

RESOLUCIÓN 3/2021 – LICITACIÓN UNIVERSIDADE DE VIGO

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vogal

Dna. Maria Teresa Cancelo Marquez, vogal

En Santiago de Compostela, a 11 de novembro de 2021

A Comisión Galega de la Competencia (CGC) coa composición arriba indicada e sendo relator D. Daniel Neira Barral, dita a presente Resolución en relación co Expediente S 8/2019 Licitación Universidade de Vigo referente a irregularidades no procedemento de adxudicación correspondente ao servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo, pola posible existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

Con data 3 de decembro de 2019, a Xerencia da Universidade de Vigo, remitiu á Comisión Galega da Competencia (CGC) unha copia da Resolución Reitoral, de data 02/12/2019, pola que se acordou desistir do procedemento de adxudicación correspondente ao servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo - lote 7, iniciar inmediatamente a tramitación dun novo procedemento de licitación e dar traslado á Comisión Galega da Competencia de feitos que poderían ser constitutivos de infracción, ao abeiro do Artigo 132.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (LCSP). A citada Resolución Reitoral foi acompañada da copia do Expediente administrativo correspondente á licitación do servizo.

INDICE

1.- ANTECEDENTES DE FEITO.....	3
2. As PARTES.....	8
2.1.- DENUNCIANTE.....	8
2.1.1. UNIVERSIDADE DE VIGO (UVIGO).....	8
2.2- DENUNCIADA.....	9
2.2.1. LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA).....	9
2.3.- INTERESADOS NO PROCEDEMENTO.....	9
2.3.1. DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DA COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (CNMC).....	9
3.- FEITOS PROBADOS.....	9
4. CARACTERIZACIÓN DO MERCADO.....	13
4.1. NORMATIVA SOBRE LICITACIÓN E CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	13
4.2. MERCADO RELEVANTE.....	16
4.2.1. MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO.....	17
4.2.2. MERCADO XEOGRÁFICO.....	18
5.- CUESTIÓN PREVIAS.....	18
5.1. CONDICIÓNS LABORAIS DOS TRABALLADORES SUBROGABLES E INFORMACIÓN FACILITADA POR LACERA.....	18
5.2. INCREMENTO DOS CUSTOS LABORAIS DERIVADOS DOS DATOS FACILITADOS POR LACERA.....	26
5.3. PROPOSTA DO ÓRGANO DE INSTRUCCIÓN.....	29
6.- FUNDAMENTOS DE DEREITO.....	29
6.1. OBXECTO DA RESOLUCIÓN.....	29
6.2. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	30
6.3. LEXISLACIÓN APLICABLE.....	30
6.4. FALSEAMIENTO DA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEAIS.....	31
6.4.1.- AFECCIÓN A O INTERESE PÚBLICO POR FALSEAR SIGNIFICATIVAMENTE A COMPETENCIA.....	31
6.4.2.- A CONDUCTA CONSTITÚE UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL.....	40
6.4.3. NORMAS INFRINXIDAS QUE CUALIFICAN O ACTO COMO DESLEAL.....	41



6.5. RESPONSA ÁS ALEGACIÓNS FORMULADAS Á PROPOSTA DE RESOLUCIÓN.....	45
6.6. RESPONSABILIDADE. INFRACCIÓN DA LDC.....	56
6.7. SANCIÓN.....	57
6.7.1.- SANCIÓN PROPOSTA E CÁLCULO DA MESMA.....	57
6.7.2.- ALEGACIÓNS.....	58
6.7.3. CRITERIOS PARA A DETERMINACIÓN DO IMPORTE DA SANCIÓN.....	60
6.8. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.....	66
6.8.1. IMPOSICIÓN DA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.....	67
6.8.2 A LEGACIÓN.....	68
7. RESOLVE.....	68



1.- ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Que con data 28 de xuño de 2019 aprobouse pola Universidade de Vigo o expediente de contratación pública para a licitación do servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo, mediante procedemento aberto, Expediente 315/2019.

Segundo.- Que con data 3 de xullo de 2019 publicáronse na Plataforma de Contratación do Sector Público tanto o anuncio de licitación como os pregos de contratación.

Terceiro.- Que na acta da sesión da mesa de contratación do 30 de agosto de 2019, ao abeiro do disposto na cláusula 12.7 do prego de cláusulas administrativas particulares, procedeuse, antes de efectuar a clasificación das ofertas, a comprobar as que se atopaban en baixa anormal de conformidade co apartado 16 da HRC ou “Folla Resumen de Características” do prego de cláusulas administrativas particulares.

Nesa mesa de contratación acordouse outorgar un período de audiencia de 5 días hábiles para que os licitadores incursos en baixa anormal presentasen alegacións.

Cuarto.- Que na acta correspondente á mesa de contratación celebrada o 4 de outubro de 2019 recóllese o seguinte:

“SAMAIN SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A.: a xustificación do licitador, en base ás consideracións anteriormente expostas, e a teor do sinalado no informe técnico, non permitiría cumprir coas obrigacións e custos convencionais que esixe o prego, estando por deixado un 13,01% dos devanditos custos o importe que pretende xustificar dita empresa.

Con todo, neste lote, segundo manifesta este licitador, prodúcese unha serie de circunstancias que deben ser atendidas pola mesa de contratación antes de tomar unha decisión sobre a xustificación da baixa.

Como xustificación da súa oferta a empresa SAMAIN fai varias observacións en relación a diversos traballadores da táboa de subrogación presentada no seu día pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A, así expón:

- *Traballador número 6: SAMAIN non contempla custo algún porque este traballador non presta servizo.*
- *Traballador número 9: SAMAIN afirma que este traballador é discapacitado polo que debería aparecer bonificado o importe correspondente á cotización social.*
- *Traballador número 11: SAMAIN advirte de que este traballador ten unha xornada de 35 horas semanais.*

- *Traballador número 19: SAMAIN informa de que este traballador é discapacitado polo que debería aparecer bonificado o importe correspondente á cotización social.*
- *Traballador número 21: SAMAIN non contempla custo algún porque este traballador non presta servizo."*

Quinto.- Á vista do alegado pola empresa SAMAIN SERVIZOS Á COMUNIDADE S.A. a Mesa de Contratación considerou e recolleu na correspondente acta que, de constatare que as manifestacións efectuadas pola empresa SAMAIN son correctas, no sentido de que os datos recolleitos no anexo de persoal a subrogar, facilitados con data 23 de abril de 2019 pola empresa, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (en diante LACERA) no correspondente lote 7 eran falsos, poderíase estar a alterar as condicións da licitación comprometéndose os principios básicos de igualdade, transparencia e libre competencia.

Sexto.- Ante as dúbidas que se suscitaron respecto da veracidade dos datos facilitados pola empresa saínte, a Mesa de Contratación adoptou o acordo polo que se requiría documentación aclaratoria á empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., respecto ao persoal para subrogar derivado do expediente de contratación número 315/17 Lote 6 que era o contrato que daba orixe ao expediente número 315/19 lote 7.

A empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. contestou por escrito de data 25 de outubro de 2019.

Sétimo.- Na sesión da mesa de contratación de data 18 de novembro de 2019 no punto 8, páxinas 8 a 12, analizouse a documentación xustificativa presentada con data 25 de outubro pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., así como o extenso informe externo solicitado pola Universidade de Vigo e elaborado pola empresa PILOT CCS, relativo á "Análise das manifestacións elevadas pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente non veraz na listaxe de subrogación do lote 7 do expediente 315/2019".

A conclusión do devandito informe, que se achegou a esa acta, é a seguinte:

"Polas manifestacións que o 25 de outubro de 2019 fai esta empresa ao órgano de contratación da Universidade de Vigo ratifícanse as sospeitas de que os datos de polo menos catro traballadores non son correctos. Isto é, o 17,39% dos traballadores da listaxe presentaban datos incorrectos ou foron engadidos cando non debían ser engadidos, albergándose dúbidas sobre o motivo da inclusión na listaxe dun quinto traballador (o N° 6).

É neste momento cando debemos traer os datos relativos ao ano 2017 sobre a rendibilidade financeira (beneficio unha vez deducidos os intereses, impostos e posibles gastos financeiros) no sector foi do 7,01% e a rendibilidade económica o beneficio antes de intereses e impostos foi do 3,69%.

*Por todo o exposto, obvia dicir que **un impacto por custos engadidos indebidamente que supoñan o 4,46% comprometen e alteran indiscutiblemente os principios de libre competencia***.¹

Oitavo.- Á vista do informe elaborado por PILOT CCS, a Mesa de Contratación da Universidade de Vigo considerou que existían indicios suficientes para considerar que o concesionario entón vixente –LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.- informou o órgano de contratación duns custos laborais superiores aos que realmente tiña.

Estes datos foron os que se tomaron como referencia ao deseñar o contrato e son os que tiveran en conta os licitadores ao expor as súas ofertas. É por iso polo que se entendeu que na preparación do contrato existía unha infracción non emendable das normas de contratación pública no relativo ao cálculo dos custos do persoal no lote 7, pois existían indicios de que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., facilitaría á Universidade de Vigo información non correcta sobre os custos laborais dos traballadores subrogables que poderían inducir a erro a todos os licitadores interesados no contrato de referencia ofertando un prezo non adecuado ao custo do servizo.

Noveno.- Co obxectivo de preservar o dereito á libre concorrência e evitar calquera prexuízo aos posibles licitadores, así como para garantir a seguridade xurídica e o principio de publicidade, a Mesa de Contratación acordou elevar ao órgano de contratación a proposta de desistir do procedemento de adxudicación antes sinalado e convocar unha nova licitación. Por Resolución Reitoral asinada o 2 de decembro de 2019 acordouse desistir do procedemento de adxudicación e iniciar a tramitación dun novo procedemento.

Décimo.- Con data 3 de decembro de 2019, a Xerencia da Universidade de Vigo, remitiu á Comisión Galega da Competencia (CGC) unha copia da Resolución Reitoral de data 02/12/2019, pola que se acordou desistir do procedemento de adxudicación correspondente ao servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo lote 7 do Expediente 315/2019 e dar traslado á Comisión Galega da Competencia de feitos que poderían ser constitutivos de infracción, ao abeiro do Artigo 132.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP) e do Artigo 23.3 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia.

A citada Resolución Reitoral foi acompañada da copia do Expediente administrativo correspondente á licitación do servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo - lote 7.

Undécimo. - Na Resolución da Xerencia da Universidade de Vigo consta que se acordou o seguinte:

“Primeiro. - Considérase que existiu unha infracción non emendable das normas de contratación pública no relativo ao cálculo dos custos do persoal no lote 7, e por iso,

¹ Subliñado engadido que non aparece no Informe orixinal

en virtude do disposto no artigo 152.4 da LCSP, acórdase a desistencia do procedemento de adxudicación do “SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO - LOTE 7.

Segundo. - Acórdase, así mesmo, ordenar o inicio inmediato da tramitación dun novo procedemento de licitación para a contratación dun “SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO - LOTE 7, para o que se seguirán os trámites dispostos na normativa de contratación que resulta de aplicación. Este novo procedemento publicárase no Diario Oficial da Unión Europea.

Terceiro. - Esta resolución será publicada na Plataforma de Contratación do Sector Público para coñecemento dos posibles licitadores, e a Comisión Europea será informada desta decisión, de acordo co disposto no artigo 152.1 da LCSP.”

Coa comunicación achégase a seguinte documentación:

- Actas das mesas de contratación con datas 23 e 30 de agosto de 2019, 16 de setembro de 2019, 4, 17 e 24 de outubro de 2019.
- Informes externos da empresa PILOT CCS, en concreto:
 - o Informe de valoración do servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e a seguridade e saúde laboral expediente 316/19.
 - o Informe de análise das manifestacións elevadas pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. por posibles impactos por información posiblemente non veraz na listaxe de subrogación do lote 7 do expediente 315/2019 – servizo limpeza.
 - o Informe de valoración das ofertas en valores presuntamente anormais no expediente nº 315/19 para a contratación do servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo (8 lotes).

Duodécimo.- Á vista da información obrante no expediente, o 2 de xullo de 2020, e tras verificarse o trámite de asignación previsto na Lei 1/2002, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia, a Subdirección de Investigación acorda incoar un expediente sancionador contra a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., ante a existencia de indicios racionais dunha posible conduta prohibida pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), de acordo co disposto no seu artigo 49.1 e no artigo 28 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o seu regulamento, en virtude das atribucións que lle confire o artigo 36.2.a) do Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Gallego do Consumo e da Competencia e apróbanse os seus estatutos.

En concreto, os feitos circunscribíense a que a Universidade de Vigo acordaba desistir do procedemento de adxudicación correspondente ao SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO AMBIENTE E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO (Expediente de contratación pública

nº 315/19 – Lote 7), e dar traslado á Comisión Galega da Competencia de feitos que poderían ser constitutivos de infracción da normativa de defensa da competencia, consistentes en que o entón concesionario, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., informaría ao órgano de contratación, de custos laborais superiores aos que realmente tiña respecto do persoal para subrogar, custos que foron os que se tiveron en conta como referencia para deseñar o novo contrato e que foron os que consideraron os licitadores para presentar as súas ofertas, o que lles puido inducir a erro ao elaborar as súas ofertas a partir duns custos laborais non adecuados aos custos reais, falseándose deste xeito as condicións de competencia na referida licitación pública.

Décimo terceiro. - No citado acordo de incoación do 2 de xullo de 2020, comunícaselle a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. tendo a condición de interesados no procedemento sancionador a Universidade de Vigo (Uvigo) e a Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

Décimo cuarto. - Con data 17 de agosto de 2020, o de Director Xeral, en nome e representación da sociedade LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., con C.I.F. A33123498, e domicilio social en Oviedo, C/ Víctor Sáenz 23, baixo, comparece ante esta Comisión e di que, recibindo Acordo de Incoación de expediente sancionador, de data 2 de xullo, se persoa no expediente de referencia e solicita que, para os efectos de poder realizar as alegacións a que se refire a Lei 15/2017, lle sexa permitido o acceso ao expediente e facer copias individualizadas dos expedientes que o integran.

Décimo quinto. - O 30 de setembro de 2020 a Subdirección de Investigación aprobou o Prego de Concreción de Feitos (PCH) que foi notificado ás partes.

Décimo sexto.- O 7 de outubro de 2020 a Subdirección de Investigación requiriu a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. a cifra de negocios do ano 2019. Dita cifra foi achegada pola empresa o 13 de outubro de 2020.

Décimo sétimo. - Con data 21 de outubro de 2020, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. presenta as alegacións a que se refire o artigo 50.3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia.

Décimo oitavo.- Tras analizar as alegacións realizadas polas partes e a documentación achegada, o día 2 de novembro de 2020, a Subdirección de Investigación notifica Proposta de Resolución ao Pleno da Comisión Galega da Competencia acompañada das alegacións que á mesma presentou LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

Décimo noveno. - Con data 11 de novembro de 2021 o Pleno reuniuse para deliberar e aprobar esta Resolución.

Vixésimo. - Son partes interesadas no expediente:

- UNIVERSIDADE DE VIGO.
- LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA).
- DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DA COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (CNMC).

2. AS PARTES

2.1.- DENUNCIANTE

2.1.1. UNIVERSIDADE DE VIGO (UVIGO).

A orixe do presente expediente atópase na remisión a este organismo, pola Universidade de Vigo, da posible existencia dunha práctica anticompetitiva nun expediente de licitación pública que estaba a desenvolver.

A UVigo é unha universidade pública, con autonomía académica, económica e de goberno creada en 1990, que ten como fins prioritarios a consecución das máximas cotas de calidade de docencia e investigación, así como o fomento da procura de novos coñecementos e a transferencia destes á sociedade, a creación artística e o desenvolvemento científico e tecnolóxico. A UVigo ten presenza nos concellos de Vigo, Ourense e Pontevedra, titulacións de grao, dobres graos, mestrados e programas de doutoramento, nunha trintena de centros para a formación e a investigación.

2.2- DENUNCIADA

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

O presente expediente instrúese contra as empresas LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (LACERA), que no ano 2019 era a adxudicataria do Expediente 315/17 – lote 6, que se corresponde coa licitación na que se suscita a posible práctica anticompetitiva (Servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo, Expediente 315/19 - lote 7). Trátase dunha empresa con Domicilio Social na rúa Victor Saenz, 21 - 23 BJ, Oviedo, 33006, Asturias, que desenvolve a súa actividade no epígrafe 8121 - Limpeza xeral de edificios do CNAE.

2.3.- INTERESADOS NO PROCEDEMENTO.

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

A Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da CNMC estipula no artigo 25.1. a) que a Dirección de Competencia exercerá as funcións de instrución dos expedientes tramitados por condutas anticompetitivas. Conforme ao anterior, é parte interesada neste procedemento a Dirección de Competencia da CNMC. A CNMC, de acordo co disposto nos artigos 1 e 2 da LCNMC, é unha entidade de Dereito público con personalidade xurídica propia e plena capacidade pública e privada, actualmente adscrita ao Ministerio de Asuntos Económicos e Transformación Dixital, que "ten por obxecto garantir, preservar e promover o correcto funcionamento, a transparencia e a existencia dunha competencia efectiva en todos os mercados e sectores produtivos, en beneficio dos consumidores e usuarios ". Actuará no desenvolvemento da súa actividade e para o cumprimento dous os seus fins con autonomía orgánica e funcional, plena independencia das Administracións Públicas, e sometemento a esta Lei e ao resto do ordenamento xurídico. A Lei 1/2002 establece no seu artigo 5.3 que, ao obxecto de procurar a aplicación uniforme da LDC, o Servizo de Defensa da Competencia (actualmente, Dirección de Competencia, da CNMC) poderá comparecer, en calidade de interesado, nos procedementos administrativos tramitados polos órganos de defensa da competencia das Comunidades Autónomas.

3.- FEITOS PROBADOS

Conforme ao Prego de Concreción de Feitos notificado ás partes e reproducido na proposta de Resolución elevada ao Pleno da Comisión Galega da Competencia considéranse acreditados e relevantes para a resolución deste expediente os seguintes feitos:

Primero.- A Universidade de Vigo, que é unha entidade do sector público, convocou ao abeiro da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), a licitación pública para a adxudicación do "SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO (Expediente nº 315/19), polo trámite común e o procedemento aberto.

Segundo.- Que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., era a adxudicataria do lote 6 no previo expediente de contratación pública nº 315/17, que se correspondía co lote 7 do Expediente nº 315/19 para a adxudicación do "SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO.

Terceiro.- Que ao abeiro do disposto no artigo 130 LCSP requiriuse á empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., que era a concesionaria saínte no contrato que se estaba licitando no correspondente lote 7 (que se correspondía co anterior expediente 315/17 – lote 6) para que completase o formulario Anexo P (persoal adscrito ao servizo de limpeza), para que manifestase o número e os traballadores afectados por unha posible subrogación do contrato indicando “as condicións actualmente vixentes dos seus contratos”, existindo no formulario apartados destinados a indicar o convenio colectivo de aplicación (convenio colectivo provincial de limpeza de edificios e locais de Pontevedra), indicar se o traballador tiña ou non minusvalía e, no caso de bonificación, sinalar o seu importe, para fixar o custo total mensual de cada traballador para o empresario, o custo total anual do traballador para o empresario, para indicar a xornada en número de horas á semana, e ademais reflectíase claramente, como aviso legal, no propio formulario, a seguinte advertencia legal:

“É consolidada xurisprudencia que, ao analizar o concepto xurídico-penal de documento mercantil, trátase dun concepto amplo, equivalente a todo documento que sexa expresión dunha operación comercial, non só os expresamente regulados no Código de Comercio ou nas leis mercantís, senón tamén todos aqueles que recollan unha operación de comercio ou teñan validez ou eficacia para facer constar dereitos ou obrigacións de tal carácter”.

Cuarto.- Que no devandito Anexo P, presentado pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., con data 23 de abril de 2019 figuran como traballadores adscritos ao servizo e afectados por unha posible subrogación os seguintes:

- Traballador número 6: indefinido parcial.
- Traballador número 9: sen minusvalía nin bonificación.
- Traballador número 11: 38,5 horas de xornada laboral semanal.
- Traballador número 19: sen minusvalía nin bonificación.
- Traballador número 21: indefinido parcial.

Quinto.- Que no trámite no que se examinaba a posible existencia dunha oferta anormalmente baixa dun dos licitadores (SAMAIN SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A.) esta empresa manifestou o seguinte:

1º.- Que o traballador número 6: SAMAIN non contemplaba custo algún porque non prestaba servizo.

2º.- Que o traballador número 9: SAMAIN era discapacitado polo que debería aparecer bonificado o importe correspondente á súa cotización social.

3º.- Que o traballador número 11: SAMAIN tiña unha xornada de 35 horas semanais.

4º.- Que o traballador número 19: SAMAIN é discapacitado polo que debería aparecer bonificado no importe correspondente á cotización social.

5º.- Que o traballador número 21: SAMAIN non contemplaba custo algún porque devandito traballador non prestaba servizos.

Sexto.- Que para comprobar o afirmado por SAMAIN SERVIZOS Á COMUNIDADE S.A. requiríuse á empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. a entrega de toda a documentación que puidera acreditar, o recolleito no antedito anexo P, en relación aos traballadores números 6, 9, 11, 19 e 21 a seguinte documentación:

- a. Nome, apelidos e CIF dos traballadores: 6, 9, 11, 19 e 21.
- b. RNT dos meses de febreiro, marzo e abril de 2019, indicando na mesma de forma resaltada, distinguíndoos doutros traballadores, as liñas nas que aparecían devanditos traballadores
- c. Vida laboral de afiliados dos traballadores indicados e cinguida aos períodos de actividade na Universidade de Vigo
- d. TA2/S de alta, baixa ou variación de datos dos traballadores.

Dita documentación foi achegada por LACERA o 25 de outubro de 2019.

Sétimo. - Que a referida documentación achegada por LACERA foi examinada por unha empresa externa (PILOT CCS) contratada pola Universidade de Vigo.

No Informe elaborado por PILOT CCS afírmase, respecto do traballador nº 6, que:

“(…) Nas fichaxes de Workontrol, achegados pola empresa a última data de fichaxe é o 28 de abril de 2019 (domingo, na Biblioteca Central) ten fichaxes desde o 2 de xaneiro de 2019 pero pasando por numerosos centros, polo que, con todas as cautelas a expensas de mellores aclaracións da empresa, entra dentro do probable que se empregase para substituír baixas e, en todo caso, polas múltiples variacións de xornada existe unha patente incerteza ao redor das horas que potencialmente debían ser subrogadas.”

Respecto do traballador nº 21 afirma que:

“(…) En todo caso, se non existen fichaxes anteriores, dada a súa vida laboral, esta traballadora incorporouse no último momento para que fose incluída entre o persoal para subrogar e inmediatamente desapareceu do lote ao que estaba asociada. Ante esta situación, solicítase á Universidade de Vigo revisión das fichaxes coa ferramenta Workontrol detectándose que este traballador a partir de abril e ata a súa baixa de empresa só fichou os días 18,19,20,21,24,25,26 e 28 de xuño, polo que sen o menor ápice de dúbida atopámonos ante o que en sector denomínase “traballadora fantasma” que é incorporado a unha listaxe co único fin de engordar a listaxe e inducir a interpretacións económicas erróneas aos seus competidores.

O máis relevante no caso deste traballador é que a clave de baixa o 31 de agosto de 2019 é que é clave 55 (Baixa por fusión/absorción da empresa) que é a que se utiliza cando existe unha subrogación. Isto é, o traballador nesa data foi cedido por LACERA en subrogación obviamente noutro centro alleo á Universidade de Vigo.”

E conclúe que eses traballadores estaban de alta no momento da conformación do expediente cos contratos que indica LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. Pero sinala que os motivos da contratación permanecían moi opacos e dado que, polo menos o traballador n.º 21, xa non estaba de alta na empresa LACERA cabería interrogarse polo motivo real da incorporación destes traballadores.

Respecto de os outros 3 (traballadores nº 9, 11 e 19) sinala no seu Informe PILOT CCS que:

“Recoñecendo, segundo indica LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. nas súas manifestacións, que os datos destes traballadores non son correctos, sen entrar a valorar a veracidade do dato económico do custo dos mesmos que facilita esta mercantil, (10.315,69 €)”

(...)

“Este importe supón o 2,16% dos custos laborais contrastados co noso escandallo.”

Nas súas conclusións PILOT CCS indica que:

“Polas manifestacións que o 25 de outubro de 2019 fai esta empresa ao órgano de contratación da Universidade de Vigo ratifícanse as sospeitas de que os datos de polo menos catro traballadores non son correctos. Isto é, o 17,39 dos traballadores da listaxe presentaban datos incorrectos ou foron engadidos cando non debían ser engadidos, albergándose dúbidas sobre o motivo da inclusión na listaxe dun quinto traballador (o n.º 6).”

Calculaba que esas desviacións terían un impacto no custo da licitación dese lote do 4,46%, polo que a repercusión que sobre a rendibilidade do contrato tiñan eses datos incorrectos, de acordo coa rendibilidade media do sector, convertería en pouco atractivo presentar ofertas dese lote. Así sinalaba que:

“(...) os datos relativos ao ano 2017 sobre a rendibilidade financeira (beneficio unha vez deducidos os intereses, impostos e posibles gastos financeiros) no sector foi do 7,01 e a rendibilidade económica o beneficio antes de intereses e impostos foi do 3,69%.

Por todo o exposto, obvia dicir que un impacto por custos engadidos indebidamente que supoñan o 4,46% comprometen e alteran indiscutiblemente os principios de libre competencia. “

Oitavo.- Que a mesa de contratación considerou que existían indicios suficientes para considerar que o concesionario entón vixente (LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.) informou o órgano de contratación duns custos laborais superiores aos que realmente tiña e que eses datos foron os que se tomaron como referencia para deseñar o contrato e, polo tanto, os que tiveron en conta os licitadores cando presentaron as súas ofertas, estimado que se trataba dunha infracción non emendable das normas de contratación pública no relativo ao cálculo dos custos do persoal no lote 7, polo que a Universidade desistiu desa licitación convocado outra nova.

Noveno.- Que ao desistirse do procedemento de licitación pola Universidade de Vigo, a empresa denunciada, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. continuou prestando

o referido servizo ata a resolución desa nova licitación. A adxudicación desa nova licitación produciuse o 17 de xullo de 2020, de acordo cos datos da plataforma de contratación do sector público, e a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. continuou prestando o servizo de limpeza ata o 31 de xullo de 2020, xa que a Universidade tivo que prorrogar o contrato.

4. CARACTERIZACIÓN DO MERCADO

4.1. NORMATIVA SOBRE LICITACIÓN E CONTRATACIÓN PÚBLICA

A Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, regula no seu artigo 130 as condicións de información sobre a subrogación en contratos de traballo, e así dispón que:

“Cando unha norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral, impoña ao adxudicatario a obrigaón de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais, os servizos dependentes do órgano de contratación deberán facilitar aos licitadores, no propio prego, a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir unha exacta avaliación dos custos laborais que implicará tal medida, debendo facer constar igualmente que tal información facilítase en cumprimento do previsto no presente artigo.

Para estes efectos, a empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato para adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionar a referida información ao órgano de contratación, a requirimento de leste. Como parte desta información en todo caso deberanse achegar as listaxes do persoal obxecto de subrogación, indicándose: o convenio colectivo de aplicación e os detalles de categoría, tipo de contrato, xornada, data de antigüidade, vencemento do contrato, salario bruto anual de cada traballador, así como todos os pactos en vigor aplicables aos traballadores aos que afecte a subrogación. A Administración comunicará ao novo empresario a información que lle tivese sido facilitada polo anterior contratista”.

Esta obrigaón ten especial relevancia en os contratos de limpeza, xa que neles o emprego da man de obra constitúe un factor esencial para a prestación do servizo obxecto do contrato.

Tanto este artigo como o seu precedente (Artigo 120 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Rel Decreto lei 3/2011) proban a preocupación do lexislador para incrementar o nivel de seguridade xurídica para os que concorran a unha

licitación pública cando teñan a obrigação, derivada dun convenio colectivo, de subrogar aos traballadores do contrato anterior.

La Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado no seu Informe 61/19: “Interpretación do artigo 130 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público” sinala que:

“(…) O precepto que acabamos de reproducir ten por título na LCSP “Información sobre as condicións de subrogación en contratos de traballo” e o seu precedente inmediato é o Artigo 120 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo RDL 3/2011. Na evolución dun a outro se observa unha crecente preocupación do lexislador español por incrementar o nivel de seguridade xurídica no cumprimento da obrigação que, para os licitadores dun novo contrato, representa a subrogación nos traballadores dun contrato anterior que deriva dunha norma legal, dun convenio colectivo ou dun acordo de negociación colectiva de eficacia xeral. É evidente que a redacción da nova norma é moito máis detallada e máis extensa no que fai á protección dos licitadores. A maior protección plásmase en dúas medidas xerais:

- A achega da información suficiente para coñecer os custos laborais da subrogación.*
- O establecemento dun sistema de responsabilidade do contratista saínte e dunha serie de medidas tendentes a estimular o cumprimento das súas obrigações en materia social, laboral ou ambiental.”*

Por iso indica este Informe cal é a información necesaria que debe de achegar o contratista, e indica que será a seguinte:

“(…) aquela resulte necesaria para avaliar adecuadamente os custos laborais da subrogación”²

Neste caso LACERA debería de fornecer toda a información precisa, suficiente e actualizada para que puidesen coñecer todas as empresas que concorresen á licitación os custos laborais que terían no momento en que o novo adxudicatario empezase a prestar o servizo.

Esta obrigação de fornecer toda a información precisa, suficiente e actualizada para que poida coñecer todos os posibles licitadores os custos laborais tamén o indica a Avogacía Xeral do Estado no seu informe A. G. TRABAJO, MIGRACIONES E SEGURIDADE SOCIAL 8/19 (R- 556/2019), do 16 de xuño de 2019, no que se examinou a proposta de informe sobre a extensión da obrigação de solicitar información ao contratista saínte (para o caso de existir subrogación) das condicións laborais e salariais dos traballadores empregados por aquel, de conformidade co disposto no artigo 130 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público. No mesmo declárase que:

“En efecto, o tenor literal do precepto leva a esa conclusión, ao indicar que “como parte desta información en todo caso deberanse achegar” as listaxes do persoal obxecto de subrogación con indicación do convenio colectivo aplicable e os detalles de categoría, tipo de contrato, xornada, data de antigüidade, vencemento do contrato, salario bruto anual de cada traballador e todos os pactos en vigor aplicables

² Letra grosa que non aparece no documento orixinal.

aos traballadores aos que afecte a subrogación. Trátase, por tanto, dunha regra de mínimos que esixe que obrigatoriamente se acheguen os datos relativos aos extremos enumerados, sen prexuízo da posibilidade de que outra parte da información que deba fornecerse estea constituída por outros datos a condición de que os mesmos sexan necesarios para avaliar os custos laborais. Así o confirma a significación gramatical e lóxica da locución “en todo caso” que emprega o artigo 130.1 da LCSP e o feito de que este precepto legal refírese a datos que permitan “unha exacta avaliación dos custos laborais”, polo que calquera outro dato distinto dos enumerados no devandito precepto legal cuxo coñecemento resulte necesario para permitir esa exacta avaliación ha de entenderse comprendido na obrigación de que se trata”³

Ademais, sinala a Avogacía do Estado, a obrigación de fornecer esa información corresponde ao contratista saínte na medida é que el é o único que coñece a situación dos seus traballadores e as circunstancias que puidesen influír na determinación do custo laboral.

E neste mesmo sentido, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSJG) na súa sentenza do 5 de novembro de 2021 (Sala do contencioso administrativo, sección terceira, sentenza 430/2021) pola que desestima a demanda interposta contra a Resolución desta CGC 3/2020 do 8 de xullo de 2020, *Arriva Noroeste S.L., (na actualidade Arriva Galicia)* ao referirse ao deber de información que se impón á empresa titular do contrato no artigo 120 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto lei 3/2011 (precedente do actual art. 130 da actual LCSP) sinala que:

“É un deber de amplo espectro, pero cunha finalidade moi concreta, permitir avaliar, á hora dá licitación, vos custos reais do servizos que han de ser asumidos polo potencial adxudicatario e que polo tanto constitúen mínimos económicos que cada licitador ha de ter en conta para vos seus propios cálculos de elaboración dá oferta. Finalmente, non pode deixar de considerarse que este procedemento ten lugar entre a administración e un profesional do sector, non fronte un leigo na materia, e polo tanto, vos deberes que emanan deste tipo de procedementos non resultan estraños á recorrente, máxime tratándose dun aspecto tan relevante como a subrogación das persoas traballadoras dá antiga concesión.”

En resumo, LACERA, de acordo con este art. 130 LCSP, debería de facilitar á Universidade de Vigo a información que fose necesaria para avaliar de forma exacta todos os custos laborais do persoal que debería de ser subrogado así como todas as súas circunstancias laborais que coñecese o denunciado e que puidesen afectar a ese persoal, en especial todas as que fosen efectivas antes da terminación do contrato que lle vinculaba coa Universidade de Vigo, e iso para os efectos de que puidesen presentar todos os interesados en concorrer á licitación, ofertas nas mesmas condicións que LACERA, no caso de que esta empresa decidise presentarse a ese concurso. Existe, por tanto, unha especial responsabilidade da empresa titular da prestación dese contrato de servizo de limpeza (neste caso LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.) de colaborar coa Universidade de Vigo, non só durante a vixencia do contrato senón tamén no momento en que ese contrato salga de novo a licitación, facilitando todos os datos e información que

³ A letra grosa non aparece no Informe orixinal.

sirva para determinar os verdadeiros custos laborais dos traballadores aos que afecte a subrogación.

4.2. MERCADO RELEVANTE

Como sinala a Comisión Europea na Comunicación 97/C 372/03 a definición de mercado permite determinar o marco da competencia entre as empresas, sendo o seu principal obxectivo o de establecer de forma sistemática as limitacións que afrontan as empresas afectadas desde o punto de vista da competencia. A noción de mercado tanto desde o punto de vista do produto como da súa dimensión xeográfica debe identificar a aqueles rivais que poden limitar o comportamento daquelas ou impedirles actuar con independencia de calquera presión competitiva.

Para determinar a forma na que se aplican os conceptos, a referida Comunicación di no apartado 9, que "o mercado de referencia no marco do cal se examina unha cuestión de competencia determínase combinando o mercado de produto e o mercado xeográfico".

O mercado de produto de referencia comprende a totalidade dos produtos (bens e servizos) que os consumidores consideren intercambiabes ou substituíbles en razón das súas características ou o seu prezo co uso que se queira facer delas. Que a empresa teña a capacidade para impoñer as súas condicións no mercado, distorcendo a competencia e prexudicando aos consumidores vai depender das alternativas reais ou potenciais que existen nese mercado aos seus produtos, é dicir dependerá da substituíbilidade do produto ou servizo.

O mercado xeográfico comprende a zona na que as empresas afectadas desenvolven actividades de subministración dos produtos e de prestación dos servizos de referencia son suficientemente homoxéneas e diferenciadas das zonas xeográficas máis próximas.

É certo que cando esta mesma Comunicación 97/C 372/03 fala das empresas afectadas na delimitación do mercado relevante ou de referencia, cínguese aos casos de concentración de empresas, as investigadas en prácticas colusorias ou os supostos de abuso de posición dominante. É evidente que non se pode falar dos supostos de falseamento da libre competencia por actos desleais porque non aparecen regulados na normativa europea de competencia⁴, pero de acordo coas afirmacións que fai a Subdirección de Investigación, así como a delimitación do mercado relevante e esencial nos supostos de abuso de posición dominante do artigo 2 da LDC, é importante, aínda que non esencial, nos supostos de aplicación das condutas colusorias do artigo 1 LDC, en cambio non adoita ser obxecto de cuestión nos supostos de aplicación nos que o que se examina é a infracción do artigo 3 LDC ("falseamento da libre competencia por actos desleais"). Por iso, non ten por que ser tan exhaustiva a delimitación destes mercados na medida en que esa delimitación afecta moito menos que nos supostos de aplicación dos artigos 1 e 2 da LDC.

⁴ Pero debemos lembrar que o Dereito Comunitario (Regulamento CE 1/2003 do Consello, do 16 de decembro de 2002) non se opón a que os Dereitos nacionais contemplan prohibicións máis estritas.

Neste sentido, as Resolucións da Autoridade española da Competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de la Competencia e CNMC) non mostran un especial interese pola determinación do mercado relevante nas Resolucións nas que aplica o art. 3 de LDC. Así, ou ben non fan un estudo do mercado (Resolución do TDC do 7 de abril de 2003, Expte. 532/02 Eléctrica Eriste), ou ben fan unha relación moi sucinta do mercado relevante (Resolución do TDC do 18 de decembro de 1992 Expte. 314/92; Resolución do TDC do 9 de marzo de 2001, Expte. 485/00 Axentes Propiedade Murcia), ou cando o fan de forma algo extensa é porque a análise é do mercado do produto, pero non do xeográfico (Resolución da CNC do 17 de setembro de 2013 Expte S/410/12 Ascensores-2; Resolución da CNC do 29 de xullo de 2011, Expte. 0184/09 Gas Natural). Cando estas Resolucións fan un estudo do mercado relevante é porque na mesma analízase a existencia de acordos prohibidos, nos cales si ten relevancia o mercado xeográfico (Resolución do TDC do 8 de xullo de 1992, Expte. 294/91 Aceites). Mesmo, na Resolución da CNMC do 9 de xaneiro de 2019, Expte. S/0184/09 Gas Natural, a análise do mercado relevante prodúcese para a determinación da infracción do art.2 da LDC (abuso de posición dominante) e non existe devandita análise, pola contra, na fundamentación xurídica relativa a infracción do art. 3 da LDC (competencia desleal).

Por tanto, a determinación do mercado relevante, sobre todo o xeográfico, será tido en conta de forma moi limitada nos supostos de aplicación do art. 3 da LDC, e o será máis que para determinar a súa tipicidade como infracción, para cuantificar as posibles sancións pola comisión do ilícito anticompetitivo.

Con todos estes precedentes e consideracións, no suposto desta Resolución debemos de facer a distinción entre o mercado relevante de produto e o mercado relevante xeográfico.

4.2.1. MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO

Como indica la Subdirección de Investigación, atendendo á clasificación establecida pola normativa vixente, a práctica investigada afecta o mercado da prestación dos servizos de limpeza.

A este respecto, e como sinalaron as Autoridades de competencia, o ámbito económico no que se enmarca o presente expediente é o da prestación de servizos de limpeza, conservación e mantemento de edificios e complexos especiais tanto públicos como privados.

A actividade de servizos de limpeza enmárcase dentro do que se denomina “xestión integral de servizos”, “multiservizos” ou “xestión de inmobles –facility management–”.

A xestión integral consiste na prestación dun conxunto de servizos a un mesmo cliente, dos que a limpeza constitúe o núcleo principal.

A prestación do servizo de limpeza pódese acompañar doutros servizos engadidos en función das necesidades dos clientes, tales como conservación e mantemento, xardinería, seguridade, catering, electricidade, desinfección, etc. O feito de que o núcleo fundamental sexa a limpeza levou en ocasións a denominar ao sector como servizos de limpeza e servizos conexos.

As empresas que operan no ámbito da limpeza ampliaron progresivamente a gama de servizos prestados. A ausencia de barreiras que dificulten o acceso á prestación de calquera

das categorías que conforman a actividade de servizos integrais e a práctica identidade dos factores produtivos necesarios para prestalos permite que, en xeral, as empresas poidan facilmente pasar de realizar un servizo de limpeza a prestar multiservizos.

É preciso destacar o feito de que o mercado está caracterizado por unha forte atomización da oferta e da demanda, emprega unha man de obra, en xeral, pouco cualificada, abundante e que non require maquinaria complexa para prestar os distintos servizos.

En diferentes precedentes comunitarios e nacionais téñense incluído nun mesmo mercado de produto os servizos de limpeza xunto con outros servizos de mantemento e conservación de locais ou edificios, dada a facilidade para os provedores de servizos de limpeza de fornecer os outros servizos.

Adicionalmente, os precedentes apuntan á posibilidade de diferenciar mercados máis estreitos entre os servizos de limpeza diarios e os servizos de limpeza especiais, como é o caso dos hospitais onde se requiren niveis elevados de hixiene, preparación específica da man de obra e maquinaria máis especializada.

Esta valoración, que é correcta para axuizar os feitos denunciados, poderíase discutir tras os sucesos do COVID-19, pero, como é evidente, os feitos denunciados son anteriores.

4.2.2. MERCADO XEOGRÁFICO

O mercado xeográfico delimitase en sentido restrinxido, polo marco da licitación de referencia sen prexuízo de que aínda que a delimitación do mercado xeográfico relevante non é esencial nos supostos de aplicación do artigo 3 da LDC, si pode ter influencia na determinación da sanción para impoñer no caso de acreditarse a infracción.

5.- CUESTIÓN PREVIAS

5.1. CONDICIONES LABORAIS DOS TRABALLADORES SUBROGABLES E INFORMACIÓN FACILITADA POR LACERA

Unha cuestión previa a examinar neste expediente é o de aclarar as condicións laborais dos traballadores que a LACERA sinalaba como subrogables no seu escrito do 23 de abril de 2019 que dirixe á Universidade de Vigo tras o requirimento formulado por é sta ao abeiro do art. 130 LCSP.

O 11 de abril de 2019 a Universidade de Vigo, dentro do marco a licitación do expediente 315/19 contrato de servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo en o seu Lote 7, solicitou á

empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A , que achegase a listaxe de persoal que habería que subrogar, xa que esta empresa estaba a prestar ese servizo por gañar o concurso anterior. A listaxe de persoal a subrogar que enviou LACERA estaba formado por 26 traballadores.

No transcurso da licitación unha das empresas (SAMAIN S.A.), á que a Mesa de Contratación solicitou unha xustificación da súa baixa por un posible incumprimento do previsto no convenio colectivo de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, alegou que na listaxe dos 26 traballadores que se debían subrogar de acordo coa información facilitada pola LACERA, existían datos incorrectos xa que:

- O traballador número 6 non prestaba servizo.
- O traballador número 9 era discapacitado polo que debería aparecer bonificado o importe correspondente á cotización social.
- O traballador número 11 tiña unha xornada de 35 horas semanais.
- O traballador número 19 era discapacitado polo que debería aparecer bonificado o importe correspondente á cotización social.
- O traballador número 21 non prestaba servizo.

A Mesa de contratación que estaba examinando este expediente, deu especial relevancia a esa información, pola transcendencia que podería ter para o resultado da licitación na medida en que se podían alterar os principios de igualdade, transparencia e libre competencia. Por iso solicitou información complementaria a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. a cal contestou por escrito de data 25 de outubro de 2019.

Nese escrito LACERA sinalou que os traballadores números 6 e 21 incluídos na listaxe de traballadores subrogables si realizaban o servizo no momento no que se enviou e recoñecía que cometera erros, que ela cualificaba como involuntarios, que afectaron a tres traballadores (traballadores nº 9, 11 e 19) nos termos que denunciara a empresa SAMAIN S.A.. Afirmou tamén que ese erro puidese ser emendado a través do mecanismo da información adicional prevista no artigo 138.3 LCSP. Tamén declarou que consideraba que eses erros tiñan escasa transcendencia económica, “case insignificante” chega a denominar, e que se trataría dunha “conduta de menor importancia”. Existe, por tanto, nese escrito un recoñecemento por LACERA que a información que facilitou á Universidade de Vigo sobre as condicións laborais de 3 dos 5 traballadores non era a correcta.

Sobre o traballador nº 6 a empresa PILOT CCS, contratada pola Universidade de Vigo para emitir un informe sobre o tema, sinala que este contrato foi obxecto de innumerables variacións permanecendo de alta o traballador no momento da emisión da vida laboral. Di que nas fichaxes de Workontrol, achegados pola empresa LACERA, a última data de fichaxe é o 28 de abril de 2019, que ten fichaxes desde o 2 de xaneiro de 2019 pero pasando por numerosos centros, polo que, con todas as cautelas a expensas de mellores aclaracións da empresa, considera que entra dentro do probable que se empregase para substituír baixas e, en todo caso, polas múltiples variacións de xornada, afirma que existe unha patente incerteza ao redor das horas que potencialmente debían ser subrogadas. LACERA sinala nas súas alegacións ao PCH que o feito de que puidesen traballar en

centros alleos á Universidade non é óbice para que poida ser incluídos na listaxe de persoal a subrogar, mentres que a porcentaxe de xornada subrogable coincida co resultante das fichaxes, que afirmaba que sucedía, xa que non existía impedimento algún nos pregos reitores.

Sobre o traballador nº 21 a empresa PILOT CCS, tras analizar a súa vida laboral cos datos facilitados por LACERA, afirma que comezou a súa relación laboral con LACERA o 1 de decembro de 2015 con contratos 510 de interinidade e posteriores 502 (eventual circunstancias da produción) e outros 510. O 5 de abril de 2019 LACERA o contrata como indefinido a tempo parcial, sinalando PILOT CCS que foi obxecto de numerosas variacións e que xa non prestaba servizo na empresa no momento de emitir o informe, sendo o seu último día de traballo o 31 de agosto de 2019 causando, aparentemente baixa despois do goce de vacacións o 11 de setembro de 2019, é dicir 5 meses despois de formalizado o contrato de duración indefinida. LACERA non dá explicación algunha sobre este extremo e unicamente indica que o operario prestaba servizos no momento de elaborar a listaxe de traballadores subrogables que remitiu á Universidade de Vigo (23 de abril de 2019), o que é certo e non nega o informe de PILOT CCS, e remítese a situacións similares que afirma producíronse noutros lotes que non son o obxecto deste expediente.

Conclúe o Informe de PILOT CCS declarando que:

“De todo iso dedúcese que estes traballadores estaban de alta no momento da conformación do expediente cos contratos que indica LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. Todo o exposto, os motivos da contratación permanecen moi opacos e dado que, polo menos o traballador nº 21, xa non está de alta na empresa cabe interrogarse polo motivo real da incorporación destes traballadores.

En todo caso, albergando dúbidas sobre o traballador nº 6, se parece que, sen dúbida razoable, polo menos que o número 21, cun custo de 10.972,22 €, o que supón o 2,36% dos custos laborais, foi introducido na listaxe de forma artificiosa pois a súa relación contractual foi finalizada, por subrogación, o 11 de setembro deste ano noutro centro alleo á Universidade.”

A empresa PILOT CCS, contratada pola Universidade de Vigo para emitir un informe sobre o tema, pregúntase cal sería o motivo real da incorporación deste traballador dentro do persoal da empresa LACERA como indefinido o 15 de abril de 2019 e adscrito a este contrato cun custo de 10.997,22 euros anuais e, despois de analizar as circunstancias do mesmo, chega á conclusión “(...) sen o menor ápice de dúbida” que “nos atopamos ante o que en sector denomínase “traballadora pantasma” que é incorporado a unha listaxe co único fin de engordar a listaxe e inducir a interpretacións económicas erróneas aos seus competidores”. E conclúe o seu informe sinalando que:

“O máis relevante no caso deste traballador é que a clave de baixa o 31 de agosto de 2019 é que é clave 55 (Baixa por fusión/absorción da empresa) que é a que se utiliza cando existe unha subrogación. Isto é, o traballador nesa data foi cedido por LACERA en subrogación obviamente noutro centro alleo á Universidade de Vigo.”

E conclúe o Informe que “(...) parece que, sen dúbida razoable, polo menos que o número 21, cun custo de 10.972,22 €, o que supón o 2,36% dos custos laborais, foi introducido na

listaxe de forma artificiosa pois a súa relación contractual foi finalizada, por subrogación, o 11 de setembro deste ano noutro centro alleo á Universidade”.

Parece correcta esta postura polo seguintes motivos:

a) A contratación como indefinido do traballador prodúcese o 15 de abril de 2019 cando a empresa coñecía que o contrato, salvo que houberse prorroga, finalizaba o 1 de setembro dese ano e cando o traballador, ata esa data, tiña contratos de interinidade e eventuais.

b) O traballador causa baixa na empresa o 11 de setembro de 2019.

c) Examinando os datos doutros traballadores que aparecen na lista de subrogables facilitada por LACERA e cuxa data de antigüidade é similar á do traballador nº 21 (traballador nº 13 con data de antigüidade 5 de abril de 2019; traballador nº 14, data de antigüidade 31 de xaneiro de 2019 e traballador nº 26 data de antigüidade 1 de marzo de 2019) obsérvase que todos eles foron contratados con modalidades de interinidade ou eventuais e que todos eles continuaron prestado os seus servizos na empresa.

Por iso PILOT CCS considera, e este Pleno esta de acordo, que “(...) *foi introducido na listaxe de forma artificiosa pois a súa relación contractual foi finalizada, por subrogación, o 11 de setembro deste ano noutro centro alleo á Universidade.*”

LACERA non explica en ningunha das súas extensas alegacións as razóns diso.

Por tanto, é certo que o traballador nº 21 estaba de alta na empresa cun contrato indefinido a tempo parcial na data de emisión do informe requirido pola Universidade de Vigo ao abeiro do art. 130 da LCSP. Pero tamén é certo que ese traballador deixou de estar de alta na empresa o 11 de setembro de 2019, no medio do procedemento de licitación do contrato, do que non se notificou por LACERA á Universidade de Vigo para que se puidese corrixir un dato tan importante que afectaba a un traballador que estaba incluído na lista de subrogables cun contrato indefinido a tempo parcial, cando xa non era subrogable. Desta maneira, de todas as empresas que podían concorrer á licitación, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. era a única que coñecía a verdade da listaxe de traballadores subrogables e os custos deses traballadores.

Sobre os traballadores nº 9, 11 e 19 LACERA declara que cometera erros involuntarios que afectaron a eses tres traballadores nos termos que denunciara a empresa SAMAIN S.A. Existe, por tanto, un recoñecemento por LACERA que a información sobre as condicións laborais deses 3 traballadores non era correcta.

En conclusión:

1º.- LACERA forneceu datos que non eran correctos en relación cos traballadores nº 9, 11 e 19.

2º.- Respecto de polo menos outro traballador (o traballador nº 21) aínda que estaba de alta na empresa e vinculado a ese servizo no momento de facilitar a información no mes de

abril, deixou de estar o 11 de setembro de 2019, é dicir 5 meses despois de formalizado o contrato e no medio do proceso de licitación do novo contrato de limpeza do que non se notificou por LACERA á Universidade de Vigo. Esta actuación fai deducir á empresa PILOT SCC que foi introducido na listaxe de forma artificiosa.

Este sector é un nos que o emprego da man de obra constitúe un factor esencial para a prestación do servizo obxecto do contrato e determinante á hora da licitación e adxudicación do contrato. De acordo co Prego tipo de cláusulas administrativas particulares do Expediente 315/19, a valoración da oferta económica alcanza o 95% da puntuación total da licitación, sendo o elemento máis importante da mesma o custo da man de obra. De aí o relevante que supón que todos as empresas poidan coñecer con exactitude os custos laborais que durante a vixencia do contrato terán os traballadores subrogables, e a distorsión, que para a libre concorrência, supón a achega de datos erróneos ou incompletos polo actual titular da prestación do servizo que, ademais, será un dos que se presenten a esa licitación.

Un dos principios que persegue o dereito da competencia en materia de contratación pública é o da máxima concorrência de licitadores cando unha Administración recorre ao mercado para abastecerse de bens e servizos. Este maior número de operadores fomenta a rivalidade entre eles para que cada un ofrezca as mellores condicións en termos de calidade e prezo co obxectivo de resultar adxudicatario, co que se beneficiarían os contribuíntes xa que as administracións adquirirán mellores bens e servizos a menores prezos ademais de que contribuirá a conseguir melloras de eficiencia e innovación que se traducirán nunha maior produtividade e crecemento do país.

Por iso a empresa LACERA tiña a obrigaón de facilitar á Universidade de Vigo todo a documentación precisa, suficiente e actualizada para que puidesen coñecer todas as empresas que quixesen concorrer á licitación cales eran exactamente os custos laborais dos traballadores subrogables no momento en que o novo adxudicatario empezase a prestar o servizo, coa finalidade de que todas as empresas puidesen presentar as mellores ofertas ao menor prezo.

Non o fixo.

En primeiro lugar, como a empresa **LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.** recoñece expresamente, forneceu información incorrecta sobre 3 traballadores (nº 9, 11 e 19), que trata de escusar na excesiva carga de traballo da empresa, o que é difícil de explicar nunha empresa da súa dimensión. Por facturación, **a empresa no ano 2019 foi a oitava empresa de España no sector de limpeza xeral de edificios de acordo coa clasificación elaborada polo Economista.es**, xa que facturou máis de 65 millóns de euros ese ano. É, ademais, unha empresa que ten en persoal 4.000 traballadores. Pero tamén é unha empresa que ten unha gran experiencia na presentación de ofertas nos concursos ante as administracións públicas como o acredita a Plataforma de Contratación do Sector Público.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na xa citada sentenza do 5 de novembro de 2021 sinala a importancia da condición dunha empresa como profesional do sector (neste

expediente do sector de limpeza) para rexeitar calquera tipo de xustificación dunha relaxación no cumprimento das súas obrigacións legais por parte desa empresa ao dicir:

“Finalmente, non pode deixar de considerarse que este procedemento ten lugar entre a administración e un profesional do sector, non fronte un leigo na materia, e polo tanto, vos deberes que emanan deste tipo de procedementos non resultan estraños á recorrente, máxime tratándose dun aspecto tan relevante como a subrogación das persoas traballadoras da antiga concesión.”

Por iso, este Pleno cre moi correcto o recolleito na Proposta de Resolución da Subdirección de Investigación que cualifica o recoñecemento do erro pola empresa denunciada como de carácter reactivo e non proactivo. Neste sentido debemos de sinalar que **ese recoñecemento do que LACERA afirma ser un simple erro, prodúcese despois de múltiples actuacións pola súa banda nas que non é explicable, nun proceso dedutivo que se base nunha ligazón racional, que non detectase, de existir, ese presunto “erro” como son:**

1º) No momento de realizar a comunicación que LACERA fai á Universidade de Vigo dos datos do persoal subrogable requiridos pola Universidade conforme ao art. 130 da A Lei 9/2017, do 8 de novembro, coa advertencia da obrigación de facilitar os datos correctos.

Hai que destacar que no cadro da documentación que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. debía de encher para enviar á Universidade de Vigo con eses datos, existe un apartado no que se debe de indicar (cun SI ou cun NON) se os traballadores ten unha minusvalía superior ao 33%, de tal maneira que iso implica unha necesaria actuación da empresa para comprobalo antes de cubrir ese apartado e outra actuación posterior, no momento de encher os datos deses dous traballadores, na que a empresa ao enchelos escribiu no dous NON.

Nese mesmo documento aparece outro apartado para encher no que se debe de indicar “Xornada (numero de horas semanais)”, de tal maneira que esixiría unha dilixente comprobación pola empresa para os efectos de incluír na documentación o dato correcto, o que non sucedeu respecto do traballador nº 11.

Pero tamén debemos de sinalar que eses datos que LACERA debía de facilitar tería que estar en sintonía con outros datos relativos ao custo laboral deses traballadores subrogables e que se ten que cubrir en múltiples casas dese documento, como son:

- a) salario bruto mensual.
- b) pluses, complementos e outras retribucións.
- c) parte proporcional d elas pagas extras.
- d) importe da base de cotización.

e) importe Seguridade Social a cargo da empresa.

f) custo mensual do traballador para o empresario.

g) custo total anual do traballador para o empresario.

De tal xeito que non se trataría só dun casa (como a do numero de horas semanais do traballador ou de se tiña minusvalía) nas que se debería de detectar ese suposto “erro”, senón que existen ata 7 casas máis nos que ese suposto “erro” non detectado repetiríase, afectando a datos de económicos dos que a empresa, como veremos, afirma ter un completo coñecemento.

2º) No momento de examinar os pregos da licitación onde se recollían os datos facilitados por LACERA. Estes pregos téñenos que examinar, cun micho de dilixencia, todas as empresas que concorren a unha licitación, por tanto tamén LACERA e debería ela mesma detectar ese suposto “erro”.

3º) No momento da elaboración e presentación por LACERA da súa oferta á nova licitación dese lote 7, que esixiría a LACERA unha valoración dos custos laborais dos traballadores subrogados para presentar a súa oferta e por tanto, un exame das condicións deses traballadores subrogables que aparecían no prego.

En calquera deses momentos debería de detectar LACERA o que argumenta ser un “erro” e non o fixo. Algo non xustificable en calquera empresa e menos nunha do tamaño de LACERA e coa súa experiencia en contratación pública.

Só despois de ser requirida por parte da Universidade de Vigo para que aclarase as obxeccións formuladas pola empresa SAMAIN S.A., é cando afirma que detecta o que cualifica como “erro”. De tal maneira, que só cando un terceiro denuncia eses datos erróneos e a Universidade de Vigo pide aclaracións ante a gravidade dos mesmos, a empresa LACERA descobre a existencia dese “erro” involuntario.

Por iso, como sinala a Subdirección, o recoñecemento do erro non pode cualificarse como prol activo senón como reactivo.

A evidencia de que a empresa que xestiona un contrato de limpeza coñece con total exactitude todos os elementos que determinan os custos dese contrato (que como sinalamos, son fundamentalmente custos laborais) non necesita de explicación. A xa citada Sentenza do 5 de novembro de 2021 do TSJG noutro suposto de subministración de datos falsos sobre os traballadores subrogables nunha contratación pública por parte do que era titular da prestación do servizo - Resolución desta CGC 3/2020 do 8 de xullo de 2020, Arriva Noroeste S.L.,(na actualidade Arriva Galicia - sinala que:

“(,,,) ningún máis que a empresa puidese manexar esa información para vos efectos de instruír adecuadamente ou expediente de licitación”.

Esta evidencia destácaa, como non podería ser doutro xeito, a propia empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. como un mais os seus argumentos substanciais cos que xustifica a oferta que ela presenta a outra licitación de servizos de limpeza convocado pola Universidade de Vigo cando esta atópase en presunción de anormalidade.

Así sucede na licitación convocada pola Universidade de Vigo “*Servizo de limpeza respectuoso co medio ambiente e coa seguridade e saúde laboral nos servizos xerais e de investigación: biblioteca central, CACTI, Ecimat, MTI, edificio de xerencia (servizos xerais), Reitorado, Parque móbil, Torre módulo 2 e 5 e servizo de deportes (excepto novo CACTI-CINBIO-ANIMALARIO)*” Expediente 309/20, convocado tras desistir a Universidade do procedemento que dá lugar a esta Resolución. Nese caso a oferta presentada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. estaba en presunción de anormalidade por aplicación dos criterios previstos no artigo 85 do Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (RGLCAP). A xustificación presentada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A, e recollida no Informe elaborado polo asesor externo designado para analizar a documentación xustificativa presentada ⁵, indícase:

“A mercantil **LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. presenta xustificación da súa oferta poñendo de manifesto** o seguinte:

(...)

2) Ten un pleno coñecemento dos custos reais que comporta o contrato ao ser a actual adxudicataria. (...)”⁶

Por todo iso, non son admisibles os argumentos cos que LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A. trata de xustificar a súa achega de datos incorrectos sobre o persoal para subrogar á Universidade de Vigo xa que como ela sinala **ten un pleno coñecemento dos custos reais que comporta o contrato por ser a actual adxudicataria.**

En segundo lugar, respecto de os outros dous traballadores (nº 6 e nº 21) a empresa LACERA debería ou ben facilitar a información completa, suficiente e actualizada sobre as circunstancias deses traballadores que coñecese no momento de presentar esa información, xa que como vimos, polo menos o traballadora nº 21, ía deixar de prestar servizo o 11 de setembro de 2019 ou ben comunicalo cando iso sucedeu, circunstancia que afectaría os custos laborais. Ao non dar información diso, só coñeceuno LACERA pero non

5 “INFORME EMITIDO A SOLICITUDE DA UNIVERSIDADE DE VIGO CO OBXECTO DE ANALIZAR SE DETERMINADAS OFERTAS DO PROCEDEMENTO DE CONTRATACIÓN DUN SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO AMBIENTE E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL NOS SERVIZOS XERAIS E DE INVESTIGACIÓN: BIBLIOTECA CENTRAL, CACTI, ECIMAT, MTI, EDIFICIO DE XERENCIA (SERVIZOS XERAIS), REITORADO, PARQUE MÓBIL, TORRE MÓDULO 2 E 5 E SERVIZO DE DEPORTES (EXCEPTO NOVO CACTI-CINBIO-ANIMALARIO) (EXP. 309/20) CONSTITÚEN OFERTAS ANORMALMENTE BAIXAS” elaborado pola empresa “NBP CLEMS ABOGADOS E CONSULTORES SLP” Pódese consultar en https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/40fbbfdb-6873-44a5-8742-5cf5b39e06a0/DOC20200528153403INFORME+LIMPEZA_asinado.pdf?MOD=AJPERES

6 Subliñado e negrilla engadidos que non aparece no Informe orixinal

os outros licitadores, coa vantaxe que iso supón para os efectos de poder presentar unha oferta mais competitiva economicamente.

No cadro da documentación que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. debía de encher para enviar á Universidade de Vigo cos datos dos traballadores subrogables existe un apartado no que se debe de indicar data de vencemento do contrato, que a empresa cubriu cos termos “NON APLICA” en relación con estes traballadores nº 6 e 21 (así como respecto de todos os demais traballadores). O requirimento desa información pola Universidade manifesta a transcendencia que para a licitación ten o coñecer a natureza do contrato laboral de cada traballador e se ten ou non prazo de finalización. Respecto do traballador nº 21, que se incorpora como indefinido e adscrito a este servizo dentro do persoal da empresa LACERA o 15 de abril de 2019 (aínda coñecendo a empresa que o contrato finalizaba, salvo prorroga, o 1 de setembro dese ano), sinalar que que a diferenza dos traballadores contratados nesas datas que o eran con contratos de interinidade ou eventuais, el o fai como indefinido e cesa o 11 de setembro, é dicir no medio do proceso de licitación, e unha vez facilita os datos sobre os traballadores subrogables á Universidade de Vigo.

En conclusión:

A empresa LACERA non facilitou á Universidade de Vigo, como vimos, información completa, suficiente e actualizada, que colocase a todas as empresas que concorían á licitación en igualdade, polo que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. era a única que coñecía a verdade da listaxe de traballadores subrogables e os custos deses traballadores para os efectos de presentar a súa oferta na licitación.

Esa vantaxe competitiva que a LACERA outorgoulle o ter coñecemento dos custos reais dos traballadores subrogares fronte ás demais empresas que non os terían ao aparecer no Prego datos falsos sobre os traballadores subrogables que subministrara LACERA, recoñécese na Sentenza do 5 de novembro de 2021 do TSJG na que sobre outro similar declara que:

“A ocultación de información é ou que produce pois a vantaxe competitiva, porque dispón duns elementos fácticos que lle permiten obter un mellor coñecemento do custo real do servizo, información dá que carecen ou resto dous competidores (que quedan a sensu contrario en situación de desvantaxe) e que só é imputable á omisión realizada pola actora.”

A empresa non explicou en ningún dos seus escritos de alegacións un motivo razoable de xustificación.

Como sinalamos na Resolución 3/2020 do 8 de xullo de 2020, Arriva Noroeste S.L., (na actualidade Arriva Galicia)

“(…) Existe unha especial responsabilidade do titular da concesión de colaborar coa Administración, non só durante a vixencia da mesma senón tamén no momento en que a concesión sae a renovación.”

Se, como vimos, un dos principios que persegue o dereito da competencia en materia de contratación pública é o da máxima concorrência de licitadores, neste caso, polo menos dúas empresas que se presentaron, ao ser requiridas para xustificar as súas ofertas por valores inferiores ao Convenio colectivo, nun proceso de licitación no que non se lles facilitou a realidade dos custos laborais de todos os traballadores subrogables, non as xustificaron o que implicase unha redución dos presentantes de ofertas. A reacción da Universidade de Vigo de acordar desistir do procedemento de adxudicación, impediu que iso sucedese.

5.2. INCREMENTO DOS CUSTOS LABORAIS DERIVADOS DOS DATOS FACILITADOS POR LACERA

Sobre o incremento que a efectos de custos laborais tería os datos incorrectamente facilitados por LACERA, a empresa denunciada afirma no seu escrito de alegacións á Proposta de Resolución (PR) respecto de os traballadores nº 9, 11 e 19, que:

“Xa desde o primeiro escrito de alegacións de defensa, presentado pola sociedade denunciada ante a Universidade de Vigo, o 25 de outubro de 2019 -e que, como se analizou, non constaba no expediente ata a súa achega por LACERA-, recoñeceuse cometer un erro respecto a algúns datos dos devanditos traballadores, e que se confirmou no escrito inicial que supoñían unha diferenza do 1,62% respecto ao orzamento de licitación -acompañándose unha folla de cálculo explicativa na penúltima páxina do documento nº 15 do escrito de alegacións ao PCH-.”

Nese anterior escrito de alegacións ao Prego de Concreción de Feitos (PCH) ao que fai mención, en relación coa repercusión económica dos datos que había incorrectamente facilitado á Universidade de Vigo sinala na páxina 4 do documento nº 15 achegado con esa alegación que:

“A repercusión económica anualizada dos erros de transcripción relacionados na o apartado segundo deste escrito, ascendería a 10.315,69 €, e desagregase nos seguintes conceptos:

Traballador 9 (discapacitado) 4.700,00 €

Traballador 19 (discapacitado) 3.443,04 €

Traballador 11 (3,5h/sem) 2.172,65 €

*Comparándoo co orzamento de licitación anualizado do Lote 7, a incidencia económica dos erros cometidos na confección da listaxe de persoal a subrogar, supoñen apenas un 1,62%, porcentaxe que permite apreciar a **escasa relevancia do erro involuntariamente cometido.**”*

No mesmo documento nº 15 referidos e aos traballadores nº 6 e 21 sinala na páxina 2 que:

“(...) aínda que, o custo total dos dous postos⁷ supón un desfaseamento de 24.698,03 € anuais, é dicir, unha desviación da súa oferta dun 4,68%, razón pola que en ningún caso a viabilidade económica da súa oferta podería entenderse xustificada.

A suma total desas cantidades, de acordo con LACERA, sería de **35.013,72 euros**.

Na páxina 32 das alegacións formuladas por LACERA á Proposta de Resolución sinala que :

“O alcance da infracción polos erros involuntarios relativos aos traballadores nº 9, 11 e 19, supoñen globalmente 10.315,69 €, é dicir, un 1,62 % respecto ao orzamento de licitación. Aínda que LACERA considera que a introdución do traballador nº 21 é correcta, se se tivese en conta esta variable, o alcance sería de 21.287,91 €, o que equivale a 3,34 %.”

Na Proposta de Resolución elaborada pola Subdirección de Investigación, recollendo os datos que aparecen no Informe “Análise das manifestacións elevadas pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., por posibles impactos por información posiblemente non veraz na listaxe de subrogación do lote 7 do expediente 315/2019”, redactado pola empresa PILOT CCS, indícase como incremento deses custos as seguintes cantidades:

	Custos adicionais	Impacto
Traballador nº 21	10.972,22	2,30%
Traballadores nº 9, 11 e 19	10.315,69	2,16%
	21.287,91	4,46%

Coinciden PILOT CCS e LACERA na contía dos incrementos dos custos incorrectamente facilitados no que se refire á súa cantidade en euros e a diferenza das porcentaxes de impacto⁸ obedece a que a empresa LACERA afirma que os calcula en relación ao orzamento de licitación e PILOT CCS faio sobre os custos laborais calculados no seu escandallo.

Sinalar que a porcentaxe deses custos adicionais sobre o orzamento de licitación (excluído IVE) é superior ao que sinala LACERA (3,34%). Se aplicamos ese criterio tendo en conta que ese orzamento é de 635.024,50 euros e os custos adicionais 21.287,91 euros a porcentaxe debe de ser do 3,35% (máis exactamente 3,3522974%).

Pero con independencia da porcentaxe hai que sinalar que esa cantidade (21.287.91 euros) non é neutra para os efectos da adxudicación deste tipo de contratos.

⁷ Refírese aos traballadores nº 6 e 21.

⁸ 4,46% segundo o Informe de PILOT CCS e 3,34% segundo LACERA.

Así hai que remarcar que este expediente nº 315/19⁹ a diferenza que existía entre a oferta mais económica (a de SAMAIN) e a que presentara LACERA era de tan só 4.664,06 euros como aparece na Acta da Mesa de Contratación da Universidade de Vigo de data 30 de agosto de 2019 na páxina 2:

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

E na licitación para a limpeza destes centros da Universidade de Vigo que se convocou tras desistir a Universidade do procedemento que dá lugar a esta Resolución¹⁰ e adxudicar a LACERA, a diferenza entre a súa oferta económica e a seguinte era de 19.668,28 euros, como se pode observar na Acta da Mesa de Contratación da Universidade de Vigo de data 27 de maio de 2020 na páxina 3¹¹:

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

Por tanto, a contía económica dos datos mal facilitados por LACERA sobre os custos laborais dos traballadores subrogables son superiores ás diferenzas económicas que fosen determinantes á hora de adxudicación do contrato entre os licitadores mellor situados no expediente 315/19 e son superiores a diferenzas entre as distintas ofertas económicas que foron determinantes para adxudicar o contrato de limpeza (Expediente 309/20) licitado pola Universidade e que foi convocado tras desistir do procedemento que dá lugar a esta Resolución.

En conclusión o incremento dos custos laborais derivados dos datos incorrectamente facilitados por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. non é unha cantidade neutra, que non teña efectos nin de escasa relevancia en relación coa adxudicación da licitación como alega, para negar a súa responsabilidade, a empresa LACERA.

9 Servicio de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo.

10 *Servizo de limpeza respectuoso co medio ambiente e coa seguridade e saúde laboral nos servizos xerais e de investigación: biblioteca central, CACTI, Ecimat, MTI, edificio de xerencia (servizos xerais), Reitorado, Parque móbil, Torre módulo 2 e 5 e servizo de deportes (excepto novo CACTI-CINBIO-ANIMALARIO"* Expediente 309/20,

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

5.3. PROPOSTA DO ÓRGANO DE INSTRUCCIÓN

A Subdirección de Investigación unha vez finalizada a súa actuación e de acordo co disposto no artigo 50.4 LDC que dispón que:

1º.- *Que se declare a existencia dunha conduta prohibida polo artigo 3 LDC, constitutiva de infracción, desenvolta pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. ao incumplir o disposto no artigo 130 LCSP en relación co Expediente administrativo correspondente á licitación do servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e con seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo - lote 7.*

2º.- *Que a conduta prohibida tipifíquese, no seu caso, para os efectos da determinación da sanción para impoñer, como infracción grave, do artigo 62.3. letra c) LDC ("O falseamento da libre competencia por actos desleais nos termos establecidos no artigo 3 desta lei").*

3º.- *Que se declare responsables da infracción á empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.*

4º.- *Que se impoña á citada empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., a sanción prevista no artigo 63.1.b) LDC, tendo en conta os criterios para a determinación das sancións previstos no artigo 64 LDC e os demais aspectos determinantes postos de manifesto na presente proposta de resolución. En concreto e respectivamente, que se lle impoña a seguinte sanción: LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.: 650.876,28 € (1% do o seu volume de negocio total correspondente ao ano 2019)*

5º.- *Que acorde a prohibición de contratar á LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.*

6.- FUNDAMENTOS DE DEREITO

6.1. OBXECTO DA RESOLUCIÓN

A presente resolución ten por obxecto determinar se a subministración de información que non era certa ao órgano de contratación, respecto do número de traballadores subrogables pode supoñer un falseamento da competencia por actos desleais sancionado no art. 3 da Lei de Defensa da Competencia (LDC).

Este Pleno da CGC debe resolver neste expediente, sobre a base da instrución realizada pola Subdirección de Investigación que se recolle no informe e proposta de resolución, se a actuación investigada é constitutiva de infracción do art. 3 da LDC.

6.2. COMPETENCIA PARA RESOLVER

Asignado o caso á Comisión Galega da Competencia, en cumprimento do trámite previsto na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia (en diante, “Lei 1/2002”), ao considerarse que na práctica denunciada concorrian as condicións previstas no seu artigo 1, parágrafo terceiro, da Lei 1/2002, para atribuír o seu coñecemento á Comisión Galega da Competencia, xa que os seus posibles efectos circunscribíranse, caso de acreditarse a existencia de conduta prohibida, exclusivamente ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia.

Conforme ao artigo 26.2 i) dos estatutos do Instituto Gallego do Consumo e da Competencia (Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Gallego do Consumo e da Competencia e apróbanse os seus estatutos), correspóndelle á Comisión impoñer multas sancionadoras e coercitivas e adoptar outras medidas de execución forzosa previstas na normativa vixente e nos termos previstos da Lei 15/2007 do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC), artigos 1, 2 e 3.

6.3. LEXISLACIÓN APLICABLE

É conveniente sinalar que de acordo co establecido na disposición transitoria primeira da Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, non será aplicable a este procedemento as modificacións introducidas no texto da LDC polo mesmo, rexéndose pola normativa anterior¹².

12 Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores. («BOE/BOE» núm. 101, do 28 de abril de 2021). Na súa Disposición transitoria primeira. Apartado 1 sinala que “1. Aos procedementos xa iniciados antes da entrada en vigor dos artigos primeiro, segundo, e disposicións finais primeira e segunda deste real decreto-lei non lles será de aplicación o mesmo, rexéndose pola normativa anterior.”

6.4. FALSEAMENTO DA COMPETENCIA POR ACTOS DESLEAIS

O artigo 3 da LDC establece a prohibición de actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público. Do tenor literal do precepto dedúcese que incorren na devandita prohibición as condutas que cumpren, acumulativamente, os tres requisitos seguintes:

- a) que constitúan un acto de competencia desleal;
- b) que falseen a libre competencia; e
- c) que afecten ao interese público.

A doutrina maioritaria considera que, desde un punto de vista substantivo, son necesarias para a aplicación do ilícito previsto no art. 3 da LDC a presenza de dúas condicións: un acto de competencia desleal que afecta o interese público por falsear significativamente a competencia no mercado.

En definitiva, este artigo non tutela outro interese público que a competencia efectiva nos mercados.

Como sinalamos na Resolución do 8 de xullo de 2020 (Expte. 3/2020 – Arriva Noroeste S.L., na actualidade Arriva Galicia)

“En moitas ocasións considerábase que para apreciar a concorrencia do ilícito do artigo 3 da LDC deberíase cualificar en primeiro lugar se tratábase dun acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver se afectaba o interese público, de tal xeito que non concorrendo o primeiro xa non se analizaba o segundo. Con todo, desde hai anos tanto as resolucións da Autoridade de Nacional da competencia (Resolución do TDC do 4 de decembro de 1998 Expte. R 332/98 Porvasal; Resolución da CNC do 13 de marzo de 2008 Expte. R 718/07 Portos de Andalucía ; Resolución da CNC do 11 de marzo de 2008 Expte. S/0041/08 O teu billete; Resolución da CNC do 15 de decembro de 2011 Expte. S/0350/11 Asistencia na estrada, entre outras) como sectores da doutrina científica consideran que debe analizarse en primeiro lugar se a conduta investigada é apta para afectar o interese público por falsear significativamente a competencia para despois analizar si é un acto de competencia desleal”

Nesta Resolución será este o criterio que aplicaremos.

6.4.1.- AFECCIÓN AO INTERESE PÚBLICO POR FALSEAR SIGNIFICATIVAMENTE A COMPETENCIA

Como xa sinalou a Comisión Nacional da Competencia na súa Resolución do 15 de decembro de 2011 (Expte. S/0350/11 Asistencia na estrada):

“A aplicación da Lei de Competencia Desleal corresponde aos Tribunais de Xustiza, e a Autoridade de Competencia só está facultada para realizar ou reproche de desleal competitiva cando a conduta axuizada, dado o contexto xurídico e económico no que se produce, resulta apta para restrinxir a competencia efectiva no mercado. En consecuencia, ante unha denuncia de infracción do artigo 3 da LDC, o órgano de instrución debe analizar, primeiro de nada, a concorrência do orzamento da afectación interese público”.

Debemos, por tanto, examinar, en primeiro lugar, se concorre o requisito de afectación ao interese público na actuación de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

Como sinalamos na Resolución do 8 de xullo de 2020 (Expte. 3/2020 – Arriva Noroeste S.L., na actualidade Arriva Galicia)

“Non sempre as condutas desleais que as empresas poidan desenvolver nas súas actuacións levan consigo a afectación ao interese público. Como sinala o TDC referíndose ao antigo art. 7 da LDC (actual art. 3 da Lei 15/2007) ese artigo non ten por obxecto reprimir calquera tipo de deslealdade nin protexer os intereses dos competidores prexudicados (Resolución do TDC do 31 de marzo de 1997 Expte. R 189/96 Resopal). Neste mesmo sentido a CGC na súa Resolución do 26 de decembro de 2019 (R 10/2019 Venda de prensa e revistas á marxe do distribuidor exclusivo) sinala que debe de diferenciarse entre as condutas que afecten os intereses privados e as que afectan o interese público. Neste sentido declarou a referida Resolución que:

“De calquera xeito, o que parece evidente é que nos atopamos, aínda que presuntamente, nunha conduta potencialmente lesiva para os intereses privados de operadores económicos que traerían causa nun ilícito desleal, pero dificilmente reconducible á esixencia de afectación do interese público que é o requisito sine qua non da intervención das Autoridades de competencia respecto destas prácticas privadas, cuxa ilicitude debería acreditarse adecuadamente. O interese público, determinante da intervención nesas prácticas do CGC, non pode apreciarse cando só concorre, como neste suposto, os intereses privados dos operadores e non existe ningún servizo público afectado nin tampouco concesións administrativas que outorguen dereitos exclusivos aos titulares, nin elementos de contratación pública, nin un mercado que se atopa nun momento de liberalización, nin afecta os intereses xerais de orde económica, nin, en definitiva, actuación algunha que afecte a institución da libre competencia”

Do estudo da proposta de Resolución elaborada pola Subdirección de Investigación e do exame o expediente, da documentación achegada polos interesados podemos deducir que a actuación de LACERA que motivou a incoacción deste expediente afecta, e de forma clara, ao interese público por falsear a competencia e por múltiples motivos.

En primeiro lugar, debe terse en conta que ao facilitar LACERA ao órgano de contratación unha información que non se correspondía coa realidade¹³ dos custos laborais das persoas que deberían de ser subrogadas, algo que a propia LACERA recoñece parcialmente, a súa actuación **é susceptible de afectar directamente a capacidade de elección e a toma de decisións por parte das empresas que poidan presentarse á licitación, o que puxo en perigo o interese público da existencia de mercados en condicións de competencia obxectiva**. Esta mesma idea recóllese na Resolución 1/2016, desta CGC do 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Concello de Lugo e na Resolución 3/2020 da CGC do 8 de xullo de 2020, Arriva Noroeste S.L. (na actualidade Arriva Galicia).

A obrigação que tiña o contratista saínte, neste caso LACERA, é a de facilitar toda a información precisa para que os que concorreran á licitación puidesen coñecer de forma completa, suficiente e actualizada os custos laborais reais no momento en que o novo adxudicatario empezase a prestar o servizo, xa que LACERA, ao ser a titular do servizo coñecía a situación dos seus traballadores e as circunstancias que puidesen influír na determinación dos seus custos laborais e era o único que podía facilitalos.

O número e situación laboral dos traballadores suxeitos a subrogación constitúe un factor determinante do custo do servizo como neste sentido sinala o Informe elaborado pola empresa PILOT CCS, relativo á “Análise das manifestacións elevadas pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente non veraz na listaxe de subrogación do lote 7 do expediente 315/2019”. Habemos visto que en contratos, como os de limpeza, nos que o emprego da man de obra constitúe un factor esencial para a prestación do servizo obxecto do contrato, esa obrigação ten, aínda, unha maior transcendencia.

No referido Informe da empresa PILOT CCS calculábase que as desviacións presentadas por LACERA terían un impacto no custo da licitación dese lote do 4,46%, polo que a repercusión que sobre a rendibilidade do contrato tiñan eses datos incorrectos, de acordo coa rendibilidade media do sector, convertería en pouco atractivo presentar ofertas a ese lote. De feito, ante a esixencia de xustificación pola Mesa de contratación dos custos laborais do persoal para subrogar ao obxecto de acreditar que se daba cumprimento ao convenio colectivo, algunha das empresas que se presentaron á licitación deste lote e que non o cumprían, non presentaron a súa xustificación e quedaron excluídos da licitación, o que reduciu a competencia. É evidente, por tanto, que eses datos facilitados condicionan a realización das ofertas que poidan presentar os licitadores. En resumo o que con esta

¹³ Así o manifesta o informe externo elaborado pola empresa PILOT CCS, relativo á “Análise das manifestacións elevadas pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente non veraz na listaxe de subrogación do lote 7 do expediente 315/2019”. A conclusión do devandito informe é a seguinte: “...ratifícanse as sospeitas de que os datos de polo menos catro traballadores non son correctos. Isto é, o 17,39 dos traballadores da listaxe presentaban datos incorrectos ou foron engadidos cando non debían ser engadidos, albergándose dúbidas sobre o motivo da inclusión na listaxe dun quinto traballado”

actuación trataría de facer a empresa denunciada seria “eliminar por medios desleais ao resto dos operadores”. (Resolución Tribunal de Defensa da Competencia (TDC) do 9 de marzo de 2001 Expediente 485/00, Axentes Propiedade Murcia).

Pero a empresa LACERA ao ser a empresa que fora adxudicataria dese servizo de limpeza nos anos anteriores e que, por tanto, coñecía perfectamente a dedicación de cada traballador a ese contrato¹⁴, os datos incorrectos que aparecesen na licitación sobre os custos laborais dos traballadores subrogables non lle afectaría, xa que sabía con precisión as condicións de dedicación e as cotizacións dos seus traballadores, algo que, en cambio, non poderían coñecer as outras empresas que concorrian á licitación, que deberían confiar na información que aparecesen no expediente, que se baseaban nos datos facilitados por LACERA.

Como indica un estudo realizado pola Universidade de Vigo no ano 2007¹⁵, un dos aspectos da regulación en materia de contratación pública que pode ter unha importante implicación sobre a competencia é a chamada “*asimetría de información*”, é dicir, a utilización dos actuais contratistas dunha información que eles dispoñen como explotadores do servizo e da que non dispoñen as demais empresas que queiran concorrer a esa licitación, salvo que a actual explotadora facilitea, algo que neste asunto non sucedeu.

O referido estudo da Universidade reitera a necesidade de dispoñer por parte de todos os licitadores da información suficiente e os riscos que para a libre concorrencia implica a maior información da que dispoña a empresa que presta actualmente o servizo:

“Nos concursos concesionais, para lograr un adecuado diseño do prego de condicións e que a decisión da autoridade competente respecto a da adxudicación estea correctamente fundamentada, é preciso dispoñer de información suficiente sobre as condicións básicas que caracterizan á concesión, tanto desde a perspectiva da demanda (número de viaxeiros, frecuencia...) como da oferta (custos). Neste sentido, é evidente que a empresa que estea a explotar a concesión dispoñerá de maior e mellor información que a Administración e que outras empresas que pretendan participar no concurso de renovación da concesión. Esta asimetría informativa pode dificultar o acceso ao mercado de operadores potenciais.

Claramente, a falta de información dos potenciais entrantes será tanto máis longa canto maior fose a duración da concesión e canto menos requirimentos de información esíxanselle á empresa que a estea explotando”

Por iso, como sinalamos na Resolución 3/2020 do 8 de xullo de 2020, Arriva Noroeste S.L., (na actualidade Arriva Galicia)

14 Como vimos este argumento do coñecemento completo dos custos reais do servizo por ser a actual explotadora do mesmo, foi empregado pola LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. como elemento substancial de xustificación dunha oferta que presento unha licitación dun contrato de limpeza xa que estaba en presunción de anormalidade por aplicación dos criterios previstos no artigo 85 do RGLCAP.

15 “Estudo sobre el sector de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia desde o punto de vista da competencia” Universidade de Vigo, decembro 2007.

“A subministración de información non certa, falsa ou incompleta vai ser un instrumento para dificultar o acceso ao mercado de potenciais competidores impedindo que as empresas poidan concorrer a contratos coa Administración en igualdade de condicións que o que é o actual operador dese contrato.”

É evidente que a actuación de LACERA, ao fornecer información falsa ao órgano de contratación que pode afectar directamente á capacidade de elección e á toma de decisións por parte das empresas que se poidan presentar á licitación, xa podería considerarse relevante (“significativa”) desde ou punto de vista da aplicación do artigo 3 LDC dada a natureza da contratación pública e a súa incidencia no interese xeral.

A actuación da empresa diríxese claramente a limitar a competencia no seu momento inicial, tratando de reducir o número de potenciais licitadores que, visto o número de traballadores subrogables e as condicións dos mesmos, verían como pouco atractivo o contrato, coñecendo LACERA a realidade deses traballadores e, por tanto, os verdadeiros custos da prestación do servizo, **o que supón poñer en perigo o interese público da existencia de mercados en condicións de competencia obxectiva, coa presenza de numerosos licitadores que poidan competir en situación de igualdade, con datos de custos reais, coa empresa que ata ese data, era a prestadora dese servizo á Administración.**

Ademais ao facilitar uns datos de custos laborais do persoal subrogable superiores aos reais LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. gozou dunha enorme situación de privilexio xa que podería axustar a súa oferta económica (que tiña unha ponderación do 95% nos criterios da adxudicación¹⁶) facéndoa moi competitiva xa que sabería que os custos laborais dos traballadores subrogables eran inferiores aos previstos no Prego de Prescricións Técnicas (PPT), de acordo cos datos que ela mesma facilitara. Por iso a oferta de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. era a segunda máis económica, só superada pola de SAMAIN, e superaba en pouco máis de 3.500 euros os custos laborais do persoal subrogable calculados no PPT. En caso de ser excluído SAMAIN, o que podería suceder xa que se iniciaron os trámites para iso por parte da Mesa de Contratación por non alcanzar a súa oferta os custos laborais indicados no apartado 5 do PPT, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S.A. sería a adxudicataria do contrato.

A exclusión dunha oferta anormalmente baixa, como sería neste caso a de SAMAIN, polo incumprimento do previsto nos Convenios colectivos atopa a súa xustificación na vixente LCSP que sinala no artigo 149.4 que *“En todo caso, os órganos de contratación rexeitarán as ofertas se comprobán que son anormalmente baixas por vulneran a normativa sobre subcontratación, ou non cumpren as obrigacións aplicables en materia ambiental, social ou laboral, nacional ou internacional, incluíndo o incumprimento dos convenios colectivos sectoriais vixentes, en aplicación dos establecido no artigo 201.”* En todo caso, como sinala a Resolución do Tribunal de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia nº 272/19 do 2 de decembro de 2019, sería necesario un informe técnico que motivase a exclusión desa empresa e os que servisen, no seu caso, para rexeitar as argumentacións da mesma no recurso que puidese presentar fronte a ese rexeitamento.

16 O outro criterio que ponderaba o 5% restante eran as características ambientais (ecoetiqueta tipo I) da proposta.

Este criterio foi recollido polo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 145/2019¹⁷ ao referirse á nova redacción do art. 149.4 da LCSP, na que afirma que á hora de regular a petición de información para a xustificación ou o rexeitamento da oferta con valores anormais:

“(…) unha importante novidade da nova Lei, en liña co espírito da Directiva 24/2014, e que de forma inequívoca introduce un mandato legal taxativo dirixido ao órgano de contratación (en todo caso), que deberá rexeitar as ofertas anormalmente baixas se o son por vulnerar a normativa social ou laboral, entre outros criterios. “

Como é sabido, a LCSP presta unha especial atención aos aspectos relacionados co cumprimento por parte do contratista das súas obrigacións laborais. Así, xa indicamos na nosa Resolución 632/2018, a inclusión no parágrafo terceiro do artigo primeiro da LCSP dos criterios sociais (e ambientais) *“obriga a considerar os criterios que nel mencionanse para a obtención dunha mellor relación calidade-prezo na adxudicación do contrato”, o que “transcende á redacción doutros preceptos”*.

Continuabamos sinalando na amentada resolución 632/2018 que *“Á vista dos artigos anteriores e os termos da súa redacción, é evidente que se produce unha maior vinculación da contratación pública á normativa laboral. Vinculación que cobra un maior protagonismo cando se trate de contratos, como os de servizos, onde os custos de persoal poden supoñer a partida principal do gasto no orzamento base de licitación. Tal intensidade ten o seu reflexo na obrigación de indicar os custos salariais estimados a partir da normativa laboral de referencia nos Pregos (artigo 100.2 LCSP), a súa consideración expresa no cálculo do valor estimado do contrato (artigo 101.2 LCSP), e para a fixación do prezo (artigo 102.3 LCSP). Pero tamén á hora de impoñer o rexeitamento das ofertas anormalmente baixas que non cumpran coa normativa laboral, incluíndo o disposto nos convenios colectivos de carácter sectorial, así como a obrigación aos órganos de contratación de velar polo seu cumprimento das condicións salariais unha vez adxudicado o contrato, e erixíndose a súa infracción en causa de imposición de penalidades. Por todo iso, hase de concluír que existe unha maior vinculación, intensidade e deber coidado polo respecto á normativa laboral, do que se derivan para o órgano de contratación un deber de vixilancia que antes non existía. Por tanto, os custos salariais derivados dos convenios colectivos xa non se limitan a ser unha das posibles fontes do coñecemento para determinar o prezo de mercado do contrato, senón que, ademais, teñen forza vinculante, e o seu respecto debe quedar totalmente garantido, tanto na preparación do contrato, ao elaborar os Pregos, como con posterioridade, unha vez adxudicado, en fase de execución. Debe por iso revisarse a doutrina sentada por este Tribunal nas súas resolucións anteriores, co fin de incorporar as obrigacións que impón respecto diso a nova Lei de Contratos do Sector Público”*.

(…)

17 [https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1ou%202019/recursos%201347%20e%201384-2018%20\(res%20145\)%2022-02-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/tacrc/resoluciones/a%C3%B1ou%202019/recursos%201347%20e%201384-2018%20(res%20145)%2022-02-2019.pdf)

En conclusión, o cumprimento dos convenios colectivos convértese na vixente LCSP como un valor capaz de xustificar por si só unha exclusión da oferta polo seu carácter anormal, tal e como tivo ocasión este Tribunal de sinalar na Resolución nº 1108/2018, o que xustifica no presente caso a decisión da Mesa de Contratación de excluír a oferta do recorrente por ser anormalmente baixa.”

De non ser pola Resolución Reitoral da Universidade de Vigo que acordou desistir do procedemento, a actuación de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. de facilitar uns custos laborais superiores aos reais houbéselle probablemente suposto a adxudicación do contrato a esa empresa xa que era a segunda oferta mais económica e a primeira podería ser excluída por estar incurso en baixa anormal por non cubrir os seus custos dos previstos no convenio colectivo sectorial.

O fornecer datos incorrectos nun elemento tan importante do custo do servizo como son os dos traballadores subrogables, deu a LACERA unha vantaxe competitiva sobre o resto dos licitadores. Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución nº 96/2015 do 30 de xaneiro de 2015¹⁸, respecto do disposto no art. 120 da anterior TRLCSP, (finalidade que hoxe cumpre o art. 130 da Lei 9/2017):

“(…) a ausencia de tal información impide aos licitadores efectuar unha oferta económica seria, colocando ademais nunha clara vantaxe competitiva a quen si goza desa información que non é outro que o actual prestador do servizo”.

Esta vantaxe competitiva inxustamente obtida por LACERA, levo ao órgano que mellor coñecía as circunstancias da licitación e a actuación das empresas, a Mesa de Contratación da Universidade de Vigo, á consideración de que existira unha infracción non emendable das normas de contratación pública no relativo ao cálculo dos custos do persoal no lote 7, e por iso, en virtude do disposto no artigo 152.4 da LCSP, propuxo ao órgano de contratación a desistencia do procedemento de adxudicación este Lote 7 do Expediente 315/19 (Servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo) que así o acordou e houbo que proceder a convocar unha nova licitación dese contrato.

En segundo lugar, como indicamos na Resolución 1/2016, do 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Concello de Lugo, o **impacto da conduta enganosa sobre a competencia e o prexuízo do interese público derivanse da afectación dun órgano de contratación pública**.

Desde hai anos a política lexislativa trata de introducir a aplicación dos principios de competencia na esfera da contratación pública e evitar calquera tipo de actuación que neste ámbito poida supoñer unha restrición da mesma en dano dos consumidores e do interese público. Por iso son cada vez máis numerosos os supostos que se traen ante a CNMC e as Autoridades Autonómicas da Competencia, relativos á infracción da normativa de competencia en supostos de licitacións públicas.

18 Pódese consultar nesta 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).

As actuacións das empresas que tratan de alterar o xogo da contratación pública para que todo permaneza sen cambios e, desta maneira, manter a súa posición de poder pervertendo a finalidade de mellora na provisión de bens ou servizos públicos que persegue a licitación por parte das administracións, con dano á prestación do servizo e maior custo ás contas públicas están a afectar, con ese comportamento, ao interese público.

A normativa que regula a contratación pública reconece a necesidade de garantir a libre competencia entre as empresas que participan nas licitacións para prover de bens ou prestar servizos á Administración. Decláranos o artigo 1 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, que di:

“1. A presente Lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, a fin de garantir que a mesma se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores; e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, e o principio de integridade, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia da definición previa das necesidades para satisfacer, salvagárdala da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa.”

Como sinala a Autoridade Catalá da Competencia na Resolución 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña:

“A alteración da competencia por parte das empresas que participan nas licitacións públicas é unha conduta obxectivamente contraria á competencia(...)” e “por iso é un obxectivo público prioritario conseguir unha contratación pública que provoque verdadeiras tensións competitivas entre as empresas licitadoras, de maneira que promova a eficacia económica, a calidade e a innovación que, de forma agregada, constitúa un factor cruce para fomentar a produtividade e o crecemento económico do país”

A finalidade que se persegue é que, a través da competencia, tanto as Administracións Públicas como os usuarios beneficiense das mellores ofertas de bens e servizos. A mellor garantía para logralo é a través do cumprimento da normativa en materia de contratación.

Ademais esta actuación de LACERA repercute negativamente no propio interese dos usuarios do servizo de limpeza desas instalacións universitarias (profesores da universidade e visitantes, estudantes, persoal de administración e servizos da universidade, persoal investigador) xa que ao falsear os datos sobre os traballadores subrogables impediría ao resto das empresas que concorren á licitación, ofrecer ofertas máis competitivas ou presentar melloras na prestación do servizo de limpeza, servizo que foi esencial nas instalacións públicas na época máis intensa da pandemia por COVID. A tanta veces citada sentenza do TSJG do 5 de novembro de 2021 declara que:

“unha consecuencia necesaria dá información desleal facilitada pola demandante é que parte do montante económico terá que ser destinada ás subrogacións debidas e ou custo adicional que isto supón non vai estar dispoñible para ou licitador para vos efectos de destinalo a posibles melloras dentro da súa oferta. Isto repercute finalmente na persoa usuaria que ao final verá que as licitacións son máis pobres en melloras por ter que estar destinada unha maior parte do caudal económico ás subrogacións.”

Na reiteradamente citada Resolución da CGC R 1/2016, do 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Concello de Lugo, afirmase que:

“A contratación de bens e servizos por parte da Administración debe guiarse polo principio de competencia, o que redundará en beneficio da propia Administración, que obtén prezos e condicións mellores cando hai competencia efectiva entre os licitadores, como no das propias empresas, que poden acceder a contratos coa Administración en igualdade de condicións que o resto dos operadores”.

Neste expediente a actuación de LACERA afectou á libre competencia e afectou negativamente o interese público. Alterou un proceso de licitación pública convocado pola Universidade de Vigo coa achega de datos que non eran certos sobre as condicións, cotizacións e custos dos traballadores subrogables, alterando ao xogo da libre competencia entre as empresas que participaban na licitación pública, impedindo ao resto das empresas que concorreron á licitación, ofrecer ofertas máis competitivas ou presentar melloras na prestación do servizo, de tal xeito que a Universidade e os usuarios dese servizo público non puidesen beneficiarse de que a adxudicación se realizase á mellor oferta que puidese presentarse.

Obsérvase este prexuízo comparando o expediente 315/19 co expediente 309/20.

O primeiro, que foi ao que desistiu a Universidade de Vigo por que estimaba que existira unha infracción non emendable das normas de contratación pública no relativo ao cálculo dos custos do persoal facilitados por LACERA, o importe de licitación como se pode ver na acta da mesa de contratación da Universidade de Vigo con data 30 de agosto de 2019 páxina 2, era de 635.024,50 euros e a oferta económica presentada por LACERA foi de 532.777,50 euros, é dicir, cunha **baixa de 102.247 euros que supoñía un 16,10% de baixa respecto do importe da licitación.**

O segundo, expediente 309/20, que se tramita como consecuencia da Resolución Reitoral que acordou iniciar a tramitación dun novo procedemento de licitación para a prestación dos servizos de limpeza neses edificios da Universidade de Vigo incluídos no lote 7 do expediente 315/19, o importe de licitación elevouse ata os 657.563,18 euros e, en cambio, a oferta económica presentada por LACERA, como se pode consultar na Plataforma de Contratación do Estado¹⁹, foi de 505.331,7 euros, é dicir, cunha **baixa de 152.231.47 euros que supoñía un 23,15% de baixa respecto do importe da licitación.**

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

Dedúcese diso que ao ter que repetir a licitación, por detectarse a falsidade da información facilitada por LACERA sobre os custos laborais do persoal para subrogar, LACERA presentou unha oferta económica mais baixa no segundo expediente cando, en cambio, o importe da licitación era mais elevado. O importe da licitación incrementouse nun 3,55 % (22.538,68 euros) e LACERA rebaixa a súa oferta económica en 27.445,8 euros, un 5,15%.

Por iso, de non repetirse a licitación podería adxudicarse a LACERA²⁰ o contrato de limpeza por unha cantidade superior á que se lle adxudicou posteriormente, con evidente prexuízo ao xogo e a finalidade da contratación pública. LACERA tratou de utilizar a súa posición de poder que se derivaba de ser a prestadora actual do servizo (polo que só ela podía facilitar á Universidade información real sobre as condicións e custos laborais do persoal subrogable) para volver ser adxudicataria dun contrato de limpeza de certos edificios, pervertendo a finalidade de mellora na provisión de bens ou servizos públicos que persegue a licitación por parte das administracións, con dano á prestación do servizo e cun maior custo que, para as contas públicas, supuxese o éxito do seu empeño, afectando, con ese comportamento, ao interese público.

En terceiro lugar, como xa sinalou a CGC na súa Resolución 1/2016, do 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Concello de Lugo,

“(...) a conduta denunciada resulta contraria aos principios que han de rexer a contratación pública de bens e servizos. Como é coñecido, o lexislador vén realizando nos últimos anos un enorme esforzo para modernizar a normativa que rexe a contratación no sector público de maneira que se maximice a eficiencia no aprovisionamento de bens e servizos por parte da Administración. Condutas como a que se examina no presente procedemento, dirixida a manipular a contratación dun servizo por parte dunha Administración Local, atenta directamente contra o devandito impulso normativo, o que sen dúbida permite concluír que a conduta falsea a competencia en prexuízo do interese público”.

Neste caso, a actuación de LACERA informando sobre o custo de traballadores adscritos á concesión distinto dos que na realidade estaban realmente adscritos, **falseou a libre competencia por canto afectou á capacidade de competir das demais empresas e alterou o funcionamento do mercado dun contrato de xestión de servizo público limitando dita capacidade e afectando de forma prexudicial ao interese público.**

Hai que lembrar que na práctica da Autoridade Nacional da Competencia a afectación a ese interese público non só o é cando se produce desde unha dimensión “cuantitativa” (polo volume de mercado) senón tamén, e cada vez máis, cando se produce desde unha dimensión “cualitativa”. Neste sentido hai que citar a Resolución do TDC do 7 de abril de 2003 (Expediente 535/02, Eléctrica Eriste) na que se indica que con todo a dimensión do mercado, que era moi reducida e inferior ao municipal (nun concello no que a súa poboación era inferior nesas datas aos 2.500 habitantes), declarou a conduta como falseamento da libre competencia por actos desleais que distorsionou gravemente a competencia no mercado con afectación ao interese público. A Audiencia Nacional na súa sentenza do 14 de

20 Porque como vimos, a oferta económica presentada por SAMAIN podería ser excluída por estar incurso en baixa anormal por non cubrir os custos laborais previstos no convenio colectivo sectorial.

novembro de 2005 na que resolveu sobre o recurso contra a Resolución anterior (recurso 315/2003) afirma que:

“a afectación do interese público a estes efectos non está ligada ao tamaño da infracción ou do mercado no que leva a cabo, senón que debe terse en conta a dimensión do acto de competencia desleal que provoca o falseamento da competencia”.

Neste caso o ilícito desleal por parte de LACERA produciuse no ámbito dunha contratación pública convocada pola Universidade de Vigo que alterou o proceso de contratación, xa que detectada pola Mesa de contratación, obrigou a pedir un informe a unha empresa externa, e co obxectivo de preservar o dereito á libre concorrência e evitar calquera prexuízo aos posibles licitadores, así como para garantir a seguridade xurídica e o principio de publicidade, considerouse axustado a dereito **desistir do procedemento de adxudicación antes sinalado**, sen prexuízo de iniciar un novo procedemento de licitación.

En conclusión, podemos afirmar que a actuación de LACERA afectou, e de forma clara ao interese público por falsear a competencia. E afectouno, como explica este Pleno, por múltiples motivos, sendo calquera deles suficiente para a devandita consideración.

6.4.2.- LA CONDUCTA CONSTITÚE UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Xa vimos que a conduta investigada foi apta para afectar o interese público por falsear significativamente a competencia. Agora examinaremos se é un acto de competencia desleal.

Os actos desleais aos que se refire o art. 3 da LDC non son outros que aqueles que de acordo coa lexislación de competencia desleal sexan merecedores de tal cualificación xurídica. Pero tamén é certo que algunhas resolucións do TDC amparáronse noutras normas distintas da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (LCD), acudindo mesmo ao Código Civil e considerando como desleais actuacións que implicaban abuso de dereito e o seu exercicio antisocial de acordo co art. 7.2 do Código civil²¹. Neste caso tamén incluímos como desleal a infracción do art. artigo 130 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público.

6.4.3. NORMAS INFRINXIDAS QUE CUALIFICAN O ACTO COMO DESLEAL

Este Pleno considera que as normas infrinxidas pola actuación de LACERA son as seguintes:

Primeiro. - Art. 15 da LCD

21 Resolución Tribunal de Defensa da Competencia (TDC) do 8 de xullo de 1992, Expediente 294/91, Aceites I.

O art. 15 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (LCD) sanciona como tal a infracción de normas.

“Artículo 15. Violación de normas.

1. Considérase desleal prevalese no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe ha de ser significativa.

2. Terá tamén a consideración de desleal a simple infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concurrencial.

3. Igualmente, no marco do disposto no artigo 2, considérase desleal a contratación de estranxeiros sen autorización para traballar obtida de conformidade co previsto na lexislación sobre estranxeiría.”

O precepto distingue dous supostos en función da norma que resultou infrinxida. Por unha banda, cando se trata de “normas xurídicas que teñan por obxecto a regulación da actividade concurrencial”, polo que a mera infracción desas normas constitúe un acto de competencia desleal. Doutra banda, cando estamos en presenza de normas que non revisten dita natureza, a infracción só se reputa desleal cando a conduta antixurídica xera unha vantaxe competitiva significativa para o infractor da que non gocen os que cumpriron coa legalidade. “Considerase desleal prevalese no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe ha de ser significativa”.

Respecto diso, a sentenza do Tribunal Supremo do 17 de febreiro de 2011 dispón que:

“Dous son as infraccións tipificadas no artigo 15 da Lei 3/1991. En ambas o comportamento desleal presupón a infracción de normas xurídicas, nun sentido material. Pero así como no suposto descrito no apartado 2 as mesmas han de ter por obxecto a regulación da actividade concurrencial, isto é, han de estar destinadas directamente a cumprir a función de ordenar o mercado e disciplinar as condutas competitivas de quen nel participan, as normas ás que se refire o suposto do apartado 1 non integran o ordenamento concurrencial, razón pola que lexislador -que non pretende sancionar como desleal toda clase de violación normativa- esixe que a infracción xere en beneficio do infractor unha vantaxe competitiva, da que por iso mesmo, non gozarán quen optase por cumprir o mandato legal por aquel desatendido - respecto diso, sentenzas 512/2005, do 24 de xuño, 1348/2006, do 29 de decembro e 311/2007, do 23 de marzo -. Só neste suposto a conduta ilícita enténdese que afecta ao correcto funcionamento do mercado, falseándoo.

Nun caso - o previsto no apartado 2 - considérase que o normal desenvolvemento do sistema concurrencial sofre coa mesma infracción, mentres que no outro - o previsto no apartado 1 - a causa da perturbación non é esta, senón a obtención dun beneficio do que non dispoñen os axentes cumpridores, pois non se toleran as vantaxes competitivas obtidas co incumprimento de normas xerais.”

A norma infrinxida que atribuíu unha vantaxe competitiva a LACERA é o artigo 130 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014.

A sentenza do 5 de novembro de 2021 do TSJG afirma, referíndose ao antigo art. 120 da LCSP cuxa función cumpre hoxe o art. 130 da LCSP, que:

“Resta precisar que ou art. 120 LCSP, como se vén a recoñecer finalmente pola actriz non escrito de conclusións, forma parte do bloque de normas que regulan ou dereito concorrencial, na medida en que impón unhas obrigas que serven para a instrución dun expediente para proceder a unha licitación dun contrato público ao que calquera empresa do sector poderá concorrer en réxime competitivo.”

O actual artigo 130 LCSP impón ao actual adxudicatario dun contrato público (incumbente), o deber de facilitar ao órgano de contratación información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación obrigatoria.

Como xa tivo ocasión de destacar a CGC na súa citada Resolución do 8 de xullo de 2020, no caso Arriva,

“(…), para poder presentar as súas respectivas ofertas económicas, os licitadores deben coñecer o custo real das prestacións obxecto do contrato, o cal se fará constar no prego de condicións formulado polo órgano de contratación. Se o número de traballadores subrogables que presenta a empresa que presta o servizo é superior aos que deben ser realmente subrogados, os licitadores que queren concorrer terán que asumir custos innecesarios que –no seu caso- pode levarlles a desistir de presentarse á licitación, ou adxudicado o seu favor a licitación terán que desistir do contrato pola imposibilidade de asumir as subrogacións e os seus custos ou poderán chegar a ser excluídos por resolución do contrato da Administración convocante da licitación por non cumprir co prego de condicións e coa normativa.”

Como sinala a Xunta Consultiva de Canarias no seu Informe 2/2013²² a finalidade do artigo 120 do anterior TRLCSP²³ (finalidade que hoxe cumpre o art. 130 da Lei 9/2017) radica en que:

“(…) os licitadores contén con todos os datos necesarios para realizar unha adecuada e completa avaliación dos custos das prestacións obxecto do contrato, de tal forma que dispoñan de todos os factores a ter en conta para presentar as súas

22 Informe 2/2013 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de data 5 de marzo de 2013, sobre se se debe iniciar ou non procedemento para declarar a prohibición para contratar dunha determinada empresa que non chegou a formalizar un contrato adxudicado, así como devolver ou non a garantía definitiva constituída no correspondente procedemento. Pódese consultar en http://www.gobiernodecanarias.org/cmmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/inf-2013-02-Ausencia-Formalizac-Contrato-Adxudicatario_tcm58-16619.pdf

23 Que impoñía á empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato para adxudicar e que tivese a condición de empregadora dos traballadores afectados a obrigación de proporcionar a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación, finalidade que hoxe cumpre o art. 130 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público

proposicións económicas axustadas á realidade das características e circunstancias específicas do contrato para adxudicar.”

Esta necesidade de que todos os licitadores teñan a información completa de todos os custos laborais en que os que eventualmente terán que subrogarse, de acordo cos previsto no art. 120 do anterior TRLCSP levou ao Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución nº 96/2015 do 30 de xaneiro de 2015, a afirmar que:

“Así pois, en contratos como o que nos ocupa, os pregos que rexen a licitación ou a documentación complementaria deben especificar coa suficiente precisión e exactitude, todos os elementos que resulten necesarios para permitir aos licitadores unha adecuada avaliación dos custos laborais efectivos en que van incurrir, de resultar adxudicatarios do contrato.”

Este mesmo criterio debe de manterse respecto do actual art. 130 da LCSP.

En consecuencia, cabe afirmar que o cumprimento da obrigaón de informar de forma completa veraz e actualizada das condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación, que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais que implicará tal medida que artigo 130 da Lei 9/2017 impón ao actual titular do servizo, **é un factor esencial que permite o correcto funcionamento do concurso público.**

Neste caso LACERA incumpriu a súa obrigaón de facilitar ao órgano de contratación información exacta, real e actualizada sobre a situación dos traballadores subrogables xa que enviou datos sobre traballadores que non eran verdadeiros e que afectaba, polo menos, aos sinalados como nº 9, 11, 19 e 21.

En definitiva, e como xa afirmo esta CGC noutras resolucións, “(...) o *Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público -e máis concretamente o seu artigo 120 -(hoxe 130 da Lei 9/2017) teñen por obxecto regular a actividade concurrencial no marco da contratación pública de bens e servizos e, por conseguinte, a infracción do mesmo constitúe per se un acto de competencia desleal por infracción de normas.”*

Como sinala a Subdirección de Investigación na súa proposta de Resolución, “Neste caso LACERA incumpriu a súa obrigaón de facilitar ao órgano de contratación a información exacta e real sobre os traballadores obxecto de subrogación e as súas circunstancias persoais con relevancia para os efectos da citada norma (artigo 130 LCSP), determinar os custos básicos e ineludibles do contrato para calquera licitador e para a propia Administración licitante”

Por todo iso, éche Pleno considera que se infrinxiu o art. 15 da LCD en relación co art. 130 da Lei 9/2017.

Segundo. - Art. 4 da LCD

O art. 4 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (LCD) sanciona como desleal todo comportamento que resulte obxectivamente contrario ás esixencias da boa fe.

“Artigo 4. Cláusula xeral.

1.- Se reputa desleal todo comportamento que resulte obxectivamente contrario ás esixencias da boa fe. (...).”

Como indicamos na Resolución 8 de xullo de 2020:

“A boa fe é a conduta socialmente considerada como exemplar. O exercicio conforme á boa fe dos dereitos implica que han de exercitarse de acordo cunha conduta que a conciencia social esixe conforme a un imperativo ético dado (Dez Picazo e Gullon). O principio da boa fe constitúe un dos catro principios fundamentais do dereito natural, xunto a equidade, a “natureza das cousas” e a naturalis cociente, como había devandito, entre outros moitos, J. Esser (Dos Mozos). Ademais, como sinala leste mesmo autor, os deberes que resultan de aplicar a boa fe, non son deberes morais, senón concretos deberes xurídicos como calquera outro.”

En definitiva, o que implica a boa fe é que o exercicio dos dereitos debe de executarse de acordo co modelo de conduta que socialmente é considerado honesto e adecuado. No presente caso, a empresa denunciada non actuou de boa fe nas súas obrigacións como anterior titular da prestación do servizo que daba orixe á licitación obxecto desta Resolución, facilitando os verdadeiros datos dos traballadores que poderían ser subrogados. Como conclúe o completo Informe externo encargado pola Universidade de Vigo á empresa PILOT CCS, relativo á *“Análise das manifestacións elevadas pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., por posibles impactos por información posiblemente non veraz na listaxe de subrogación do lote 7 do expediente 315/2019”*, a información facilitada pola empresa ao órgano de contratación da Universidade de Vigo, ratifican as sospeitas que, polo menos, os datos de catro traballadores non eran correctos. Non foi unha conduta que poida considerarse honesta e adecuada nin desde o punto de vista social nin desde o punto de vista das súas obrigacións como anterior concesionario do servizo. Por iso, este Pleno considera que existen elementos no comportamento da empresa denunciada que acredita que actuou contra as mínimas esixencias de “boa fe”. Hai que destacar que LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. é unha das grandes empresas do sector, con máis de 70 millóns de euros de facturación anual durante o ano 2020, con cerca de 4000 empregados, con ampla experiencia en presentación de ofertas en licitacións públicas (como se comproba consultando a Plataforma de Contratación do Sector Público) polo que non pode alegar, ausencia de mala fe na transmisión que fixo deses datos falsos á Universidade. Tampouco é admisible entender que todo se debeu a un erro porque, como tamén vimos, ese alegado erro sobre os custos laborais non só teríao que cometer ao indicar un dato no informe que envío á Universidade, ese erro teríase que repetir noutros moitos datos que LACERA facilitou á Universidade (salario bruto mensual, parte proporcional das pagas extras, importe da base de cotización, importe Seguridade Social a cargo da empresa....) e ese pretendido erro teríase que repetir en distintos momentos sucesivos da licitación (no momento de realizar a comunicación á Universidade de Vigo deses datos, no momento de analizar os pregos, no momento de realizar a súa oferta), o que unido ao pleno coñecemento dos custos reais do contrato porque era ela era a adxudicataria do mesmo no momento de saír a licitación (como a propia LACERA alega no expediente 309/20) e tendo en conta que con ese pretendido erro obtiña unha vantaxe

competitiva fronte ao resto de licitadores nunha contratación pública, acreditan un comportamento obxectivamente contrario ás esixencias da boa fe.

Neste mesmo sentido a Subdirección de Investigación sinala na súa Proposta de Resolución que para os efectos de valorar a aplicación dos artigos 4 e 15 LCD, o exame do expediente permite constatar os seguintes elementos básicos na conduta imputada a LACERA:

“1º.- non enviou no seu día a información que se lle requiría a pesar de dispoñer mesmo dun formulario específico, claro e sinxelo, que non albergaba dúbida acerca de por que e para que se lle requiría a información e acerca de cal debía ser o contido da información requirida;

2º.- LACERA presentouse á licitación cunha oferta que respondía os datos reais que só ela coñecía e que debía coñecer ex artigo 130 LCSP, o órgano de contratación como base para preparar a licitación e por tanto os demais potenciais licitadores.

3º.- Que LACERA non advertiu á Administración da posible existencia de ningún erro na información fornecida ata que lle foi requirida expresamente, como consecuencia da avaliación que das demais ofertas estaba a facer a mesa de contratación, asistida pola empresa contratada para o efecto.

4º.- A relevancia da inexactitude da información achegada por LACERA levou a Uvigo, como órgano de contratación responsable, a desistir da licitación en curso e iniciar un novo procedemento, cos custos e dificultades que iso representa para a propia Uvigo e para os demais licitadores.

Para avaliar a conduta de LACERA no ámbito da LDC e da LCD é preciso partir da condición de empresa de LACERA e por tanto da súa especial responsabilidade no mercado no que actúa. O feito de achegar unha información que non responde ao que se lle requiría e que se lle solicitou en tempo e forma de maneira clara e precisa non se pode considerar irrelevante desde a perspectiva da aplicación da normativa de competencia, senón que debe considerarse como o incumprimento dun deber legal esixible de maneira individual e indispoñible, na súa condición de adxudicatario dun contrato que se ía a licitar de novo.

A condición de empresa de LACERA, mesmo como sociedade anónima, impón a necesidade de esixirlle a dilixencia debida nas súas actuacións no tráfico mercantil (o Código de Comercio aludía de maneira rica e variada esta especial responsabilidade do empresario, con expresións xa clásicas ao que se debe esperar de quen asume a condición de empresario (o “ordenado empresario”, do Código de Comercio), mais rigorosa que a que o Código Civil prevía para o cidadán no empresario por non remitirnos á “Due Diligence” esixible en materia de sociedades de capital, categoría á que pertence como sociedade anónima a empresa LACERA”.

Esta falta de concorrencia de boa fe por parte dunha empresa cando esta fornece datos falsos á Administración sobre os traballadores subrogables nunha contratación pública foi

apreciada pola o TSJG na súa sentenza do 5 de novembro de 2021 ao desestimar a demanda interposta contra a Resolución 3/2020 do 8 de xullo de 2020, Arriva Noroeste S.L., (na actualidade Arriva Galicia):

“Dito isto, non compártese a concorrencia de boa fe reputada pola actriz, primeiro polo coñecemento que tiña do contido que lle impuña ou art. 120 LCSP (...) E en segundo termo porque, derivado do anterior, non podía ser descoñecedora das adversas consecuencias que para a competencia tiña esa omisión, no eido en que a subrogación dun traballador impón unha consecuencia económica máis gravosa para a execución do contrato que a súa inexistencia.

(...)

facilitar unha información que ocultando estes extremos, a demandante incorreu nunha conduta que excede de simple equivocación e faltou á boa fe que neste eido, como indica a STS de 2/2/1996, non seu FX 8º sintetízase en que falta cando, entre outras situacións “realizar un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente da súa dubidosa significación”

En conclusión, e vistos os preceptos da lexislación de competencia desleal infrinxidos pola actuación de LACERA (art. 15 e art. 4) e a infracción do artigo 130 da Lei 9/2017, este Pleno considera que o que executou a empresa denunciada foron actos de competencia desleal que falsearon a libre competencia.

6.5. RESPONSA ÁS ALEGACIÓNS FORMULADAS Á PROPOSTA DE RESOLUCIÓN

Antes de analizar as alegacións este Pleno quere manifestar o seu rexeitamento fronte a certas expresións realizadas pola denunciada no seu escrito de alegacións nos que pon en dúbida a obxectividade do órgano de investigación. Así na páxina 13 afirma “(...) ausencia de imparcialidade e obxectividade do Órgano Instrutor (...)”; na páxina 5 ao sinalar que non se analizou na Proposta de Resolución a versión da denunciada considera que a conclusión do órgano de instrución “(...) só poden cualificarse de parcial e subxectiva” e na páxina 18 na que di que a Subdirección de Investigación ao dar por correcta a conclusión alcanzada pola consultora externa, faio en realizar “unha análise imparcial e contraditoria das alegacións da empresa denunciada”.

Esta grave acusación contra o Órgano de instrución do expediente é rexeitada por este Pleno. O asinante do escrito, quizais para multiplicar a forza dos seus argumentos, utiliza estes termos que non corresponden co labor realizado pola Subdirección de Investigación neste expediente e faio en acreditar esas afirmacións, polo que podería entenderse que a razón das mesmas puidécese atopar na non aceptación polo órgano de instrución das alegacións que, para a súa defensa, formula a empresa LACERA. Este Pleno considera que a empresa pode defender as súas posicións sen ter que recorrer a este tipo de expresións

contra o funcionario público polo simple feito de non darlle a razón nas súas alegacións. Ademais, pon en dúbida un principio básico, o de imparcialidade do órgano instructor, sen acreditar os seus argumentos nin demostrar nin explicar as súas razóns.

Seguindo o esquema formulado pola propia empresa distinguiremos as seguintes alegacións:

1º.- Nulidade da Proposta de Resolución por vulneración do dereito de defensa e transgresión do principio de culpabilidade.

Neste sentido afirma a existencia de vicios procedementais que se produciron na investigación e no texto da propia Proposta de Resolución.

a.- Sobre a omisión no expediente instruído ante esta Comisión do escrito de manifestacións do 25 de outubro de 2019, así como dos documentos achegados, nese trámite, pola empresa denunciada ante a Universidade de Vigo, sinalar que si existen eses documentos no Expediente, que este Pleno púdoos examinar, que puido estudar as argumentacións que en defensa da súa postura e en base a eses documentos formula LACERA e tívoos en conta para os efectos de ditar a presente Resolución.

b.-Sobre a non inclusión na relación de feitos da Proposta de Resolución do referido escrito do 25 de outubro de 2019, sinalar que a mesma non ten que recoller todos os feitos e que si aparece citado ao referirse ao contido da Resolución Reitoral de 02/12/2019 e ás alegacións de LACERA ao PCH. Sinalar que LACERA interveu en todos os momentos o procedemento de acordo co establecido na LDC e no Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de Defensa da Competencia (RDC), e así puido examinar o expediente, formular alegacións ao Prego de Concreción de Feitos (PCH) e formulalas tamén á Proposta de Resolución. Estas alegacións recibíunas, e estudou, este Pleno. Ás alegacións ao PCH contestou, como está previsto normativamente, o órgano de instrución.

Seguíronse todos os trámites previstos na LDC e no RDC. Elaborouse un Prego de Concreción de Feitos (PCH), que se notificou aos interesados ao que LACERA presentou alegacións; tívose en conta a proba que o órgano de instrución considerou necesaria; a denunciada podería propoñer máis probas, pero o que non fixo; formulouse polo instructor a Proposta de Resolución que foi notificada a LACERA para que puidese presentar alegacións, o que fixo. E Con elas, o expediente foi remitido a este Pleno.

O principio de contradición ou de audi *alteram partem* implica que non pode recaer decisión sobre unha acusación sen que se produza o seu traslado á outra parte e brindóuselle a oportunidade de participar de forma activa no procedemento. Supón que se brinde ao interesado, neste caso LACERA, a posibilidade de estar presente en todo o expediente e de que poida ofrecer o seu punto de vista sobre os feitos e as cuestións xurídicas que no mesmo exponse. O Tribunal constitucional ha mantido a necesaria vixencia do principio de contradición que se traduce na esixencia dun xuízo contradictorio no que as partes poidan facer valer os seus dereitos como sinala na súa sentenza 52/1984, do 2 de maio:

“O dereito á defensa recoñecido no mencionado precepto constitucional, tradúcese na esixencia dun xuízo contradictorio no que as partes poidan facer valer os seus dereitos e intereses lexítimos”

Este principio implica que cada actuación que se leve a cabo dentro do procedemento de defensa da competencia en orde ao esclarecemento dos feitos, será trasladada ao denunciado para que este poida emitir a súa opinión e alegacións sobre ela, o que sucedeu neste expediente. Pero é que LACERA non só realizou alegacións ao PCF e á proposta de Resolución, tamén puido, e así sucedeu, pedir a vista do expediente e puido solicitar as prácticas das probas que considerase pertinentes na defensa dos seus dereitos.

Por estas razóns debe de rexeitarse esta alegación, xa que si se respectou o principio de contradición.

c.- Sobre a ausencia na Proposta de Resolución dunha verdadeira análise das alegacións formuladas pola parte denunciada ao PCH, a propia denunciada sinala que a Subdirección de Investigación si realizou unha valoración das súas alegacións ao PCH, que el cualifica como xenérica, (*“A falta dunha análise de detalle dos argumentos de LACERA, o Órgano Instrutor si incorpora, en cambio, unha valoración xenérica das alegacións da denunciada”* páxina 6 do escrito de alegacións de LACERA á Proposta de Resolución) pero que non foron admitidas polo Órgano de instrución. No seu escrito recóllense as alegacións formuladas por LACERA así como a valoración xurídica das mesmas, é certo que esa valoración non o é no sentido que defende a empresa denunciada, pero o seu rexeitamento non significa a súa falta de análise.

En canto á alegación de que se modificou a infracción imputada a LACERA, da Proposta de Resolución en relación co Prego de Concreción de Feitos, debe de sinalarse que a infracción da LDC que se lle imputa en ambos os documentos é a do art. 3. E non se variou en ningún momento no expediente.

A PCH sinala na páxina 17 que “Os feitos que este órgano de instrución considera probados neste expediente sancionador apuntan á comisión dunha infracción recollida no artigo 3 LDC, de falseamento da libre competencia por actos desleais respecto da licitación pública pola Universidade de Vigo para o servizo de limpeza respectuoso co medioambiente e coa seguridade e saúde laboral en distintos centros da Universidade de Vigo - lote 7”

E na Proposta de Resolución afírmase na páxina 42 que “ Que se declare a existencia dunha conduta prohibida polo artigo 3 LDC, constitutiva de infracción, desenvolta pola empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. (...)”.

Por iso debe de rexeitarse esta alegación.

Outra cousa totalmente distinta da infracción da LDC que se lle imputa a LACERA é a de determinar, de acordo o previsto no art. 3 da LDC e o criterio mantida pola doutrina e a xurisprudencia sobre os requisitos que debe de cumprirse para a aplicación dese art. 3, cales foron as normas infrinxidas que cualifican o acto como desleal.

d.- Sobre a vulneración do principio de culpabilidade e presunción de inocencia, a denunciada sinala que a súa actuación baséase nun involuntario erro ao fornecer os datos á Universidade de Vigo, erro que se arrastrou durante a presentación da oferta, que houbo ausencia de culpabilidade ou de intencionalidade nos seus actos, que non existiu intención de beneficiarse e que non concorreu o requisito de deslealdade.

Na Proposta de Resolución, a Subdirección de Investigación sinala que existen os seguintes elementos básicos na conduta imputada a LACERA:

“A condición de empresa de LACERA, mesmo como sociedade anónima, impón a necesidade de esixirlle a dilixencia debida nas súas actuacións non tráfico mercantil (ou venerable Código de Comercio aludía de xeito rico e variado a esta especial responsabilidade do empresario, con expresións xa clásicas ao que se debe esperar de quen asume a condición de empresario (ou “ordenado empresario”, do Código de Comercio), mais rigorosa que a que ou Código Civil prevía para ou cidadán non empresario 7, por non remitirnos á “Due Diligence” esixible en materia de sociedades de capital, categoría á que pertence como sociedade anónima a empresa LACERA.

Esta especial responsabilidade dá empresa fai irrelevante aos efectos de tipificación da súa conduta entrar a valorar a súa intencionalidade ou non nos feitos acreditados tendo en conta que a conduta é sancionable mediase ou non intencionalidade deliberada de infrinxir a normativa á que como empresario estaba suxeita a empresa LACERA non seu xiro ou tráfico mercantil”²⁴

A empresa denunciada quere entender esta expresión como a admisibilidade na Proposta de Resolución dun suposto de responsabilidade obxectiva, que implicaría a ausencia de calquera elemento volitivo, cando ao que se refire a Subdirección de Investigación é exclusivamente á intención deliberada de infrinxir, é dicir ao dolo, indicando que exista ou non dolo a conduta é sancionable xa que sempre o sería por culpa. Iso é conforme ao previsto no artigo 63.1 da LDC que condiciona o exercicio da potestade sancionadora á concorrencia no suxeito infractor de dolo ou negligencia na realización da conduta imputada.

Como sabemos, no ámbito do dereito administrativo sancionador español non ten cabida a responsabilidade obxectiva na comisión dunha infracción e resulta imprescindible un certo elemento volitivo, o que esixe que a conduta típica e antixurídica sexa imputable, polo menos a título de culpa, ao autor para a imposición da sanción, que é o que se indica na Proposta de Resolución²⁵

Pero tamén é certo que no ámbito das persoas xurídicas, como é neste caso a empresa denunciada, debe de terse en conta as peculiaridades da súa propia natureza que vai influír na determinación de se concorre ou non o elemento da culpabilidade, xa que este deberase de aplicar de maneira distinta e diferente a como se fai respecto das persoas físicas. De

24 Letra grosa engadida que non aparece na Proposta de Resolución orixinal.

25 Sentenza do TS do 22 de novembro de 2004 e artigo 130.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (LRJPAC) e 28 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime Xurídico do Sector Público.

maneira reiterada sinalárono os tribunais, chegando a afirmar o Tribunal Constitucional na súa sentenza 246/1991, do 19 de decembro ²⁶que:

“(...) esta construción distinta da imputabilidade da autoría da infracción á persoa xurídica nace da propia natureza de ficción xurídica á que responden estes suxeitos. Falta neles o elemento volitivo en sentido estrito, pero non a capacidade de infrinxir as normas ás que están sometidos. Capacidade de infracción e, polo tanto, reprochabilidade directa que deriva do ben xurídico protexido pola norma que se infrinxe e a necesidade de que dita protección sexa realmente eficaz e polo risco que, en consecuencia, debe asumir a persoa xurídica que está suxeita ao cumprimento da devandita norma”

Neste mesmo sentido o Tribunal Supremo estableceu que a culpabilidade no ámbito de aplicación da LDC debe ter en conta as particularidades lóxicas que implica a natureza delas mesmas²⁷:

“No caso de infraccións administrativas cometidas por persoas xurídicas non se suprime o elemento subxectivo da culpa, pero o mesmo débese aplicar de forma distinta a como se fai respecto de as persoas físicas. Lembra o Auto do Tribunal Constitucional 193/2007, do 26 de marzo, que esa construción distinta da imputabilidade da autoría da infracción á persoa xurídica nace da propia natureza de ficción xurídica á que responden as persoas xurídicas. Falta nelas o elemento volitivo en sentido estrito pero non a capacidade de infrinxir as normas ás que están sometidas. Esa capacidade de infracción conduce á reprochabilidade directa que deriva do ben xurídico protexido pola norma que se infrinxe e da necesidade de que dita protección sexa realmente eficaz.

Así se afirmou na xurisprudencia do Tribunal Constitucional desde a capital STC 246/1991 do 19 de decembro. A responsabilidade a efectos sancionadores das persoas xurídicas existe sen que por iso abandone o Alto Tribunal o elemento da culpa, necesario no noso Estado de Dereito. O principio de culpabilidade non impide que o Dereito Administrativo admita a responsabilidade directa das persoas xurídicas, recoñecéndolles capacidade infractora. Isto non significa, en absoluto, que para o caso das infraccións administrativas cometidas por persoas xurídicas suprimiuse o elemento subxectivo da culpa, senón simplemente que ese principio hase de aplicar necesariamente de forma distinta a como se fai respecto de as persoas físicas.”

E o mesmo criterio mantén a Audiencia nacional ao sinalar no Fundamento Xurídico 5º da súa sentenza do 8 de xullo de 2018 que:

“QUINTO.- A parte recorrente alega que non concorre o elemento da culpabilidade para xustificala procedencia da estimación da demanda.

²⁶ Sentenza 246/1991, do 19 de decembro (BOE/BOE núm. 13, do 15 de xaneiro de 1992)

²⁷ Sentenza do TS do 22 de maio de 2015, no asunto France Telecom (Orange) nº rec 95/2014.



O Tribunal Constitucional declarou reiteradamente que os principios do orden penal, entre os que se atopa o de culpabilidade, son de aplicación, con certos matices, ao dereito administrativo sancionador, ao ser ambos os manifestacións do ordenamento punitivo do Estado (STC 18/1987, 150/1991), e que non cabe no ámbito sancionador administrativo a responsabilidade obxectiva ou sen culpa, en cuxa virtude se exclúe a posibilidade de impoñer sancións polo mero resultado, sen acreditar un mínimo de culpabilidade aínda a título de mera neglixencia (SSTC 76/1990 e 164/2005).

O principio de culpabilidade, garantido polo artigo 25 da Constitución, limita o exercicio do ius puniendi do Estado e esixe, segundo refire o Tribunal Constitucional na sentenza 129/2003, do 20 de xuño , que a imposición da sanción susténtese na esixencia do elemento subxectivo de culpa, para garantir o principio de responsabilidade e o dereito a un procedemento sancionador con todas as garantías (STS do 1 de marzo de 2012, Rec 1298/2009).

Certamente, o principio de culpabilidade, previsto no artigo 130.1 da Lei 30/1992, de 26 novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, dispón que só poden ser sancionados por feitos constitutivos de infracción administrativa os responsables dos mesmos, aínda a título de simple inobservancia. Obviamente, iso supón que dita responsabilidade só pode ser esixida a título de dolo ou culpa, quedando desterrada do ámbito do dereito administrativo sancionador a chamada "responsabilidade obxectiva", e comprendendo o título culposo a imprudencia, neglixencia ou ignorancia inescusable. Esta "simple inobservancia" non pode ser entendida, por tanto, como a admisión no dereito administrativo sancionador da responsabilidade obxectiva, pois a xurisprudencia maioritaria do noso Tribunal Supremo (a partir das súas sentenzas de 24 e 25 de xaneiro e 9 de maio de 1983) e a doutrina do Tribunal Constitucional(despois do seu STC 76/1990), destacan que o principio de culpabilidade, aínda sen recoñecemento explícito na Constitución, inférese dos principios de legalidade e prohibición de exceso (artigo 25.1 CE), ou das propias esixencias inherentes a un Estado de Dereito, polo que se require a existencia de dolo ou culpa (neste sentido STS do 21 de xaneiro de 2011, Rec 598/2008).

Con todo, o modo de atribución de responsabilidade ás persoas xurídicas non se corresponde coas formas de culpabilidade dolosas ou imprudentes que son imputables á conduta humana. De modo que no caso de infraccións cometidas por persoas xurídicas, aínda que haxa de concorrer o elemento da culpabilidade, este aplícase necesariamente de forma distinta a como se fai respecto de as persoas físicas. Segundo a STC 246/1991 " (...) esta construción distinta da imputabilidade da autoría da infracción á persoa xurídica nace da propia natureza de ficción xurídica á que responden estes suxeitos. Falta neles o elemento volitivo en sentido estrito, pero non a capacidade de infrinxir as normas ás que están sometidos. Capacidade de infracción e, polo tanto, reprochabilidade directa que deriva do ben xurídico protexido pola norma que se infrinxe e a necesidade de que dita protección sexa realmente eficaz e polo risco que, en consecuencia, debe asumir a persoa xurídica que está suxeita ao cumprimento da devandita norma " (neste sentido STS do 24 de novembro de 2011, Rec 258/2009)."



E conclúe que haberá que atender ao criterio da esixibilidade doutra conduta diferente para concluír se concorre ou non o elemento da culpabilidade na conduta da empresa sancionada.

Este Pleno considera que á empresa LACERA era esixible unha conduta diferente da que tivo no expediente que motiva esta Resolución (número 315/19 lote 7) como explotador que ata ese momento era do servizo de limpeza, que volvía saír a licitación. Así LACERA debería de achegar á Universidade de Vigo toda a información precisa, suficiente e actualizada para que todas as empresas que concorresen á licitación puidesen coñecer cales eran os custos laborais reais que terían no momento en que o novo adxudicatario empezase a prestar o servizo, custos reais que LACERA, como adxudicataria do anterior concurso, coñecía perfectamente e neste sentido declarou, como vimos, para xustificar a presunción de anormalidade da oferta que presentou no Expediente 309/20.

Quedou acreditado que LACERA forneceu datos falsos e incompletos de varios traballadores subrogables. Que esa comunicación de datos que non respondan á realidade recoñeza a propia empresa respecto de 3 dos traballadores. Que eses datos eran determinantes na hora de fixar a posición das empresas para a adxudicación do contrato. Que a contía económica dos datos mal facilitados por LACERA sobre os custos laborais dos traballadores subrogables eran superiores ás diferenzas económicas que fosen determinantes á hora de adxudicación do contrato entre os licitadores mellor situados nese expediente. Que só a dilixente actuación da Mesa de Contratación da Universidade de Vigo, que estimou que a información facilitada por LACERA e que fora tomada como referencia para deseñar o contrato e, por tanto, os que tiveron en conta os licitadores cando presentaron as súas ofertas, non eran certos foi o que impediu que a empresa conseguise o seu obxectivo, ao desistir a Universidade do expediente. Todos estes feitos anulan esa presunción de inocencia demostrando ao culpabilidade da empresa.

A empresa, como quedou acreditado, actuou con intención de obter un beneficio desa conduta reprochable, consciente de que a súa actuación, que aínda que só fose por culpa, reportaríalle a vantaxe na licitación pública. Resulta ademais irrefutable que estamos ante unha empresa cunha dilatada e sobrada experiencia na contratación pública, xa que unha parte importante do seu negocio céntrase neste ámbito. Por tanto, é unha empresa que coñece perfectamente os principios que inspiran os procedementos públicos de contratación e as regras que rexen na súa tramitación, polo que o Pleno non aprecia motivos dos que puidese derivarse que esa empresa puidese descoñecer que coa súa actuación estaba a quebrantarse as regras sobre o procedemento competitivo nas licitacións públicas e, en particular, o acceso ao mercado de potenciais competidores impedindo que outras empresas puidesen concorrer ás licitación en igualdade de condicións que LACERA.

En conto á alegación de vulneración do seu dereito á presunción de inocencia (art. 24.2 CE) debemos lembrar que esa presunción configúrase como o dereito a non ser condenado sen probas, o que implica unha mínima actividade probatoria que pode ser directa ou indiciaria, o que sucedeu neste expediente.

Por iso debe de rexeitarse estas alegacións e apreciar a concorrencia do elemento volitivo da infracción.

e.- Sobre a ausencia de motivación na determinación da sanción imposta e a falta de rigor na cuantificación da multa, examinácese ao ver a sanción.

2º.- Ratificación ás alegacións ao PCH e inexistencia de infracción imputada.

a) En relación cos datos dos traballadores facilitados por LACERA esta sinala que o traballador 21 prestaba servizos no momento en que facilitou a información á Universidade de Vigo e que ese operario xa traballaba na Universidade de Vigo antes de que LACERA soubese que se lle requiriría pola Universidade de Vigo a listaxe de todo o persoal subrogable para os efectos de sacar a licitación ese servizos de limpeza.

Sobre isto ultimo sinalar que a empresa LACERA:

a) sabía perfectamente cando finalizaba o contrato que, aínda que admitía prorroga, non era obrigatoria para a Universidade de Vigo e, coñecendo iso o 5 de abril de 2019 ese traballador foi incorporado como indefinido a tempo parcial no centro obxecto do contrato.

b) pola próxima finalización do contrato, sabía que tería que achegar esa listaxe de persoal subrogable.

c) como empresa cunha dilatada e sobrada experiencia na contratación pública, coñecía que é unha obrigañón imposta polo art. 130 da LCSP que a empresa que veña efectuando a prestación obxecto do contrato para adxudicar teña que proporcionar a relación de traballadores subrogables, e que esa relación solicítase no momento en que, próxima a finalización do prazo do contrato, sae este a licitación.

c) sabía que un servizo, como o de limpeza, non era opcional de sacar ou non a concurso para unha administración universitaria.

Por tanto, LACERA coñecía a data de finalización do contrato, a norma contida no art. 130 da LCSP e a obrigañón que no mesmo imponse e podería saber perfectamente cando, aproximadamente, poderíase requirir emitir ese informe. Ademais, trátase dun servizo (limpeza de edificios administrativos, Bibliotecas universitarias, centros de investigación) sobre o que non existe ningunha dúbida da necesidade de que deba de seguir prestándose polo que a Universidade non tería outra opción que a de convocar a licitación.

Por todo iso non pode alegar que fixo a incorporación con descoñecemento de que se lle podería requirir o informe.

A alegación de que o traballador nº 21 prestaba servizos no momento de emisión do informe requirido pola Universidade de Vigo é certo, estaba de alta na empresa cun contrato indefinido a tempo parcial, pero, como sinalamos, tamén é certo que ese traballador deixou de estar de alta na empresa o 11 de setembro de 2019, no medio do procedemento de licitación do contrato, o que non notificou LACERA á Universidade de Vigo para que esta

puidécese corrixir un dato tan importante que afectaba a un traballador que estaba incluído na listaxe de subrogables cun contrato indefinido a tempo parcial, cando xa non era subrogable. Ao non facelo, de todas as empresas que podían concorrer á licitación, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. era a única que coñecía a verdade da listaxe de traballadores subrogables e os custos deses traballadores.

Chama a atención que LACERA nas súas alegacións non explique nin o motivo do porque da incorporación do traballador nº 21 cando o contrato estaba xa finalizando nin o da súa saída antes de finalizar o contrato. Tampouco contradí nas súas alegacións a afirmación realizada por PILOT CCS na que sinala que a clave de baixa do traballador nº 21 realizada o día 31 de agosto de 2019 (clave 55 – baixa por fusión/absorción da empresa) é a que se utiliza cando existe unha subrogación, o que lle levou a declarar a esta empresa contratada pola universidade de Vigo para analizar as manifestacións de LACERA que “o traballador nesa data foi cedido por LACERA en subrogación obviamente noutro centro alleo á Universidade de Vigo”. Sobre todo iso garda silencio LACERA.

Toda esta actuación de LACERA leva á empresa contratada pola Universidade para analizar as manifestacións de LACERA (Pilot CCS) a afirmar que:

“... polo que sen o menor ápice de dúbida atopámonos ante o que en sector denomínase “traballadora pantasma” que é incorporado a unha listaxe co único fin de engordar a listaxe e inducir a interpretacións económicas erróneas aos seus competidores”.

Tamén alega LACERA que non foi abordada na Proposta de Resolución redactada pola Subdirección de Investigación a existencia de situacións que afirma que son similares á do traballador nº 21 que aparecen noutros lotes da licitación distintos do obxecto deste expediente e que por tanto, non forman parte do Expediente sancionador: S 8/2019 Licitación Universidade de Vigo, o que esta plenamente xustificado por ser un tema estraño e alleo ao mesmo.

b) En relación cos traballadores nº 9, 11 e 19 LACERA alega que se tratou dun erro respecto de algúns datos dos devanditos traballadores. Sobre este tema este Pleno xa explicou a forma de actuar de LACERA e a súa valoración respecto de estes tres traballadores no apartado de: **“5.- CUESTIÓN PREVIAS 5.1.- Condicións laborais dos traballadores subrogables”**. Pero debemos sinalar que este Pleno cre moi correcto o recolleito na Proposta de Resolución da Subdirección de Investigación que cualifica o recoñecemento do erro pola empresa denunciada como de carácter reactivo e non proactivo, xa que o recoñecemento do que LACERA afirma ser un simple erro, prodúcese despois de múltiples actuacións pola súa banda nas que non é explicable, nun proceso dedutivo que se base nunha ligazón racional, que non detectase, de existir, ese presunto “erro” como son:

1º) No momento de realizar a comunicación que LACERA fai á Universidade de Vigo, a requirimento desta, dos datos do persoal subrogable.

2º) No momento de examinar os pregos da licitación onde se recollían os datos facilitados por LACERA, que esta empresa tivo que consultar para presentar a súa oferta.

3º) No momento de elaboración e presentación pola propia LACERA da súa oferta á nova licitación dese lote 7, que esixiría a LACERA unha valoración dos custos laborais dos traballadores subrogados para presentar a súa oferta e, por tanto, un exame das condicións deses traballadores subrogables que aparecían no prego.

En calquera deses momentos debería de detectar LACERA o que argumenta ser un “erro” e non o fixo. Algo difícil de explicar nunha empresa cun volume de negocio como LACERA e coa súa experiencia na contratación pública.

c) LACERA alega tamén que non obtivese a adxudicación dese Lote 7 xa que outra empresa (SAMAIN) presentara unha oferta mais barata, que non aproveitou ese suposto coñecemento privilexiado para presentar a mellor oferta e que se realizan afirmacións subxectivas na Proposta de Resolución que se dan por acreditadas.

En primeiro lugar indicar que non sempre o autor dunha infracción do dereito da competencia obtén o resultado que con esa actuación ilícita pretende conseguir. A violación da LDC non asegura o éxito ao infractor nin é garantía da obtención dun resultado favorable. Pero iso non é razón para exonerar da condición de responsable a ese operador. Este expediente é un exemplo de como se trunca os resultados perseguidos cunha actuación anticompetitiva pola reacción da propia administración que se vería prexudicada polo ilícito. Pero aínda que a licitación resolveuse e a empresa LACERA non fose adxudicataria do contrato de limpeza iso non quere dicir que esa empresa queda exonerada de culpa. O fracaso da operación realizada para obter ese beneficio infrinxindo a LDC non sa nin limpa o acto da infracción do art. 3 da LDC.

Esta idea recóllese na sentenza do TSJG do 5 de novembro de 2021 que desestima a demanda interposta contra a Resolución 3/2020 do 8 de xullo de 2020, Arriva Noroeste S.L., (na actualidade Arriva Galicia) na que fronte á alegación de que ARRIVA de que non obtivera a adxudicación do contrato o que demostraría que ningunha vantaxe adquirira ao facilitar información falsa sobre os traballadores subrogables, sinala que:

“A eventualidade de que desa vantaxe non derivásese a adxudicación do novo servizo á actora excede deste procedemento e é algo que depende da globalidade dous factores que inciden na adxudicación do servizo, pero é innegable que a actora puido afinar mellor na súa decisión económica na oferta derivada do seu coñecemento preciso dúas traballadores a subrogar”

En segundo lugar, como xa sinalamos, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A. ao facilitar uns datos de custos laborais do persoal subrogable superiores aos reais gozou dunha enorme situación de privilexio xa que podería axustar a súa oferta económica, que tiña unha ponderación do 95% nos criterios da adxudicación, facéndoa moi competitiva, xa que sabería que os custos laborais dos traballadores subrogables eran inferiores aos previstos no Prego de Prescricións Técnicas (PPT), de acordo cos datos que ela mesma facilitara. É certo que a oferta de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A. non era a máis económica, xa que o era máis a da empresa SAMAIN, por unha diferenza de pouco máis de 3.500 euros. Pero en caso de ser excluído SAMAIN, a adxudicación si sería para LACERA.

Como vimos, os custos laborais do persoal subrogable que ofertaba SAMAIN eran inferiores aos previstos no Prego de Prescricións Técnicas (PPT), polo esta empresa probablemente, de continuar o proceso de licitación, fose excluída do mesmo, algo que xa se iniciou pola Mesa de Contratación como consta na documentación. De suceder iso, e unha vez excluído SAMAIN por non respectar os custos laborais previstos no PPT, LACERA resultaría adxudicataria do contrato.

A vantaxe económica que a subministración deses datos incorrectos reportoulle a LACERA demóstrase, como vimos, comparando o expediente 315/19 co expediente 309/20:

No primeiro, que foi ao que desistiu a Universidade de Vigo por que estimaba que existira unha infracción non emendable das normas de contratación pública no relativo ao cálculo dos custos do persoal facilitados por LACERA, o importe de licitación era de 635.024,50 euros e a **oferta económica presentada por LACERA foi de 532.777,50 euros**, é dicir, cunha baixa de 102.247 euros que supoñía un 16,10% de baixa respecto do importe da licitación.

No segundo, expediente 309/20, que se tramita como consecuencia da Resolución Reitoral que acordou iniciar a tramitación dun novo procedemento de licitación para a prestación dos servizos de limpeza neses edificios da Universidade de Vigo incluídos no lote 7 do expediente 315/19, o importe de licitación elevouse ata os 657.563,18 euros e, en cambio, **a oferta económica presentada por LACERA foi de 505.331,7 euros**, é dicir, cunha baixa de 152.231.47 euros que supoñía un 23,15% de baixa respecto do importe da licitación.

Comparando ambos, obsérvase que ao ter que repetir a licitación por detectarse a falsidade da información facilitada por LACERA sobre os custos laborais do persoal para subrogar, LACERA presentou unha oferta mais baixa no segundo expediente cando o importe da licitación era mais elevado.

Por tanto, de non repetirse a licitación podería adxudicarse a LACERA o contrato do servizo de limpeza por unha cantidade superior á que se lle adxudicou posteriormente, con evidente prexuízo ao xogo da contratación pública, cun maior custo para as contas da Universidade e un beneficio para LACERA.

Por iso debe de ser rexeitada esta alegación.

d) LACERA alega que ata catro licitadores presentaron unha oferta económica cuxo custo de persoal era inferior ao resultante dos cálculos realizados por Pilot CCS que se elaborou a partir deses datos incorrectos facilitados pola propia empresa LACERA e que esas baixas eran moi superiores á desviación producida polos datos incorrectos facilitados por LACERA polo que, conclúe, que non tivo lugar efecto perturbador para a competencia.

Habemos de sinalar que dos datos da documentación conclúese que a oferta presentada por LACERA era a segunda mais baixa na licitación. Noseu s alegacións para xustificar que en nada influiría na licitación o facilitar incorrectamente os verdadeiros custos do persoal xa que iso non implicaría vantaxe algunha para LACERA, só ten en conta unha parte da oferta

económica (custos de persoal) e non a oferta económica total que presentaron as empresas.

LACERA ao ser a única empresa coñecedora dos verdadeiros custos do persoal de todas as que concorrían á licitación, e coñecedora de que a contía de custos laborais fixadas no PPT eran inferiores á realidade, tenia por ese motivo a capacidade de presentar unha oferta económica que, por unha banda, fóra o suficientemente alta para que non infrinxise o previsto no convenio colectivo (que supuxese a súa probable exclusión da licitación) e doutra banda, que fóra o suficientemente baixa para resultar adxudicataria do contrato pois sabía que nos custos de persoal existían cantidades que nunca se destinasen a pagar aos traballadores.

Por iso debe de rexeitarse esta alegación.

e) Alega LACERA que non existe afectación ao interese publico.

Nesta Resolución existe un apartado específico en relación coa afectación ao interese publico e ao remitímonos para rexeitar esta alegación..

3º.- Inaplicación dos criterios de gradación do art. 64.1 da LDC e do principio de proporcionalidade. Transgresión da indicacións da CNMC. Referencia á prohibición de contratar.

Las alegacións en relación á sanción examinátese ao fixar esta e o mesmo respecto de a prohibición de contratar.

6.6. RESPONSABILIDADE. INFRACCIÓN DA LDC

De acordo cos principios que rexen o Dereito administrativo sancionador, o artigo 63.1 b da Lei de defensa da Competencia esixe que as empresas sexan autoras, de forma negligente ou deliberada, das condutas previstas na LDC. Sobre el particular, a sentenza da Audiencia Nacional do 9 de febreiro de 2004, relativa ao Colexio de Avogados de Jerez de la Frontera, dispón que:

“como diciamos na nosa sentenza do 2 de febreiro de 2004, antes citada, no presente caso a claridade da norma reguladora da prestación de servizos profesionais no territorio nacional, é clara e terminante, regula directamente os requisitos de tal exercicio, e establece un réxime concreto para o mesmo, por iso a dilixencia esixible do Colexio, engloba a aplicación do novo réxime que polos seus termos non requiría dun desenvolvemento normativo ulterior para a súa aplicación nin reviste unha especial complexidade na súa interpretación. Concorreu pois, polo menos, negligencia na conduta”.

A normativa que regula a contratación pública é clara no sentido de recoñecer a necesidade de garantir o principio de libre competencia entre as empresas interesadas en prover de bens ou prestar servizos á Administración. Así o recoñece, entre outros, el artigo 1 Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público:

“1. A presente Lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, a fin de garantir que a mesma se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores; e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, e o principio de integridade, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia da definición previa das necesidades para satisfacer, salvagárdaa da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa.”

Nesta condicións era necesario esixir á empresa denunciada dilixencia no cumprimento do preceptuado no art. 130 da LCSP, absténdose de achegar datos inexactos na licitación e facilitando á Universidade de Vigo información precisa, suficiente e actualizada para que todas as empresas que concorresen á licitación puidesen coñecer cales eran os custos laborais reais que terían no momento en que o novo adxudicatario empezase a prestar o servizo.

Examinados os antecedentes e os Fundamentos de dereito pódese afirmar que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. Ao subministrar información que non era certa ao órgano de contratación da Universidade de Vigo respecto do número e condicións laborais de os traballadores subrogables no Expediente 315/2019 “SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO - LOTE 7” incumprindo o previsto no art. 130 da LCSP, infrinxiu art. 3 da Lei de Defensa da Competencia (LDC) por supoñer un acto de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público, polo que a infracción débese de cualificar como grave de acordo co ar.62.3 c) do texto da LDC aplicable neste procedemento²⁸.

6.7. SANCIÓN

De conformidade co disposto no artigo 50.4 LDC, practicados os actos de instrucións necesarios, a Subdirección de Investigación formulará proposta de resolución que será

²⁸ Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores.(«BOE/BOE» núm. 101, do 28 de abril de 2021). Na súa Disposición transitoria primeira. Apartado 1 sinala que “1. Aos procedementos xa iniciados antes da entrada en vigor dos artigos primeiro, segundo, e disposicións finais primeira e segunda deste real decreto-lei non lles será de aplicación o mesmo, rexéndose pola normativa anterior.”

notificada aos interesados para que, no prazo de quince días, formulen as alegacións que teñan por convenientes. Dita proposta incluírá, nos expedientes sancionadores en materia de competencia incoados a partir de 2 de outubro de 2016 “a sanción que se propoña” nos termos sinalados no artigo 89.3 da Lei 39/2015, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas. Considerouse pola Subdirección de Investigación a comisión por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. dunha infracción do artigo 3 LDC.

6.7.1.- SANCIÓN PROPOSTA E CÁLCULO DA MESMA

Neste expediente declarouse a existencia dunha infracción grave (art. 62.3.c) do texto da LDC anterior á reforma introducida nesa lei pola Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, xa que, como vimos, a Disposición transitoria dese Real Decreto - lei sinala que non será aplicable aos procedementos que, como o presente, atopásense xa iniciados antes da súa entrada en vigor²⁹.

Segundo o texto do artigo 62.3, letra c) da LDC aplicable a este procedemento, son infraccións graves:

“c) O falseamento da libre competencia por actos desleais nos termos establecidos no artigo 3 desta Lei.”

Conforme a iso LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. poderá ser sancionada cunha multa de ata o 5% do volume de negocios total no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa (art. 63.1.b), isto é, o ano 2020.

Así, o artigo 63 LDC dispón, para os efectos do presente caso o seguinte:

“1. Os órganos competentes poderanlles impoñer aos axentes económicos, empresas, asociacións, unións ou agrupacións daquelas que, deliberadamente ou por descoido, infrinxan o disposto nesta lei as seguintes sancións:

[...]

b) As infraccións graves con multa de ata o 5 por cento do volume de negocios total da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa.”

29 Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición de directivas da Unión Europea nas materias de competencia, prevención do branqueo de capitais, entidades de crédito, telecomunicacións, medidas tributarias, prevención e reparación de danos ambientais, desprazamento de traballadores na prestación de servizos transnacionais e defensa dos consumidores. («BOE/BOE» núm. 101, do 28 de abril de 2021). Na súa Disposición transitoria primeira. Apartado 1 sinala que “1. Aos procedementos xa iniciados antes da entrada en vigor dos artigos primeiro, segundo, e disposicións finais primeira e segunda deste real decreto-lei non lles será de aplicación o mesmo, rexéndose pola normativa anterior.”

6.7.2.- A LEGACIÓNS.

Como se recolleu nos antecedentes, formuláronse alegacións por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. a Proposta de Resolución elaborada pola Subdirección de Investigación e notificada as partes.

Entre esa alegacións están algunhas relativas á contía da sanción que agora se contestan.

As alegacións presentadas por LACERA en relación coa sanción e a súa contía son, quizais, as mais extensas de todos as que presenta no seu escrito do 23 de novembro de 2020. Exponas en dous puntos distintos do mesmo, xa que por unha banda realízaa na páxinas 14 e 15 dentro do bloque da primeira alegación e como alegación propia na terceira das que presenta no seu escrito (pp. 27 a 39).

a) Sobre a alegación de desaparición da empresa como consecuencia da sanción. Alega LACERA que a imposición da multa proposta pola Subdirección de Investigación levaría consigo a súa desaparición da empresa, o que é contrario ao criterio establecido na STS do 9 de decembro de 2015.

Con independencia de que a contía da sanción determinárase nesta Resolución e por este Pleno, sinalar LACERA non explica as razóns para alegar que a sanción proposta pola Subdirección de Investigación leve consigo a disolución da sociedade, non achega documentación económica nin de ningún outro tipo xustifique tan radical consecuencia, non achega estudos que poidan amparar esa afirmación nin achega contas anuais nin ningún documento da empresa que xustifique esa alegación. Polo que debe de rexeitarse. Se a posibilidade de que a contía da sanción formulada na Proposta de Resolución puidese levar consigo a desaparición da empresa, unha mínima dilixencia esixible a unha prudente administrador da sociedade mercantil obrigáralle á presentación de toda aquela documentación que puidese demostrar o risco que esa sanción conleva á viabilidade económica da empresa, o que non sucedeu neste caso. Se debemos de destacar que cos datos que dispón este Pleno, produciuse un importante incremento de facturación da empresa nun ano tan complicado como foi o 2020, ea que paso de 65.087.628,84 € no ano 2019 a 70.165.500,37 € no 2020, o que supón un incremento de 5.077.871,53 €, é dicir, un 7,8% de crecemento na facturación nun ano.

Debe por iso rexeitarse esta alegación.

b) Sobre a falta de análise dos criterios de gradación da multa. Sinalar que será nesta Resolución na que se determinará a contía da multa e a fixación dos criterios para a determinación do importe da sanción valorando tanto a proposta presentada pola Subdirección de Investigación como as alegacións presentadas polo representante legal de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S. A., coa extensión e determinación necesaria, de acordo cos criterios contemplados no art.64 da LDC e a Xurisprudencia do TS.

Na Proposta de Resolución contén criterios que se tiveron en conta para a determinación da sanción ao non apreciar circunstancias atenuantes nin agravantes no mercado afectado, a diferenza entre os datos achegados e os que se consideran axustados. Criterios que ampliáanse nesta Resolución, polo que esta alegación debe de ser rexeitada.

c) A alegación de que “(...) **aínda que a Universidade non desistise da licitación, LACERA nunca obtería un beneficio ilícito.**” debe de ser rexeitada.

Indicar que é neste momento (fixación do importe da multa) cando esta alegación ten sentido ser exposta e non no momento en que se quere acreditar que non se cometeu o ilícito xa que este prodúcese con independencia do beneficio económico que o mesmo lle xere ao infractor.

Como vimos nesta Resolución, non é certo que se a Universidade non desistise do contrato a empresa LACERA, non obtivese un beneficio lícito, xa que ademais da probabilidade de ser adxudicataria do contrato implicaría o peche dese mercado ás empresas competidoras durante o período en que o mesmo estivese vixente. Por tanto, debe de rexeitarse esta alegación.

d) Sobre a alegación de que non debe de ser o importe da facturación da empresa o parámetro para a fixación da mesma por ser un criterio inadecuado. Así sinala que:

“(...) a inadecuación da utilización do devandito parámetro valorativo, na medida que o maior ou menor volume de negocio dunha sociedade, non ten relación algunha coa gravidade da conduta, nin coas circunstancias concretas referidas á infracción que se lle imputa, e que como xa se razoou, a inclusión do devandito criterio no artigo 63 LDC responde á fixación dun máximo legal, e cuxa finalidade última é establecer un tope legal para evitar que a sanción poida aparelar a desaparición das empresas.”

Esta alegación debe de ser rexeitada xa que, como vimos, ese é o criterio adoptado pola LDC no seu art. 63, do cal non pode apartarse este Pleno nas súas resolucións. Outra cousa distinta é a gradación do importe ao que se refire o art. 64 da LDC.

Con independencia diso, este Pleno considera moi correcto que o criterio establecido na LDC para fixar a imposición da multa por infracción do dereito da Competencia veña determinada polo volume de negocios total da empresa (hoxe tras a reforma introducida pola Real Decreto-lei 7/2021, do 27 de abril, non aplicable a este procedemento, sinálase que será un tanto por cento do volume total mundial da empresa), é dicir, pola situación económica do infractor. Considera este Pleno que esta é a forma mais xusta de facer recaer sobre o operador económico infractor as consecuencias do seu ilícito, evitando que coa fixación por lei de cantidades fixas con independencia da súa facturación puidese facer perder as finalidades que, como sinala a Comisión Europea, persegue a multas como son castigar e disuadir ao infractor. Iso produciríase nos casos nos que, por ser unha cantidade fixa máxima establecida con dependencia da facturación do infractor, para un gran operador a infracción non lle causaría especial prexuízo polo seu elevado volume de negocios co que perdería a multa a súa finalidade disuasoria e de castigo e, en cambio, para outros operadores, cunha facturación moito mais reducida, se cumpriría sobradamente esas finalidades. O emprego da regra da situación económica do infractor como criterio para a determinación do importe da sanción é, ademais, utilizada no Código penal (arts. 50 e 52) e noutros ámbitos do dereito administrativo sancionador como o tributario (art. 203 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, Xeral Tributaria). Como sinalou o Tribunal Supremo na súa sentenza do 29 de xaneiro de 2015 (Roj: STS 112/2015 - ECLI: É:TS:2015:112)

“(...) Trátase dun factor expresivo da capacidade económica do suxeito infractor e, nesa mesma medida, apto para deducir del a intensidade da resposta sancionadora en que consiste a sanción pecuniaria. O lexislador ten unha ampla capacidade de configuración normativa para elixir aquel factor como módulo de referencia no cálculo das multas, do mesmo xeito que podería optar por outros (por exemplo, o beneficio obtido como consecuencia da infracción).”

e) Sobre a aplicación do principio de proporcionalidade, a empresa pide a redución da contía en atención ao principio de proporcionalidade. Debemos de dicir que nesta Resolución detallásense, con carácter pormenorizado, a adecuación entre o feito constitutivo da infracción e a sanción.

6.7.3. CRITERIOS PARA A DETERMINACIÓN DO IMPORTE DA SANCIÓN

A conduta descrita está tipificada como infracción graves, conforme ao xa citado artigo 62.3, letra c) da LDC.

En relación co cálculo do importe da sanción debe terse en conta o disposto pola Sentenza do Tribunal Supremo do 29 de xaneiro de 2015 (Roj: STS 112/2015 - ECLI: É:TS:2015:112) que, para ese efecto, dispón:

“A expresión “volume de negocios” non é en si mesma conceptualmente diferente da expresión “volume de negocios total”, como se destacou con acerto. Con todo, cando o lexislador de 2007 engadiu de modo expreso o adxectivo “total” ao substantivo “volume” que xa figuraba, sen adxectivos, no precepto análogo da Lei anterior (así sucedeu co artigo 63.1 da Lei 15/2007 fronte á redacción do artigo 10.1 da Lei 16/1989), o que quixo subliñar é que a cifra de negocios que emprega como base da porcentaxe non queda limitada a unha parte senón ao “todo” daquel volume. Noutras palabras, coa noción de “volume total” optouse por unificar o concepto de modo que non caiba distinguir entre ingresos brutos agregados ou desagregados por ramas de actividade da empresa autora da infracción. Vontade lexislativa acorde con esta interpretación que, como ben lembra o voto particular, rexeitou as propostas de modificación do texto, expostas nos traballos preparatorios da súa elaboración, que especificamente tentaban reducir o volume de vendas a tan só as realizadas no mercado afectado pola infracción.”[...]

“En efecto, o artigo 64.1 da Lei 15/2007 esixe que, dentro da escala sancionadora -interpretada no sentido que xa declaramos- se adecúe o importe da multa en función de criterios tales como a dimensión e características do mercado afectado pola infracción, a cota que dentro del teña a empresa infractora e os beneficios ilícitos por ela obtidos como consecuencia da infracción.

Son criterios, pois, que inequivocamente remiten á concreta distorsión da competencia que se produciu en cada caso, isto é, á consumada no seo dun determinado sector ou mercado onde opera a entidade sancionada, que pode, ou pode non, simultaneamente operar noutros mercados.

Se é válido utilizar o "volume de negocios total" da entidade para o cálculo da porcentaxe máxima aplicable á máis grave das condutas posibles, no caso das empresas "multiproducto" a avaliación pormenorizada da concreta conduta infractora, dentro do sector específico de actividade e conforme aqueles criterios, permitirá igualmente atender as esixencias do principio de proporcionalidade no sentido ao que tenden as reflexións da Sala de instancia na súa parecer maioritario, isto é, tomando en conta aquel elemento xunto co resto dos que inclúe o artigo 64.1 da Lei 15/20 07".

Sobre a base destas premisas é preciso chegar á conclusión de que a determinación da sanción deberá concretarse nun arco que discorre desde o "0%" ata o "5%" do volume de negocios total da empresa infractora no exercicio anterior ao de ditarse resolución, é dicir, no ano 2020 (70.165.500,37 €).

O volume de negocios total da empresa declarada responsable correspondente o ano 2020 foi de 70.165.500,37 €, polo que o importe máximo da multa non poderá superar a cantidade de 3.508.275,02 €.

A sanción debe determinarse partindo dos criterios de gradación previstos no artigo 64.1 da LDC, seguindo os criterios da Xurisprudencia do Tribunal Supremo. A sanción deberá de cumprir a finalidade de efectividade e capacidade disuasoria fronte á posible comisión de ilícitos anticompetitivos por parte dos operadores económicos de tal xeito que non só non obteñan un beneficios desa actuación, que se produciría cando o custo da sanción fose inferior aos beneficios obtidos de cometer a mesma senón que se debe de incrementar ese efecto disuasorio a cotas superiores tendo en conta o beneficio esperado desa actuación ilícita (económico ou de peche de mercado a outros operadores, como sucede neste expediente) e o factor da probabilidade de detección da conduta infractora (que non fose detectado senón fóra pola actuación da Universidade de Vigo). Neste sentido a xa citada STS do 29 de xaneiro de 2015 sinala no seu Fundamento Xurídico noveno que:

"Esta Sala declarou (por todas, véxanse as sentenzas do 6 de marzo de 2003 e 23 de marzo de 2005 , recursos de casación 9710/1997 e 4777/2002, respectivamente) que entre os criterios reitores para valorar a adecuación das sancións á gravidade dos feitos atópase o de que "[...] a comisión das infraccións anticoncurrenciales non debe resultar para o infractor máis beneficiosa que o cumprimento das normas infrinxidas. Criterio que, aínda non expresado literalmente no artigo 10 da Lei 16/1989 [tampouco explicitamente na Lei 15/2007], pode entenderse implícito nas letras a), c) e d) do seu apartado 2, así como na facultade de exceder o límite sancionador dos 150 millóns de pesetas ata o dez por cento do volume de vendas da empresa infractora (artigo 10 apartado uno). En todo caso, con ou sen mención legal específica, corresponde á natureza mesma da propia potestade sancionadora, como o demostra a súa posterior inclusión baixo a rúbrica do «principio de proporcionalidade» no artigo 131.2 da Lei 30/1992 ".

Aínda que iso dependerá xa do lexislador, responsable último de fixar a aptitude intimidatoria das sancións, un sistema xeral de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizais debería implicar non só a ausencia, en todo

caso, daqueles beneficios senón un plus que anada, aos termos da ecuación "beneficio esperado" menor ao "custo da sanción", anada, dicimos, o factor da probabilidade na detección das condutas infractoras."

Pero tamén a sanción deberá de atender ao principio de proporcionalidade que como indica o TS na súa sentenza do 3 de decembro de 2008 (Roj: STS 7158/2008 – ECLI:É:TS:2008:7158) no seu Fundamento de dereito segundo, comporta que:

"(...) calquera actuación dos poderes públicos limitativa ou restritiva de dereitos responda os criterios de necesidade e adecuación ao fin perseguido "

Como sinala o Auto da Sala contencioso-administrativa do Tribunal Supremo do 25 de febreiro de 2021(Rec.1481/2019) a proporcionalidade, como concepto xeral, presupón conceptualmente unha comparación, de tal xeito que para a súa apreciación é consustancial que esa proporción establézase de acordo cunha aproximación ao concepto gramatical recollido no dicionario da Real Academia Española que o define como "a conformidade dunhas partes co todo ou de cousas relacionadas entre si".

Ao mesmo tempo, o parámetro da proporcionalidade, como criterio para a imposición da sanción, esixe que a CGC xustifique e acredite as circunstancias que concorren no infractor para impoñer esa concreta sanción. Como sinala a STS do 24 de abril de 2012 (STS 2996/2012 - ECLI:É:TS:2012:2996) que:

"(...) ao non ser a actividade sancionadora da Administración unha actividade discrecional, senón unha actividade tipicamente xurídica ou de aplicación das normas, (así o recoñece o noso Tribunal Supremo en Sentenzas do 23 de Decembro de 1981 , 3 de Febreiro de 1984 e 19 de Abril de 1985), os factores que han de presidir a súa aplicación estean en función do que dispoña o Ordenamento Xurídico en cada sector en particular e, moi especialmente, nas circunstancias concurrentes.

É neste ámbito, no que xoga, precisamente, un papel extraordinariamente clarificador a motivación do concreto acto administrativo sancionador e na medida en que a mesma deberá de definir, non só as circunstancias modificadoras da responsabilidade apreciadas e probadas, senón, ademais, a específica razón que entende a Administración concorre para, nas marxes outorgadas pola lei, impoñer unha concreta sanción."

En conclusión, a sanción que este Pleno impoñerá a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. deberá de cumprir coas esixencias de efectividade e capacidade disuasoria respectando o principio de proporcionalidade.

Partindo destas premisas, os criterios por medio dos cales se determinan as sancións no noso ordenamento deben tamén respectar as esixencias do artigo 64 da LDC na súa interpretación ofrecida polo TS.

Neste caso, tendo en conta que

a) Que o mercado afectado é da prestación de servizos de limpeza, conservación e mantemento de edificios e complexos especiais tanto públicos como privados.

b) Que a empresa LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. como vimos, foi a oitava empresa de España por facturación no ano 2019 no sector de limpeza xeral de edificios de acordo coa clasificación elaborada polo Economista.es, xa que facturou máis de 65 millóns de euros ese ano. No ano 2020 a facturación de LACERA incrementou ata os 70.165.500,37 euros. Sinalar que, de acordo cos datos do Informe económico e de competitividade ARDAN 2021, o sector de servizos a edificios e instalacións de Galicia, constituído por 246 empresas, tivo uns ingresos de explotación de 223,73 millóns de euros. LACERA é, ademais, unha empresa que ten en persoal 4.000 traballadores e que ten unha gran experiencia na presentación de ofertas nos concursos ante as administracións públicas como o acredita a Plataforma de Contratación do Sector Público.

c) Que o mercado xeográfico afectado pola infracción é, como se sinal nesta Resolución, o ámbito da licitación de referencia.

d) A duración da infracción tivo lugar desde a data de reclamación pola Universidade de Vigo da información requirida de acordo co art. 130 da o 23 de abril de 2019 ata o 31 de xullo de 2020 data de adxudicación do novo contrato de “Servizo de limpeza respectuoso co medio ambiente e coa seguridade e saúde laboral nos servizos xerais e de investigación: biblioteca central, CACTI, Ecimat, MTI, edificio de xerencia (servizos xerais), Reitorado, Parque móbil, Torre módulo 2 e 5 e servizo de deportes (excepto novo CACTI-CINBIO-ANIMALARIO” Expediente 309/20, que tivo que ser convocado tras desistir a Universidade do procedemento que dá lugar a esta Resolución pola irregular actuación de LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

e) A conduta, como vimos, tivo o efecto (art 64.1.e) de excluír de unha licitación pública, a outras ofertas competitivas presentadas por empresas que no caso de que facilitase correctamente os datos LACERA poderían ser consideradas pola Universidade de Vigo na adxudicación da licitación. A actuación de LACERA implicou o alterar os estándares de anormalidade das baixas ao informar duns custos laborais por encima dos reais e implicase un incremento de gasto, como vimos, para a Universidade de Vigo en caso de non detectarse a conduta ilícita de LACERA por unha denuncia doutra empresa e a actuación dilixente da Universidade de Vigo.

f) A actuación ilícita desenvolta por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S.A. nese expediente reportoulle o beneficio de pechar o mercado desa licitación durante o tempo de duración do contrato ao resto de empresas competidoras que concursaron. Ademais implicase un beneficio moi especial para a empresa, xa que non tería os beneficios económicos derivados da adxudicación desa contratación senón un plus de beneficio xa que sabía que os custos reais do contrato (era a única empresa que tiña esa información) eran inferiores aos que ela mesma facilitara á Universidade e que aparecían no Prego. É certo que isto non tivo lugar, pero hai que sinalar que iso non foi por unha actuación de LACERA que perseguise reparar o dano senón que foi consecuencia da xestión da Universidade de Vigo que desistiu do contrato e frustrou as intencións de LACERA.

Pero tamén é certo que esa actuación non foi neutra para LACERA, implicou un beneficio, xa que a Universidade de Vigo, que tivo que desistir da licitación dese contrato de limpeza pero tiña que continuar coa prestación dese servizo en varios centros universitarios (edificios administrativos, Bibliotecas universitarias, centros de investigación), viuse obrigado a prorrogar o contrato con LACERA ata o 31 de xullo de 2020. Iso significou que a actuación ilegal de LACERA ao fornecer datos falsos á Universidade implicou un beneficio económico para a empresa, con prorroga do contrato durante 11 meses e o peche desa licitación ás outras empresas ata esa data.

g) Para determinar a gravidade da conduta debe considerarse a existencia dun aparente cubro da normativa de contratación ao achegar LACERA os datos establecidos no art. 130 da LCSP de forma que non correspondía á realidade e que de non ser pola denuncia doutra empresa nunca fosen detectados.

A conduta de LACERA tiña por obxectivo o alterar unha contratación pública convocada pola Universidade de Vigo por medio da subministración de datos incorrectos sobre un determinado número de traballadores subrogables, cando, un dos principios que persegue o dereito da competencia en materia de contratación pública é o da máxima concorrência de licitadores en igualdade de condicións cando unha Administración recorre ao mercado para abastecerse de bens e servizos, o que a actuación de LACERA quixo cernar

A valoración da densidade antixurídica da conduta que vimos conduce a este Pleno para considerar que, aínda que o reproche sancionador debe ser efectivamente disuasorio, o principio de proporcionalidade esixe que esa sanción sitúese no tramo inferior da escala cando se ten en conxuntamente en conta, como nesta Resolución realízase, os trazos característicos da infracción cometida e as características da empresa responsable.

En efecto, estamos ante empresas cuxa facturación é elevada, e tal e como fai notar o Tribunal Supremo, aínda que resulta adecuado ao principio de proporcionalidade e á finalidade disuasoria atender á facturación total da empresa como manifestación directa da súa capacidade económica, non pode descartarse que nalgúns casos a sanción imposta a empresas cunha facturación particularmente elevada deba ser modulada para a súa adecuación ao principio de proporcionalidade.

Para calcular o importe da multa deberase de ter en conta os seguintes datos :

1º.- Comparando o expediente de licitación 315/19 da Universidade de Vigo (que dá orixe a esta Resolución e do que desistiu a Universidade) co expediente de licitación 309/20 (que se convocou tras esa desistencia) obsérvase que:

No primeiro, expediente 315/19 que foi do que desistiu a Universidade de Vigo, o importe de licitación era de 635.024,50 euros e a **oferta económica presentada por LACERA foi de 532.777,50 euros**, é dicir, presentou unha oferta cunha baixa de 102.247 euros que supoñía un 16,10% de baixa respecto do importe da licitación.

No segundo, expediente 309/20, que se tramita como consecuencia da Resolución Reitoral que acordou iniciar a tramitación dun novo procedemento de licitación para a

prestación do servizo de limpeza neses edificios da Universidade de Vigo incluídos no lote 7 do expediente 315/19, o importe de licitación elevouse ata os 657.563,18 euros e, en cambio, **a oferta económica presentada por LACERA foi de 505.331,7 euros**, é dicir, cunha baixa de 152.231.47 euros que supoñía un 23,15% de baixa respecto do importe da licitación.

De acordo con eses datos a diferenza entre a baixa que presentou LACERA ao expediente 315/19 e a que presentou ao expediente 309/20 foi de 49.984,47 euros.

Ademais LACERA para poder ser adxudicataria do contrato na segunda licitación tivo que facer unha baixa superior (23,15%) á que fixo na primeira licitación (16,10%).

Ademais, para a segunda licitación cun importe mais alto que a primeira (657.563,18 euros fronte aos 635.024,50 euros da primeira) presentou LACERA unha oferta económica mais baixa (505.331,7 euros na o segunda fronte aos 532.777,50 euros da primeira) en 27.445 euros, cantidade da que se beneficiaría LACERA de non ser detectadas ou ilegal actuación.

Todo iso acredita que LACERA na segunda licitación para poder ser adxudicataria do contrato tivo que presentar unha oferta económica mais competitiva e mais baixa que a que presentara na primeira licitación, de tal xeito que de non existir a actuación da Universidade LACERA obtivese un importante lucro económico como consecuencia da ocultación dos datos reais dos custos do persoal subrogable. É curioso que na segunda licitación, cando os datos achegados xa eran correctos, LACERA presentase unha oferta económica mais baixa (27.445 euros menos) cando o prezo de licitación era máis elevado (22.538,68 euros mais alta).

2º.- Ademais, como vimos, a Universidade de Vigo viuse obrigada a prorrogar o contrato que tenía vixente con LACERA ata o 31 de xullo de 2020, un contrato que quería licitar e que non puido por ter que desistir. Iso implicou por unha banda, alterar a intención dunha Administración pública de sacra ao mercado un contrato e, por outro, un beneficio económico para LACERA con prorróga do contrato durante 11 meses e o peche desa licitación ás outras empresas ata esa data polo qu establécese unha multa.

Ese contrato era o do *Lote 6* do expediente 315/2017 da Universidade de Vigo, relativo ao servizo de limpeza a realizar no “*Campus de Lagoas Marcosende: Servizos xerais e de investigación: Biblioteca central, anexo a Xerencia (antigo CACTI), ECIMAT, Edificio de Xerencia (Servizos centrais), Reitorado, parque móbil, Torre módulo 2 e 5 e Servizo de Deportes. MTI*” cuxo importe de licitación por dous anos era 985.000 euros (492.500 euros por ano), de acordo coa documentación achegada pola LACERA nas súas alegacións ao Prego de Concreción de feitos.

En base a todo iso, tendo en conta a aplicación do principio de proporcionalidade considérase que a contía da multa para impoñer a LACERA debe de ser do 0,25% do volume de negocios total da empresa infractora, é dicir, **175.413,75 euros**.

Esta cantidade cumprirá as esixencias de efectividade e capacidade disuasoria ao responsable da comisión dunha infracción grave da LDC respectando o principio de proporcionalidade, aplicando os criterios establecidos no art. 64 da LDC.

6.8. PROHIBIÓN DE CONTRATAR

A prohibición de contratar foi introducida no ordenamento xurídico pola disposición final novena da Lei 40/2015, do 1 de outubro, que modificou os artigos 60 e 61 do entón vixente texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, do 14 de novembro) e cuxa entrada en vigor tivo lugar o 22 de outubro de 2015³⁰. A postura máis común é a de negar a natureza sancionadora destas prohibicións de contratar considerándose como unhas medida de protección da Administración para evitar a celebración de contratos con operadores de conduta que podería clasificarse como reprobable, de acordo coa esixencia legal dunha singular condición ou honorabilidade para contratar co sector público, o que debe permitir ás entidades que o integran excluír das súas relacións contractuais a aqueles suxeitos que non cumpran co devandito nivel de

esixencia³¹. A imposición da mesma supeditase ao cubro de certos orzamentos, entre eles, á existencia dunha sanción administrativa firme (STS do 14 de setembro de 2021³²)

6.8.1. IMPOSICIÓN DA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Dispón o Artigo 71.1.b) da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (LCSP) que nou poderán contratar coas entidades previstas no artigo 3 desa Lei cos efectos establecidos no artigo 73, as persoas en quen conorra algunha das seguintes circunstancias:

“b) Ser sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que poña en dúbida a súa integridade, de disciplina de mercado, de falseamento da competencia,(...)”

Os artigos 72 e 73 da LCSP regulan a competencia, o procedemento e os efectos das prohibicións de contratar establecidas no artigo 71 da Lei.

³⁰ Disposición final décimo oitava da Lei 40/2015, do 1 de outubro.

³¹ “(...) a prohibición de contratar é un dos efectos de reacción do ordenamento xurídico a determinadas condutas que se estiman atentatorias á boa fe e confianza que deben presidir as relacións entre Administración e quen contrata con ela ou aspiran a selo” (STS do 7 de novembro de 2006. Neste sentido, como sinala a Autoridade Catalá da Competencia (ACCO) na súa Resolución do 21 de xullo de 2020, expediente 100/2018, AEROBÚS esta prohibición de contratar “(...) fundaméntase na esixencia legal dunha singular condición de honorabilidade para contratar co sector público de maneira que a empresa non debería ter acceso, cun alcance e duración determinados, ao mercado das licitacións públicas. A actuación infractora das empresas antes mencionadas exclúe a honorabilidade esixida nas relacións coa Administración no ámbito da contratación pública”.

³² STS do 14 de setembro de 2021, nº de recurso 6372/2020, relator Diego Córdoba Castroverde.

Na súa Proposta de Resolución a Subdirección de Investigación propón que se acorde a prohibición de contratar a LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO S. A..

Nesta Resolución, que pon fin ao procedemento sancionador e contra a que non cabe recurso algún en vía administrativa, ponse de manifesto a responsabilidade da empresa LACERA por infracción do artigo 3 da LDC, que debe ser cualificada como infracción de falseamento da competencia para os efectos do mencionado artigo 71.1.b) da LCSP e, por tanto, dar lugar á correspondente prohibición de contratar. Neste sentido a CNMC sinala a existencia dun certo automatismo nesta materia que deriva da propia lei ou do contido dunha resolución que declare a infracción, por así establecelo o art. 71.1.b) da LCSP. Así na Resolución da CNMC de data 17 de agosto de 2021 no Expte. S/0013/19, CONSERVACIÓN ESTRADAS³³ (criterio mantido noutras resolucións como a Resolución do 14 de marzo de 2019, no Expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN E ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS³⁴ e a Resolución do 20 de xuño de 2019 no Expte. SAMUR/02/18 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA³⁵) sinala a CNMC que:

“(...) cabe identificar un automatismo na prohibición de contratar derivada de infraccións en materia de falseamento da competencia, que deriva ope legis ou como mero reflexo do ditado dunha resolución que declare dita infracción por así dispoñelo o mencionado artigo 71.1.b) da LCSP”

A prohibición de contratar debe ter unha duración e alcance determinados polo que, no caso de que os mesmos non se determinen expresamente na resolución administrativa ou xudicial correspondente estes deberán ser fixados nun procedemento *ad hoc* ao que se refire o art. 72.2 LCSP. Na medida en que esta Resolución non fixa a duración e alcance da prohibición de contratar, deberá determinarse mediante procedemento tramitado de acordo co artigo 72.2 da LCSP. Para ese efecto, acórdase remitir unha certificación desta Resolución á *Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia*, á marxe da posibilidade de que esta Comisión poida ser consultada ou poida emitir informe sobre as circunstancias concorrentes no marco do devandito procedemento que permitan sa dicha Xunta Consultiva graduar a duración e o alcance da prohibición para a empresa.

Por último sinalar que a propia LCSP recolle no seu art. 72.5 la posibilidade de l as empresas de presentar medidas de autocorrección ou de “self cleaning. A Exposición de Motivos da LCSP afirma que la mesma “traspón as denominadas polas Directivas Comunitarias como «medidas de autocorrección», de maneira que determinadas prohibicións de contratar ben non se declararán ou ben non se aplicarán, segundo o caso, cando a empresa adoptase medidas de cumprimento destinadas a reparar os danos causados pola súa conduta ilícita, nas condicións que se regulan nesta Lei” Ese art 72.5

33 Resolución da CNMC de data 17 de agosto de 2021 no Expte. S/0013/19, CONSERVACIÓN ESTRADAS; Fundamento Xurídico Oitavo, p. 242. Dispoñible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3660083_15.pdf.

34 Resolución da CNMC do 14 de marzo de 2019, no Expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN E ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS; Fundamento Xurídico Sétimo, p. 319. Dispoñible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2374994_7.pdf.

35 Resolución da CNMC do 20 de xuño de 2019 no Expte. SAMUR/02/18 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA; Fundamento Xurídico Sétimo, p. 136. Dispoñible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2563543_1.pdf

dispón que las empresas que queiran acollerse a esas medidas deberán acreditar o pago ou compromiso de pago de la sanción que la autoridade de competencia impúxolle , así como terán que adoptar “medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas para evitar a comisión de futuras infraccións”.

6.8.2 A LEGACIÓN.

Alega LACERA falta de motivación na prohibición de contratar, sinalando que non pode impoñerse como unha resposta automática ante calquera comportamento anticompetitivo.

Como vimos a prohibición de contratar concíbese como unha medida de protección da Administración para evitar ao celebración de contratos con operadores de conduta que podería clasificarse como reprobable situación que neste caso esta xustificada pola imposición dunha sanción grave por infracción do dereito da competencia, que se produce non na esfera das relacións entre particulares senón no marco dunha contratación pública e que está amparada no disposto no art. 71 da LCSP. O alcance e duración da devandita prohibición non se establece nesta Resolución, polo que non se pode alegar sobre iso, xa que se se determinará no procedemento que se tramitará pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de I a Comunidade de Galicia no que LACERA poderá participar e formulas alegacións.

Por iso esta alegación debe ser rechazada.

Á vista do exposto

7. RESOLVE

PRIMEIRO: Declarar acreditada la existencia de unha infracción do artigo 3 de a Lei de Defensa de a Competencia consistente no falseamento da libre competencia por actos desleais consistente na achega de información que non era certa ao órgano de contratación da Universidade de Vigo respecto do número e condicións laborais de os traballadores subrogables no Expediente 315/2019 “SERVIZO DE LIMPEZA RESPECTUOSO CO MEDIO E COA SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL EN DISTINTOS CENTROS DA UNIVERSIDADE DE VIGO - LOTE 7” incumprindo o previsto no art. 130 da LCSP.

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

TERCEIRO: Impoñer a sanción consistente nunha multa de **175.413,75 euros**.

CUARTO: Instar a a empresa a que no futuro abstéñase cometer prácticas como as que constitúen o obxecto da presente Resolución.

QUINTO: Instar á Subdirección de Investigación de la Comisión Galega da Competencia para que vixiar e coide o cumprimento íntegro de e sta resolución.

SEXTO.- Remitir esta resolución á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia de acordo co previsto no fundamento de dereito 6.8

Comuníquese esta Resolución á Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia, remítase certificación á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e notifíquese a l intereser, facéndolles saber que contra l a mesma non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo ante o Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no prazo de dous meses a contar desde o día seguinte ao da súa notificación.