechos, debe de señalarse que la infracción de la LDC que se le imputa en ambos documentos es la del art. 3. Y no se ha variado en ningún momento en el expediente.

La PCH señala en la página 17 que “Los hechos que este órgano de instrucción considera probados en este expediente sancionador apuntan a la comisión de una infracción recogida en el artículo 3 LDC, de falseamiento de la libre competencia por actos desleales respecto de la licitación pública por la Universidad de Vigo para el servicio de limpieza respetuoso con el medioambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo - lote 7”

Y en la Propuesta de Resolución se afirma en la página 42 que “ Que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 3 LDC, constitutiva de infracción, desarrollada por la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (...)”.

Por ello debe de rechazarse esta alegación.

Otra cosa totalmente distinta de la infracción de la LDC que se le imputa a LACERA es la de determinar, de acuerdo lo previsto en el art. 3 de la LDC y el criterio mantenida por la doctrina y la jurisprudencia sobre los requisitos que debe de cumplirse para la aplicación de ese art. 3, cuales han sido las normas infringidas que califican el acto como desleal.

d.- Sobre la vulneración del principio de culpabilidad y presunción de inocencia, la denunciada señala que su actuación se basa en un involuntario error al suministrar los datos a la Universidad de Vigo, error que se arrastró durante la presentación de la oferta, que hubo ausencia de culpabilidad o de intencionalidad en sus actos, que no existió intención de beneficiarse y que no concurrió el requisito de deslealtad.

En la Propuesta de Resolución, la Subdirección de Investigación señala que existen los siguientes elementos básicos en la conducta imputada a LACERA:

“La condición de empresa de LACERA, mismo como sociedad anónima, impone la necesidad de exigirle la diligencia debida en las actuaciones en el tráfico mercantil (el venerable Código de Comercio aludía de manera rica y variada a esta especial responsabilidad del empresario, con expresiones ya clásicas a lo que se debe esperar de quien asume la condición de empresario (el “ordenado empresario”, del Código de Comercio), mas rigurosa que la que el Código Civil preveía para el ciudadano no empresario 7, por no remitirnos a la “Due Diligence” exigible en materia de sociedades de capital, categoría a la que pertenece como sociedad anónima la empresa LACERA.

Esta especial responsabilidad de la empresa hace irrelevante a los efectos de tipificación de su conducta entrar a valorar su intencionalidad o no en los hechos acreditados toda vez que la conducta es sancionable mediara o no intencionalidad deliberada de infringir la normativa a la que como empresario estaba sujeta la empresa LACERA en su giro o tráfico mercantil”²⁴

La empresa denunciada quiere entender esta expresión como la admisibilidad en la Propuesta de Resolución de un supuesto de responsabilidad objetiva, que implicaría la ausencia de cualesquier elemento volitivo, cuando a lo que se refiere la Subdirección de Investigación es exclusivamente a la intención deliberada de infringir, es decir al dolo, indicando que exista o no dolo la conducta es sancionable ya que siempre lo sería por culpa. Ello es conforme a lo previsto en el artículo 63.1 de la LDC que condiciona el

²⁴ Negrilla añadida que no aparece en la Propuesta de Resolución original.

ejercicio de la potestad sancionadora a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

Como sabemos, en el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible un cierto elemento volitivo, lo que exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor para la imposición de la sanción, que es lo que se indica en la Propuesta de Resolución²⁵

Pero también es cierto que en el ámbito de las personas jurídicas, como es en este caso la empresa denunciada, debe de tenerse en cuenta las peculiaridades de su propia naturaleza que va a influir en la determinación de si concurre o no el elemento de la culpabilidad, ya que éste se deberá de aplicar de manera distinta y diferente a como se hace respecto de las personas físicas. De manera reiterada lo han señalado los tribunales, llegando a afirmar el Tribunal Constitucional en su sentencia 246/1991, de 19 de diciembre²⁶ que:

“(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma”

En este mismo sentido el Tribunal Supremo ha establecido que la culpabilidad en el ámbito de aplicación de la LDC debe tener en cuenta las particularidades lógicas que implica la naturaleza de ellas mismas²⁷:

“En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 193/2007, de 26 de marzo, que esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Esa capacidad de infracción conduce a la reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz.

25 Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

26 Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992)

27 Sentencia del TS de 22 de mayo de 2015, en el asunto France Telecom (Orange) nº rec 95/2014.



Así se ha afirmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la capital STC 246/1991 de 19 de diciembre. La responsabilidad a efectos sancionadores de las personas jurídicas existe sin que por ello abandone el Alto Tribunal el elemento de la culpa, necesario en nuestro Estado de Derecho. El principio de culpabilidad no impide que el Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a cómo se hace respecto de las personas físicas.”

Y el mismo criterio mantiene la Audiencia nacional al señalar en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 8 de julio de 2018 que:

“QUINTO.- La parte recurrente alega que no concurre el elemento de la culpabilidad para justificarla procedencia de la estimación de la demanda.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios del orden penal, entre los que se encuentra el de culpabilidad, son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, al ser ambos manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987, 150/1991), y que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia (SSTC 76/1990 y 164/2005).

El principio de culpabilidad, garantizado por el artículo 25 de la Constitución, limita el ejercicio del ius puniendi del Estado y exige, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de junio , que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar e principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STS de 1 de marzo de 2012, Rec 1298/2009).

Ciertamente, el principio de culpabilidad, previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Obviamente, ello supone que dicha responsabilidad solo puede ser exigida a título de dolo o culpa, quedando desterrada del ámbito del derecho administrativo sancionador la llamada "responsabilidad objetiva", y comprendiendo el título culposo la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable. Esta "simple inobservancia" no puede ser entendida, por tanto, como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus



sentencias de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983) y la doctrina del Tribunal Constitucional(después de su STC 76/1990), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las propias exigencias inherentes a un Estado de Derecho, por lo que se requiere la existencia de dolo o culpa (en este sentido STS de 21 de enero de 2011, Rec 598/2008).

No obstante, el modo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De modo que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad, éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Según la STC 246/1991 " (...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma " (en este sentido STS de 24 de noviembre de 2011, Rec 258/2009)."

Y concluye que habrá que atender al criterio de la exigibilidad de otra conducta diferente para concluir si concurre o no el elemento de la culpabilidad en la conducta de la empresa sancionada.

Este Pleno considera que a la empresa LACERA era exigible una conducta diferente de la que tuvo en el expediente que motiva esta Resolución (número 315/19 lote 7) como explotador que hasta ese momento era del servicio de limpieza, que volvía a salir a licitación. Así LACERA debería de haber aportado a la Universidad de Vigo toda la información precisa, suficiente y actualizada para que todas las empresas que concurrieran a la licitación pudieran conocer cuales eran los costes laborales reales que tendrían en el momento en que el nuevo adjudicatario empezase a prestar el servicio, costes reales que LACERA, como adjudicataria del anterior concurso, conocía perfectamente y en este sentido declaró, como hemos visto, para justificar la presunción de anormalidad de la oferta que presentó en el Expediente 309/20.

Ha quedado acreditado que LACERA suministró datos falsos e incompletos de varios trabajadores subrogables. Que esa comunicación de datos que no respondan a la realidad la reconoce la propia empresa respecto de 3 de los trabajadores. Que esos datos eran determinantes en la hora de fijar la posición de las empresas para la adjudicación del contrato. Que la cuantía económica de los datos mal facilitados por LACERA sobre los costes laborales de los trabajadores subrogables eran superiores a las diferencias económicas que hubieran sido determinantes a la hora de adjudicación del contrato entre los licitadores mejor posicionados en ese expediente. Que solo la diligente actuación de la

Mesa de Contratación de la Universidad de Vigo, que estimó que la información facilitada por LACERA y que había sido tomada como referencia para diseñar el contrato y, por lo tanto, los que tuvieron en cuenta los licitadores cuando presentaron sus ofertas, no eran ciertos fue lo que impidió que la empresa consiguiera su objetivo, al desistir la Universidad del expediente. Todos estos hechos anulan esa presunción de inocencia demostrando al culpabilidad de la empresa.

La empresa, como ha quedado acreditado, actuó con intención de obtener un beneficio de esa conducta reprochable, consciente de que su actuación, que aunque solo fuese por culpa, le reportaría la ventaja en la licitación pública. Resulta además irrefutable que estamos ante una empresa con una dilatada y sobrada experiencia en la contratación pública, ya que una parte importante de su negocio se centra en este ámbito. Por tanto, es una empresa que conoce perfectamente los principios que inspiran los procedimientos públicos de contratación y las reglas que rigen en su tramitación, por lo que el Pleno no aprecia motivos de los que pudiera derivarse que esa empresa pudiera desconocer que con su actuación se estaba quebrantando las reglas sobre el procedimiento competitivo en las licitaciones públicas y, en particular, el acceso al mercado de potenciales competidores impidiendo que otras empresas pudiesen concurrir a las licitación en igualdad de condiciones que LACERA.

En cuanto a la alegación de vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) debemos recordar que esa presunción se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas, lo que implica una mínima actividad probatoria que puede ser directa o indiciaria, lo que ha sucedido en este expediente.

Por ello debe de rechazarse estas alegaciones y apreciar la concurrencia del elemento volitivo de la infracción.

e.- Sobre la ausencia de motivación en la determinación de la sanción impuesta y la falta de rigor en la cuantificación de la multa, se examinara al ver la sanción.

2º.- Ratificación a las alegaciones al PCH e inexistencia de infracción imputada.

a) En relación con los datos de los trabajadores facilitados por LACERA esta señala que el trabajador 21 prestaba servicios en el momento en que facilitó la información a la Universidad de Vigo y que ese operario ya trabajaba en la Universidad de Vigo antes de que LACERA supiera que se le requeriría por la Universidad de Vigo el listado de todo el personal subrogable a los efectos de sacar a licitación ese servicios de limpieza.

Sobre esto ultimo señalar que la empresa LACERA:

a) sabía perfectamente cuando finalizaba el contrato que, aunque admitía prorroga, no era obligatoria para la Universidad de Vigo y, conociendo eso el 5 de abril de

2019 ese trabajador fue incorporado como indefinido a tiempo parcial en el centro objeto del contrato.

b) por la próxima finalización del contrato, sabía que tendría que aportar ese listado de personal subrogable.

c) como empresa con una dilatada y sobrada experiencia en la contratación pública, conocía que es una obligación impuesta por el art. 130 de la LCSP que la empresa que venga efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar tenga que proporcionar la relación de trabajadores subrogables, y que esa relación se solicita en el momento en que, próxima la finalización del plazo del contrato, sale éste a licitación.

c) sabía que un servicio, como el de limpieza, no era opcional de sacar o no a concurso para una administración universitaria.

Por lo tanto, LACERA conocía la fecha de finalización del contrato, la norma contenida en el art. 130 de la LCSP y la obligación que en el mismo se impone y podría saber perfectamente cuando, aproximadamente, se le podría requerir emitir ese informe. Además, se trata de un servicio (limpieza de edificios administrativos, Bibliotecas universitarias, centros de investigación) sobre el que no existe ninguna duda de la necesidad de que deba de seguir prestándose por lo que la Universidad no tendría otra opción que la de convocar la licitación.

Por todo ello no puede alegar que hizo la incorporación con desconocimiento de que se le podría requerir el informe.

La alegación de que el trabajador nº 21 prestaba servicios en el momento de emisión del informe requerido por la Universidad de Vigo es cierto, estaba de alta en la empresa con un contrato indefinido a tiempo parcial, pero, como hemos señalado, también es cierto que ese trabajador dejó de estar de alta en la empresa el 11 de septiembre de 2019, en medio del procedimiento de licitación del contrato, lo que no notificó LACERA a la Universidad de Vigo para que ésta se pudiera corregir un dato tan importante que afectaba a un trabajador que estaba incluido en la lista de subrogables con un contrato indefinido a tiempo parcial, cuando ya no era subrogable. Al no hacerlo, de todas las empresas que podían concurrir a la licitación, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A era la única que conocía la verdad del listado de trabajadores subrogables y los costes de esos trabajadores.

Llama la atención que LACERA en sus alegaciones no explique ni el motivo del porque de la incorporación del trabajador nº 21 cuando el contrato estaba ya finalizando ni el de su salida antes de finalizar el contrato. Tampoco contradice en sus alegaciones la afirmación realizada por PILOT CCS en la que señala que la clave de baja del trabajador nº 21 realizada el día 31 de agosto de 2019 (clave 55 – baja por fusión/absorción de la empresa) es la que se utiliza cuando existe una subrogación, lo que le llevó a declarar a esta empresa contratada por la universidad de Vigo para analizar las manifestaciones de LACERA que “el

trabajador en esa fecha fue cedido por LACERA en subrogación obviamente en otro centro ajeno a la Universidad de Vigo”. Sobre todo ello guarda silencio LACERA.

Toda esta actuación de LACERA lleva a la empresa contratada por la Universidad para analizar las manifestaciones de LACERA (Pilot CCS) a afirmar que:

“... por lo que sin el menor ápice de duda nos encontramos ante lo que en sector se denomina “trabajador fantasma” que es incorporado a un listado con el único fin de engordar el listado e inducir a interpretaciones económicas erróneas a sus competidores”.

También alega LACERA que no fue abordada en la Propuesta de Resolución redactada por la subdirección de Investigación la existencia de situaciones que afirma que son similares a la del trabajador nº 21 que aparecen en otros lotes de la licitación distintos del objeto de este expediente y que por tanto, no forman parte del Expediente sancionador: S 8/2019 Licitación Universidad de Vigo, lo que esta plenamente justificado por ser un tema extraño y ajeno al mismo.

b) En relación con los trabajadores nº 9, 11 y 19 LACERA alega que se trató de un error respecto de algunos datos de dichos trabajadores. Sobre este tema este Pleno ya ha explicado la forma de actuar de LACERA y su valoración respecto de estos tres trabajadores en el apartado de: **“5.- CUESTIONES PREVIAS 5.1.- Condiciones laborales de los trabajadores subrogables”**. Pero debemos señalar que este Pleno cree muy correcto lo recogido en la Propuesta de Resolución de la Subdirección de Investigación que califica el reconocimiento del error por la empresa denunciada como de carácter reactivo y no proactivo, ya que el reconocimiento de lo que LACERA afirma ser un simple error, se produce después de múltiples actuaciones por su parte en las que no es explicable, en un proceso deductivo que se base en un enlace racional, que no hubiese detectado, de existir, ese presunto “error” como son:

1º) En el momento de realizar la comunicación que LACERA hace a la Universidad de Vigo, a requerimiento de ésta, de los datos del personal subrogable.

2º) En el momento de examinar los pliegos de la licitación donde se recogían los datos facilitados por LACERA, que esta empresa tuvo que consultar para presentar su oferta.

3º) En el momento de elaboración y presentación por la propia LACERA de su oferta a la nueva licitación de ese lote 7, que exigiría a LACERA una valoración de los costes laborales de los trabajadores subrogados para presentar su oferta y, por tanto, un examen de las condiciones de esos trabajadores subrogables que aparecían en el pliego.

En cualquiera de esos momentos debería de haber detectado LACERA lo que argumenta ser un “error” y no lo hizo. Algo difícil de explicar en una empresa con un volumen de negocio como LACERA y con su experiencia en la contratación pública.

c) LACERA alega también que no hubiera obtenido la adjudicación de ese Lote 7 ya que otra empresa (SAMAIN) había presentado una oferta mas barata, que no aprovechó ese supuesto conocimiento privilegiado para presentar la mejor oferta y que se realizan afirmaciones subjetivas en la Propuesta de Resolución que se dan por acreditadas.

En primer lugar indicar que no siempre el autor de una infracción del derecho de la competencia obtiene el resultado que con esa actuación ilícita pretende conseguir. La violación de la LDC no asegura el éxito al infractor ni es garantía de la obtención de un resultado favorable. Pero ello no es razón para exonerar de la condición de responsable a ese operador. Este expediente es un ejemplo de como se trunca los resultados perseguidos con una actuación anticompetitiva por la reacción de la propia administración que se vería perjudicada por el ilícito. Pero aunque la licitación se hubiera resuelto y la empresa LACERA no fuera adjudicataria del contrato de limpieza ello no quiere decir que esa empresa quedase exonerada de culpa. El fracaso de la operación realizada para obtener ese beneficio infringiendo la LDC no sana ni limpia el acto de la infracción del art. 3 de la LDC.

Esta idea se recoge en la sentencia del TSJG de 5 de noviembre de 2021 que desestima la demanda interpuesta contra la Resolución 3/2020 de 8 de julio de 2020, Arriva Noroeste S.L., (en la actualidad Arriva Galicia) en la que frente a la alegación de que ARRIVA de que no había obtenido la adjudicación del contrato lo que demostraría que ninguna ventaja había adquirido al facilitar información falsa sobre los trabajadores subrogables, señala que:

“La eventualidad de que de esa ventaja no se derivara la adjudicación del nuevo servicio a la actora excede de este procedimiento y es algo que depende de la globalidad de los factores que inciden en la adjudicación del servicio, pero es innegable que la actora pudo afinar mejor en su decisión económica en la oferta derivada de su conocimiento preciso de los trabajadores a subrogar”

En segundo lugar, como ya hemos señalado, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. al facilitar unos datos de costes laborales del personal subrogable superiores a los reales gozó de una enorme situación de privilegio ya que podría ajustar su oferta económica, que tenía una ponderación del 95% en los criterios de la adjudicación, haciéndola muy competitiva, ya que sabría que los costes laborales de los trabajadores subrogables eran inferiores a los previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), de acuerdo con los datos que ella misma había facilitado. Es cierto que la oferta de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. no era la más económica, ya que lo era más la de la empresa SAMAIN, por una diferencia de poco más de 3.500 euros. Pero en caso de ser excluido SAMAIN, la adjudicación sí sería para LACERA.

Como hemos visto, los costes laborales del personal subrogable que ofertaba SAMAIN eran inferiores a los previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por lo esta empresa probablemente, de haber continuado el proceso de licitación, hubiera sido excluida del mismo, algo que ya se había iniciado por la Mesa de Contratación como consta en la documentación. De haber sucedido ello, y una vez excluido SAMAIN por no respetar los costes laborales previstos en el PPT, LACERA resultaría adjudicataria del contrato.

La ventaja económica que la suministración de esos datos incorrectos le hubiera reportado a LACERA se demuestra, como hemos visto, comparando el expediente 315/19 con el expediente 309/20:

En el primero, que fue al que desistió la Universidad de Vigo por que estimaba que había existido una infracción no subsanable de las normas de contratación pública en lo relativo al cálculo de los costes del personal facilitados por LACERA, el importe de licitación era de 635.024,50 euros y la **oferta económica presentada por LACERA fue de 532.777,50 euros**, es decir, con una baja de 102.247 euros que suponía un 16,10% de baja respecto del importe de la licitación.

En el segundo, expediente 309/20, que se tramita como consecuencia de la Resolución Rectoral que acordó iniciar la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la prestación del servicios de limpieza en esos edificios de la Universidad de Vigo incluidos en el lote 7 del expediente 315/19, el importe de licitación se elevó hasta los 657.563,18 euros y, en cambio, **la oferta económica presentada por LACERA fue de 505.331,7 euros**, es decir, con una baja de 152.231.47 euros que suponía un 23,15% de baja respecto del importe de la licitación.

Comparando ambos, se observa que al tener que repetir la licitación por haberse detectado la falsedad de la información facilitada por LACERA sobre los costes laborales del personal a subrogar, LACERA presentó una oferta mas baja en el segundo expediente cuando el importe de la licitación era mas elevado.

Por tanto, de no haberse repetido la licitación podría haberse adjudicado a LACERA el contrato del servicio de limpieza por una cantidad superior a la que se le adjudicó posteriormente, con evidente perjuicio al juego de la contratación pública, con un mayor coste para las cuentas de la Universidad y un beneficio para LACERA.

Por ello debe de ser rechazada esta alegación.

d) LACERA alega que hasta cuatro licitadores presentaron una oferta económica cuyo coste de personal era inferior al resultante de los cálculos realizados por Pilot CCS que se había elaborado a partir de esos datos incorrectos facilitados por la propia empresa LACERA y que esas bajas eran muy superiores a la desviación producida por los datos incorrectos facilitados por LACERA por lo que, concluye, que no ha tenido lugar efecto perturbador para la competencia.

Hemos de señalar que de los datos de la documentación se concluye que la oferta presentada por LACERA era la segunda mas baja en la licitación. En sus alegaciones para justificar que en nada influiría en la licitación el haber facilitado incorrectamente los verdaderos costes del personal ya que ello no implicaría ventaja alguna para LACERA, solo tiene en cuenta una parte de la oferta económica (costes de personal) y no la oferta económica total que presentaron las empresas.

LACERA al ser la única empresa conocedora de los verdaderos costes del personal de todas las que concurrían a la licitación, y conocedora de que la cuantía de costes laborales fijadas en el PPT eran inferiores a la realidad, tenía por ese motivo la capacidad de presentar una oferta económica que, por un lado, fuera lo suficientemente alta para que no infringiera lo previsto en el convenio colectivo (que hubiera supuesto su probable exclusión de la licitación) y por otro lado, que fuera lo suficientemente baja para resultar adjudicataria del contrato pues sabía que en los costes de personal existían cantidades que nunca se destinaran a pagar a los trabajadores.

Por ello debe de rechazarse esta alegación.

e) Alega LACERA que no existe afectación al interés público.

En esta Resolución existe un apartado específico en relación con la afectación al interés público y a el nos remitimos para rechazar esta alegación.

3º.- Inaplicación de los criterios de graduación del art. 64.1 de la LDC y del principio de proporcionalidad. Transgresión de la indicaciones de la CNMC. Referencia a la prohibición de contratar.

Las alegaciones en relación a la sanción se examinara al fijar esta y lo mismo respecto de la prohibición de contratar.

6.6. RESPONSABILIDAD. INFRACCIÓN DE LA LDC

De acuerdo con los principios que rigen el Derecho administrativo sancionador, el artículo 63.1 b de la Ley de defensa de la Competencia exige que las empresas sean autoras, de forma negligente o deliberada, de las conductas previstas en la LDC. Sobre él particular, la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2004, relativa al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, dispone que:

“como decíamos en nuestra sentencia de 2 de febrero de 2004, antes citada, en el presente caso la claridad de la norma reguladora de la prestación de servicios profesionales en el territorio nacional, es clara y terminante, regula directamente los requisitos de tal ejercicio, y establece un régimen concreto para el mismo, por ello la diligencia exigible del Colegio, engloba la aplicación del nuevo régimen que por sus términos no requería de un desarrollo normativo ulterior para su aplicación ni reviste una especial complejidad en su interpretación. Concurrió pues, al menos, negligencia en la conducta”.

La normativa que regula la contratación pública es clara en el sentido de reconocer la necesidad de garantizar el principio de libre competencia entre las empresas interesadas en

proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Así lo reconoce, entre otros, el artículo 1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

En estas condiciones era necesario exigir a la empresa denunciada diligencia en el cumplimiento de lo preceptuado en el art. 130 de la LCSP, absteniéndose de aportar datos inexactos en la licitación y facilitando a la Universidad de Vigo información precisa, suficiente y actualizada para que todas las empresas que concurrieran a la licitación pudieran conocer cuáles eran los costes laborales reales que tendrían en el momento en que el nuevo adjudicatario empezase a prestar el servicio.

Examinados los antecedentes y los Fundamentos de derecho se puede afirmar que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. al suministrar información que no era cierta al órgano de contratación de la Universidad de Vigo respecto del número y condiciones laborales de los trabajadores subrogables en el Expediente 315/2019 “SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO - LOTE 7” incumpliendo lo previsto en el art. 130 de la LCSP, ha infringido art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) por suponer un acto de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público, por lo que la infracción se debe de calificar como grave de acuerdo con el art. 62.3 c) de el texto de la LDC aplicable en este procedimiento²⁸.

6.7. SANCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.4 LDC, practicados los actos de instrucciones necesarios, la Subdirección de Investigación formulará propuesta de

²⁸ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. («BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2021). En su Disposición transitoria primera. Apartado 1 señala que “1. A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de los artículos primero, segundo, y disposiciones finales primera y segunda de este real decreto-ley no les será de aplicación el mismo, rigiéndose por la normativa anterior.”

resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes. Dicha propuesta incluirá, en los expedientes sancionadores en materia de competencia incoados a partir de 2 de octubre de 2016 “la sanción que se proponga” en los términos señalados en el artículo 89.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Se consideró por la Subdirección de Investigación la comisión por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. de una infracción del artículo 3 LDC.

6.7.1.- SANCIÓN PROPUESTA Y CÁLCULO DE LA MISMA

En este expediente se ha declarado la existencia de una infracción grave (art. 62.3.c) del texto de la LDC anterior a la reforma introducida en esa ley por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, ya que, como hemos visto, la Disposición transitoria de ese Real Decreto -ley señala que no será aplicable a los procedimientos que, como el presente, se encontrasen ya iniciados antes de su entrada en vigor²⁹.

Según el texto del artículo 62.3, letra c) de la LDC aplicable a este procedimiento, son infracciones graves:

“c) El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 de esta Ley.”

Conforme a ello LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. podrá ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.b), esto es, el año 2020.

Así, el artículo 63 LDC dispone, a los efectos del presente caso lo siguiente:

“1. Los órganos competentes les podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por descuido, infrinjan el dispuesto en esta ley las siguientes sanciones:

[...]

b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”

²⁹ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. («BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2021). En su Disposición transitoria primera. Apartado 1 señala que “1. A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de los artículos primero, segundo, y disposiciones finales primera y segunda de este real decreto-ley no les será de aplicación el mismo, rigiéndose por la normativa anterior.”

6.7.2.- ALEGACIONES

Como se recogió en los antecedentes, se formularon alegatos por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. a la Propuesta de Resolución elaborada por la Subdirección de Investigación y notificada las partes.

Entre esas alegaciones están algunas relativas a la cuantía de la sanción que ahora se contestan.

Las alegaciones presentadas por LACERA en relación con la sanción y su cuantía son, quizás, las mas extensas de todos las que presenta en su escrito de 23 de noviembre de 2020. Las plantea en dos puntos distintos del mismo, ya que por un lado la realiza en la páginas 14 y 15 dentro del bloque de la primera alegación y como alegación propia en la tercera de las que presenta en su escrito (pp. 27 a 39).

a) Sobre la alegación de desaparición de la empresa como consecuencia de la sanción. Alega LACERA que la imposición de la multa propuesta por la Subdirección de Investigación llevaría consigo su desaparición de la empresa, lo que es contrario al criterio establecido en la STS de 9 de diciembre de 2015.

Con independencia de que la cuantía de la sanción se determinará en esta Resolución y por este Pleno, señalar LACERA no explica las razones para alegar que la sanción propuesta por la Subdirección de Investigación lleve consigo la disolución de la sociedad, no aporta documentación económica ni de ningún otro tipo justifique tan radical consecuencia, no aporta estudios que puedan amparar esa afirmación ni aporta cuentas anuales ni ningún documento de la empresa que justifique esa alegación. Por lo que debe de rechazarse. Si la posibilidad de que la cuantía de la sanción planteada en la Propuesta de Resolución pudiera llevar consigo la desaparición de la empresa, una mínima diligencia exigible a una prudente administrador de la sociedad mercantil le obligaría a la presentación de toda aquella documentación que pudiera demostrar el riesgo que esa sanción conlleva a la viabilidad económica de la empresa, lo que no ha sucedido en este caso. Si debemos de destacar que con los datos que dispone este Pleno, se ha producido un importante incremento de facturación de la empresa en un año tan complicado como fue el 2020, ya que paso de 65.087.628,84 € en el año 2019 a 70.165.500,37 € en el 2020, lo que supone un incremento de 5.077.871,53 €, es decir, un 7,8% de crecimiento en la facturación en un año.

Debe por ello rechazarse esta alegación.

b) Sobre la falta de análisis de los criterios de graduación de la multa. Señalar que será en esta Resolución en la que se determinará la cuantía de la multa y la fijación de los criterios para la determinación del importe de la sanción valorando tanto la propuesta presentada por la Subdirección de Investigación como las alegaciones presentadas por el representante legal de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A, con la extensión y determinación necesaria, de acuerdo con los criterios contemplados en el art.64 de la LDC y la Jurisprudencia del TS.

En la Propuesta de Resolución contiene criterios que se tuvieron en cuenta para la determinación de la sanción al no apreciar circunstancias atenuantes ni agravantes en el mercado afectado, la diferencia entre los datos aportados y los que se consideran ajustados. Criterios que se amplían en esta Resolución, por lo que esta alegación debe de ser rechazada.

c) La alegación de que “(...) **aunque la Universidad no hubiera desistido de la licitación, LACERA nunca habría obtenido un beneficio ilícito.**” debe de ser rechazada.

Indicar que es en este momento (fijación del importe de la multa) cuando esta alegación tiene sentido ser planteada y no en el momento en que se quiere acreditar que no se ha cometido el ilícito ya que éste se produce con independencia del beneficio económico que el mismo le genere al infractor.

Como hemos visto en esta Resolución, no es cierto que si la Universidad no hubiera desistido del contrato la empresa LACERA, no hubiera obtenido un beneficio lícito, ya que además de la probabilidad de ser adjudicataria del contrato implicaría el cierre de ese mercado a las empresas competidoras durante el periodo en que el mismo estuviera vigente. Por tanto, debe de rechazarse esta alegación.

d) Sobre la alegación de que no debe de ser el importe de la facturación de la empresa el parámetro para la fijación de la misma por ser un criterio inadecuado. Así señala que:

“(...) la inadecuación de la utilización de dicho parámetro valorativo, en la medida que el mayor o menor volumen de negocio de una sociedad, no tiene relación alguna con la gravedad de la conducta, ni con las circunstancias concretas referidas a la infracción que se le imputa, y que como ya se ha razonado, la inclusión de dicho criterio en el artículo 63 LDC responde a la fijación de un máximo legal, y cuya finalidad última es establecer un tope legal para evitar que la sanción pueda aparejar la desaparición de las empresas.”

Esta alegación debe de ser rechazada ya que, como hemos visto, ese es el criterio adoptado por la LDC en su art. 63, del cual no puede apartarse este Pleno en sus resoluciones. Otra cosa distinta es la graduación del importe a lo que se refiere el art. 64 de la LDC.

Con independencia de ello, este Pleno considera muy correcto que el criterio establecido en la LDC para fijar la imposición de la multa por infracción del derecho de la Competencia venga determinada por el volumen de negocios total de la empresa (hoy tras la reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, no aplicable a este procedimiento, se señala que será un tanto por ciento del volumen total mundial de la empresa), es decir, por la situación económica del infractor. Considera este Pleno que esta es la forma mas justa de hacer recaer sobre el operador económico infractor las consecuencias de su ilícito, evitando que con la fijación por ley de cantidades fijas con independencia de su facturación pudiese hacer perder las finalidades que, como señala la Comisión Europea, persigue la multas como son castigar y disuadir al infractor. Ello se produciría en los casos en los que,

por ser una cantidad fija máxima establecida con dependencia de la facturación del infractor, para un gran operador la infracción no le causaría especial perjuicio por su elevado volumen de negocios con lo que perdería la multa su finalidad disuasoria y de castigo y, en cambio, para otros operadores, con una facturación mucho mas reducida, si cumpliría sobradamente esas finalidades. El empleo de la regla de la situación económica del infractor como criterio para la determinación del importe de la sanción es, además, utilizada en el Código Penal (arts. 50 y 52) y en otros ámbitos del derecho administrativo sancionador como el tributario (art. 203 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112)

“(...) Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción).”

e) Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, la empresa pide la reducción de la cuantía en atención al principio de proporcionalidad. Debemos de decir que en esta Resolución se detallaran, con carácter pormenorizado, la adecuación entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción.

6.7.3. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA SANCIÓN

La conducta descrita está tipificada como infracción graves, conforme al ya citado artículo 62.3, letra c) de la LDC.

En relación con el cálculo del importe de la sanción debe tenerse en cuenta el dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112) que, a tal efecto, dispone:

“La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 añadió de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente

intentaban reducir el volumen de ventas a tan solo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.”[...]

“En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecue el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción.

Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/20 07”.

Sobre la base de estas premisas es preciso llegar a la conclusión de que la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre desde lo “0%” hasta el “5%” del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución, es decir, en el año 2020 (70.165.500,37 €).

El volumen de negocios total de la empresa declarada responsable correspondiente el año 2020 ha sido de 70.165.500,37 €, por lo que el importe máximo de la multa no podrá superar la cantidad de 3.508.275,02 €.

La sanción debe determinarse partiendo de los criterios de graduación previstos en el artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sanción deberá de cumplir la finalidad de efectividad y capacidad disuasoria frente a la posible comisión de ilícitos anticompetitivos por parte de los operadores económicos de tal manera que no solo no obtengan un beneficios de esa actuación, que se produciría cuando el coste de la sanción fuese inferior a los beneficios obtenidos de cometer la misma sino que se debe de incrementar ese efecto disuasorio a cuotas superiores teniendo en cuenta el beneficio esperado de esa actuación ilícita (económico o de cierre de mercado a otros operadores, como sucede en este expediente) y el factor de la probabilidad de detección de la conducta infractora (que no hubiera sido detectado sino fuera por la actuación de la Universidad de Vigo). En este sentido la ya citada STS de 29 de enero de 2015 señala en su Fundamento Jurídico noveno que:

“Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005 , recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002, respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que “[...] la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 [tampoco explícitamente en la Ley 15/2007], puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992 ”.

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación “beneficio esperado” menor al “coste de la sanción”, añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras.”

Pero también la sanción deberá de atender al principio de proporcionalidad que como indica el TS en su sentencia de 3 de diciembre de 2008 (Roj: STS 7158/2008 – ECLI:ES:TS:2008:7158) en su Fundamento de derecho segundo, comporta que:

“(...) cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido “

Como señala el Auto de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2021(Rec.1481/2019) la proporcionalidad, como concepto general, presupone conceptualmente una comparación, de tal manera que para su apreciación es consustancial que esa proporción se establezca de acuerdo con una aproximación al concepto gramatical recogido en el diccionario de la Real Academia Española que lo define como “la conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”.

Al mismo tiempo, el parámetro de la proporcionalidad, como criterio para la imposición de la sanción, exige que la CGC justifique y acredite las circunstancias que concurren en el infractor para imponer esa concreta sanción. Como señala la STS de 24 de abril de 2012 (STS 2996/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2996) que:

“(...) al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, (así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de Diciembre de 1981 , 3 de Febrero de 1984 y 19 de Abril de 1985), los factores que han de presidir

su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en las circunstancias concurrentes.

Es en este ámbito, en el que juega, precisamente, un papel extraordinariamente clarificador la motivación del concreto acto administrativo sancionador y en la medida en que la misma habrá de definir, no sólo las circunstancias modificativas de la responsabilidad apreciadas y probadas, sino, además, la específica razón que entiende la Administración concurre para, en los márgenes otorgados por la ley, imponer una concreta sanción.”

En conclusión, la sanción que este Pleno impondrá a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A, deberá de cumplir con las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria respetando el principio de proporcionalidad.

Partiendo de estas premisas, los criterios por medio de los cuales se determinan las sanciones en nuestro ordenamiento deben también respetar las exigencias del artículo 64 de la LDC en su interpretación ofrecida por el TS.

En este caso, toda vez que

a) Que el mercado afectado es de la prestación de servicios de limpieza, conservación y mantenimiento de edificios y complejos especiales tanto públicos como privados.

b) Que la empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A, como hemos visto, fue la octava empresa de España por facturación en el año 2019 en el sector de limpieza general de edificios de acuerdo con el ranking elaborado por el Economista.es, ya que facturó más de 65 millones de euros ese año. En el año 2020 la facturación de LACERA se incrementó hasta los 70.165.500,37 euros. Señalar que, de acuerdo con los datos del Informe económico y de competitividad ARDAN 2021, el sector de servicios a edificios e instalaciones de Galicia, constituido por 246 empresas, tuvo unos ingresos de explotación de 223,73 millones de euros. LACERA es, además, una empresa que tiene en plantilla 4.000 trabajadores y que tiene una gran experiencia en la presentación de ofertas en los concursos ante las administraciones públicas como lo acredita la Plataforma de Contratación del Sector Público.

c) Que el mercado geográfico afectado por la infracción es, como se señal en esta Resolución, el ámbito de la licitación de referencia.

d) La duración de la infracción ha tenido lugar desde la fecha de reclamación por la Universidad de Vigo de la información requerida de acuerdo con el art. 130 de la el 23 de abril de 2019 hasta el 31 de julio de 2020 fecha de adjudicación del nuevo contrato de “Servicio de limpieza respetuoso con el medio ambiente y con la seguridad y salud laboral en los servicios generales y de investigación: biblioteca central, CACTI, Ecimat, MTI, edificio de gerencia (servicios generales), Rectorado, Parque móvil, Torre módulo 2 y 5 y servicio de deportes (excepto nuevo CACTI-CINBIO-ANIMALARIO” Expediente 309/20, que tuvo que

ser convocado tras desistir la Universidad del procedimiento que da lugar a esta Resolución por la irregular actuación de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

e) La conducta, como hemos visto, ha tenido el efecto (art 64.1.e) de excluir de una licitación pública, a otras ofertas competitivas presentadas por empresas que en caso de que hubiera facilitado correctamente los datos LACERA habrían podido ser consideradas por la Universidad de Vigo en la adjudicación de la licitación. La actuación de LACERA ha implicado el alterar los estándares de anormalidad de las bajas al informar de unos costes laborales por encima de los reales y hubiera implicado un incremento de gasto, como hemos visto, para la Universidad de Vigo en caso de no haberse detectado la conducta ilícita de LACERA por una denuncia de otra empresa y la actuación diligente de la Universidad de Vigo.

f) La actuación ilícita desarrollada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S.A. en ese expediente le hubiera reportado el beneficio de cerrar el mercado de esa licitación durante el tiempo de duración del contrato al resto de empresas competidoras que concursaron. Además hubiera implicado un beneficio muy especial para la empresa, ya que no tendría los beneficios económicos derivados de la adjudicación de esa contratación sino un plus de beneficio ya que sabía que los costes reales del contrato (era la única empresa que tenía esa información) eran inferiores a los que ella misma había facilitado a la Universidad y que aparecían en el Pliego. Es cierto que esto no tuvo lugar, pero hay que señalar que ello no fue por una actuación de LACERA que persiguiese reparar el daño sino que fue consecuencia de la gestión de la Universidad de Vigo que desistió del contrato y frustró las intenciones de LACERA.

Pero también es cierto que esa actuación no fue neutra para LACERA, implicó un beneficio, ya que la Universidad de Vigo, que tuvo que desistir de la licitación de ese contrato de limpieza pero tenía que continuar con la prestación de ese servicio en varios centros universitarios (edificios administrativos, Bibliotecas universitarias, centros de investigación), se vio obligado a prorrogar el contrato con LACERA hasta el 31 de julio de 2020. Ello significó que la actuación ilegal de LACERA al suministrar datos falsos a la Universidad implicó un beneficio económico para la empresa, con la prórroga del contrato durante 11 meses y el cierre de esa licitación a las otras empresas hasta esa fecha.

g) Para determinar la gravedad de la conducta debe considerarse la existencia de un aparente cumplimiento de la normativa de contratación al aportar LACERA los datos establecidos en el art. 130 de la LCSP de forma que no correspondía a la realidad y que de no ser por la denuncia de otra empresa nunca hubieran sido detectados.

La conducta de LACERA tenía por objetivo el alterar una contratación pública convocada por la Universidad de Vigo por medio de la suministración de datos incorrectos sobre un determinado número de trabajadores subrogables, cuando, uno de los principios que persigue el derecho de la competencia en materia de contratación pública es el de la máxima concurrencia de licitadores en igualdad de condiciones cuando una Administración recurre al mercado para abastecerse de bienes y servicios, lo que la actuación de LACERA quiso cercenar

La valoración de la densidad antijurídica de la conducta que hemos visto conduce a este Pleno a considerar que, si bien el reproche sancionador debe ser efectivamente disuasorio, el principio de proporcionalidad exige que esa sanción se sitúe en el tramo inferior de la escala cuando se tiene en conjuntamente en cuenta, como en esta Resolución se realiza, los rasgos característicos de la infracción cometida y las características de la empresa responsable.

En efecto, estamos ante empresas cuya facturación es elevada, y tal y como hace notar el Tribunal Supremo, aunque resulta adecuado al principio de proporcionalidad y a la finalidad disuasoria atender a la facturación total de la empresa como manifestación directa de su capacidad económica, no puede descartarse que en algunos casos la sanción impuesta a empresas con una facturación particularmente elevada deba ser modulada para su adecuación al principio de proporcionalidad.

Para calcular el importe de la multa se deberá de tener en cuenta los siguientes datos :

1º.- Comparando el expediente de licitación 315/19 de la Universidad de Vigo (que da origen a esta Resolución y del que desistió la Universidad) con el expediente de licitación 309/20 (que se convocó tras ese desistimiento) se observa que:

En el primero, expediente 315/19 que fue del que desistió la Universidad de Vigo, el importe de licitación era de 635.024,50 euros y **la oferta económica presentada por LACERA fue de 532.777,50 euros**, es decir, presentó una oferta con una baja de 102.247 euros que suponía un 16,10% de baja respecto del importe de la licitación.

En el segundo, expediente 309/20, que se tramita como consecuencia de la Resolución Rectoral que acordó iniciar la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la prestación del servicios de limpieza en esos edificios de la Universidad de Vigo incluidos en el lote 7 del expediente 315/19, el importe de licitación se elevó hasta los 657.563,18 euros y, en cambio, **la oferta económica presentada por LACERA fue de 505.331,7 euros**, es decir, con una baja de 152.231.47 euros que suponía un 23,15% de baja respecto del importe de la licitación.

De acuerdo con esos datos la diferencia entre la baja que presentó LACERA al expediente 315/19 y la que presentó al expediente 309/20 fue de 49.984,47 euros.

Ademas LACERA para poder ser adjudicataria del contrato en la segunda licitación tuvo que hacer una baja superior (23,15%) a la que hizo en la primera licitación (16,10%).

Ademas, para la segunda licitación con un importe mas alto que la primera (657.563,18 euros frente a los 635.024,50 euros de la primera) presentó LACERA una oferta económica mas baja (505.331,7 euros en al segunda frente a los 532.777,50 euros de la primera) en 27.445 euros, cantidad de la que se habría beneficiado LACERA de no ser detectadas u ilegal actuación.

Todo ello acredita que LACERA en la segunda licitación para poder ser adjudicataria del contrato tuvo que presentar una oferta económica mas competitiva y mas baja que la que había presentado en la primera licitación, de tal manera que de no existir la actuación de la Universidad LACERA hubiera obtenido un importante lucro económico como consecuencia de la ocultación de los datos reales de los costes del personal subrogable. Es curioso que en la segunda licitación, cuando los datos aportados ya eran correctos, LACERA presentase una oferta económica mas baja (27.445 euros menos) cuando el precio de licitación era más elevado (22.538,68 euros mas alta).

2º.- Además, como hemos visto, la Universidad de Vigo se vio obligada a prorrogar el contrato que tenía vigente con LACERA hasta el 31 de julio de 2020, un contrato que quería licitar y que no pudo por tener que desistir. Ello implicó por un lado, alterar la intención de una Administración pública de sacra al mercado un contrato y, por otro, un beneficio económico para LACERA con la prorroga del contrato durante 11 meses y el cierre de esa licitación a las otras empresas hasta esa fecha por lo que se establece una multa .

Ese contrato era el del *Lote 6* del expediente 315/2017 de la Universidad de Vigo, relativo al servicio de limpieza a realizar en el “*Campus de Lagoas Marcosende: Servicios generales y de investigación: Biblioteca central, anexo a Xerencia (antiguo CACTI), ECIMAT, Edificio de Gerencia (Servicios centrales), Rectorado, parque móvil, Torre módulo 2 e 5 y Servicio de Deportes. MTI*” cuyo importe de licitación por dos años era 985.000 euros (492.500 euros por año), de acuerdo con la documentación aportada por la LACERA en sus alegaciones al Pliego de Concreción de hechos.

En base a todo ello, teniendo en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad se considera que la cuantía de la multa a imponer a LACERA debe de ser del 0,25% del volumen de negocios total de la empresa infractora, es decir, **175.413,75 euros**.

Esta cantidad cumplirá las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria al responsable de la comisión de una infracción grave de la LDC respetando el principio de proporcionalidad, aplicando los criterios establecidos en el art. 64 de la LDC.

6.8. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La prohibición de contratar fue introducida en el ordenamiento jurídico por la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que modificó los artículos 60 y 61 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015³⁰. La postura más común es la de negar la naturaleza sancionadora de estas prohibiciones de contratar considerándose como una medida de protección de la Administración para evitar la celebración de contratos con operadores de

³⁰ Disposición final decimoctava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

conducta que podría clasificarse como reprochable, de acuerdo con la exigencia legal de una singular condición u honorabilidad para contratar con el sector público, lo que debe permitir a las entidades que lo integran excluir de sus relaciones contractuales a aquellos sujetos que no cumplan con dicho nivel de exigencia³¹. La imposición de la misma se supedita al cumplimiento de ciertos presupuestos, entre ellos, a la existencia de una sanción administrativa firme (STS de 14 de septiembre de 2021³²)

6.8.1. IMPOSICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Dispone el Artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de esa Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

“b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia,(...)”

Los artículos 72 y 73 de la LCSP regulan la competencia, el procedimiento y los efectos de las prohibiciones de contratar establecidas en el artículo 71 de la Ley.

En su Propuesta de Resolución la Subdirección de Investigación propone que se acuerde la prohibición de contratar a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

En esta Resolución, que pone fin al procedimiento sancionador y contra la que no cabe recurso alguno en vía administrativa, se pone de manifiesto la responsabilidad de la empresa LACERA por infracción del artículo 3 de la LDC, que debe ser calificada como infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP y, por tanto, dar lugar a la correspondiente prohibición de contratar. En este sentido la CNMC señala la existencia de un cierto automatismo en esta materia que deriva de la propia ley o del contenido de una resolución que declare la infracción, por así establecerlo el art. 71.1.b) de la LCSP. Así en la Resolución de la CNMC de fecha 17 de agosto de 2021 en el Expte. S/0013/19, CONSERVACIÓN CARRETERAS³³ (criterio mantenido en otras resoluciones como la Resolución de 14 de marzo de 2019, en el Expte.

31 “(...) la prohibición de contratar es uno de los efectos de reacción del ordenamiento jurídico a determinadas conductas que se estiman atentatorias a la buena fe y confianza que deben presidir las relaciones entre Administración y quienes contratan con ella o aspiran a serlo” (STS de 7 de noviembre de 2006. En este sentido, como señala la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) en su Resolución de 21 de julio de 2020, expediente 100/2018, AEROBÚS esta prohibición de contratar “(...) se fundamenta en la exigencia legal de una singular condición de honorabilidad para contratar con el sector público de manera que la empresa no debería tener acceso, con un alcance y duración determinados, al mercado de las licitaciones públicas. La actuación infractora de las empresas antes mencionadas excluye la honorabilidad exigida en las relaciones con la Administración en el ámbito de la contratación pública”.

32 STS de 14 de septiembre de 2021, nº de recurso 6372/2020, ponente Diego Córdoba Castroverde.

33 Resolución de la CNMC de fecha 17 de agosto de 2021 en el Expte. S/0013/19, CONSERVACIÓN CARRETERAS; Fundamento Jurídico Octavo, p. 242. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3660083_15.pdf

S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS³⁴ y la Resolución de 20 de junio de 2019 en el Expte. SAMUR/02/18 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA³⁵) señala la CNMC que:

“(…) cabe identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que deriva ope legis o como mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP”

La prohibición de contratar debe tener una duración y alcance determinados por lo que, en el caso de que los mismos no se determinen expresamente en la resolución administrativa o judicial correspondiente éstos deberán ser fijados en un procedimiento *ad hoc* al que se refiere el art. 72.2 LCSP. En la medida en que esta Resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar, deberá determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de esta Resolución a la *Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia*, al margen de la posibilidad de que esta Comisión pueda ser consultada o pueda emitir informe sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan a dicha Junta Consultiva graduar la duración y el alcance de la prohibición para la empresa.

Por último señalar que la propia LCSP recoge en su art. 72.5 la posibilidad de las empresas de presentar medidas de autocorrección o de “self cleaning. La Exposición de Motivos de la LCSP afirma que la misma “transpone las denominadas por las Directivas Comunitarias como «medidas de autocorrección», de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley” Ese art 72.5 dispone que las empresas que quieran acogerse a esas medidas deberán acreditar el pago o compromiso de pago de la sanción que la autoridad de competencia le haya impuesto, así como tendrán que adoptar “medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones”.

6.8.2 ALEGACIÓN

Alega LACERA falta de motivación en la prohibición de contratar, señalando que no puede imponerse como una respuesta automática ante cualquier comportamiento anticompetitivo.

Como hemos visto la prohibición de contratar se concibe como una medida de protección de la Administración para evitar la celebración de contratos con operadores de conducta que

34 Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019, en el Expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS; Fundamento Jurídico Séptimo, p. 319. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2374994_7.pdf

35 Resolución de la CNMC de 20 de junio de 2019 en el Expte. SAMUR/02/18 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA; Fundamento Jurídico Séptimo, p. 136. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2563543_1.pdf

podría clasificarse como reprochable situación que en este caso está justificada por la imposición de una sanción grave por infracción del derecho de la competencia, que se produce no en la esfera de las relaciones entre particulares sino en el marco de una contratación pública y que está amparada en lo dispuesto en el art. 71 de la LCSP. El alcance y duración de dicha prohibición no se establece en esta Resolución, por lo que no se puede alegar sobre ello, ya que se se determinará en el procedimiento que se tramitará por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Galicia en el que LACERA podrá participar y formular alegaciones.

Por eso esta alegación debe de ser rechazada

A la vista de lo expuesto

7. RESUELVE

PRIMERO: Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales consistente en la aportación de información que no era cierta al órgano de contratación de la Universidad de Vigo respecto del número y condiciones laborales de los trabajadores subrogables en el Expediente 315/2019 “SERVICIO DE LIMPIEZA RESPETUOSO CON EL MEDIOAMBIENTE Y CON LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO - LOTE 7” incumpliendo lo previsto en el art. 130 de la LCSP.

SEGUNDO: Declarar responsable de dicha infracción a la mercantil LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S.A.

TERCERO: Imponer la sanción consistente en una multa de **175.413,75 euros**.

CUARTO: Instar a la empresa a que en el futuro se abstenga cometer prácticas como las que constituyen el objeto de la presente Resolución.

QUINTO: Instar a la Subdirección de Investigación de la Comisión Galega da Competencia para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta resolución.

SEXTO.- Remitir esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia de acuerdo con lo previsto en el fundamento de derecho 6.8

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia, remítase certificación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso algún en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.