



Recurso nº 1119/2024

Resolución nº 1280/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de octubre de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. O.E.R., en representación de AMBULANCIAS LA SAGRA, S.L., y D. K.M.B., en representación de AMBULANCIAS VALLADA, S.L., en compromiso de constituir una UTE, contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento “*Transporte sanitario no medicalizado en la provincia de Toledo*”, con expediente SP00295/2023, convocado por la Subdirección General Sanitaria de ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha a 9 de abril de 2024, la Subdirección General Sanitaria de ASEPEYO. Mutua Colaboradora con la Seguridad Social. núm. 151 -en adelante ASEPEYO- publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del procedimiento para la contratación del servicio de “*Transporte sanitario no medicalizado en la provincia de Toledo*”, con expediente SP00295/2023, con un valor estimado de 808.013,14 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de ofertas concurrieron a la licitación los siguientes licitadores:

1. SANIR MOVILIDAD SANITARIA S.A.U.
2. TMS ORTIGUEIRA UTE; formada por TMS TELEMULTIASISTENCIA, S.L. y AMBULANCIAS DE ORTIGUEIRA, S.L., en compromiso de constituir aquella UTE.



3. AMBULANCIAS LA SAGRA, S.L. Y AMBULANCIAS VALLADA, S.L.U., en compromiso de constituir la UTE TOLEDO LA SAGRA VALLADA.

Tercero. Tras la oportuna tramitación del expediente de contratación, la Mesa de Contratación propuso a TMS ORTIGUEIRA UTE como adjudicataria del contrato al ser la empresa que presentó la oferta con la mejor relación calidad-precio y haber obtenido la mayor puntuación en la baremación técnica.

Cumplidos los requisitos de acreditación documental por parte de la empresa propuesta como adjudicataria de estar al corriente de pago para con la Seguridad Social y la Agencia Tributaria, y de capacidad y solvencia requerida, se notificó el acuerdo de adjudicación a todas las empresas participantes en la licitación, en fecha 23 de julio de 2024.

Cuarto. Contra la citada adjudicación la UTE TOLEDO LA SAGRA VALLADA interpone recurso especial en materia de contratación teniendo entrada en el registro de este Tribunal el día 12 de agosto de 2024.

Quinto. El 19 de agosto de 2024, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; habiendo presentado la mercantil TMS TELEMULTIASISTENCIA, S.L oponiéndose al recurso e interesando su íntegra desestimación.

Sexto. Por resolución de 21 de agosto de 2024, este Tribunal resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 LCSP.

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) LCSP al tratarse de uno de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros.

En relación a la actuación impugnada, se recurre el acto de adjudicación.

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

Tercero. La notificación del acto se produjo el 23 de julio de 2024 y el recurso se interpuso el 12 de agosto de 2024. En consecuencia, a la vista de la fecha de notificación de la adjudicación y de la interposición del recurso, debe concluirse que su interposición lo ha sido en tiempo y forma conforme al artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. La recurrente ostenta legitimación parar impugnar el acuerdo de exclusión, con arreglo a lo previsto en el artículo 48 de la LCSP que señala:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

La recurrente ha quedado clasificada en segundo lugar, por lo que, si las pretensiones de su recurso fueren estimadas, dicha parte podría ser propuesta como adjudicataria por el órgano de contratación. Por lo que debe reconocerse legitimación para recurrir.

Quinto. Entrando a analizar el fondo del asunto, la UTE recurrente se alza contra su adjudicación alegando que dicha forma de actuación en UTE supone una práctica colusoria por lo que debió activarse el procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP.



Así, en síntesis, la actora defiende que la UTE formada por TMS ORTIGUEIRA no es indispensable ni está justificada económicamente desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Según el recurso, ambas empresas eran capaces por sí solas, de cumplir los criterios de solvencia económica y técnica estipulados en la licitación, por lo que la creación *ad hoc* de la UTE, se ha producido para restringir artificialmente la competencia y es una práctica colusoria que vulnera los arts. 1.1 y 132 de la LCSP. Los indicios citados, debieron ser apreciados por la mesa y el órgano de contratación para excluir la oferta de la UTE, y al no haberse hecho así, la adjudicación incurre en vicio de nulidad por ello y por no haber activado el mecanismo previsto en el artículo 150.1 de la LCSP.

En concreto, la actora afirma que:

“Vistos los requisitos de solvencia requeridos en los pliegos, el volumen de flota de ambulancias requerido y las características descritas de cada una de las empresas, podemos concluir sin ningún género de duda que ambas empresas por separado pueden concurrir a esta licitación, sin necesidad de recurrir al compromiso de constitución de UTE.

Esta categórica afirmación se basa en los siguientes hechos: a) Cada una de las empresas mediante su clasificación empresarial R – 02 – 5 puede acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia requeridos. b) Cada una de las empresas dispone de suficiente flota para concurrir a una licitación que requiere un total de tres ambulancias.

(...)

Vistos los criterios de adjudicación relativos a la flota de ambulancias ofertada y las tres ambulancias ofertadas, la UTE ha conseguido máxima puntuación como se ha expuesto en los antecedentes de hecho. El licitador Ortigueira concurriendo de forma individual habría conseguido esta puntuación dado que las tres ambulancias ofertadas son suyas, mientras que TMS de forma individual no lo habría conseguido dado el condicionante de las ambulancias que tiene adscritas a otros contratos de Asepeyo que se encuentran en vigor y que, en consecuencia, tal y como hemos expuesto, no serían admitidas ni valoradas.

Desde la óptica del derecho de la competencia, las uniones temporales de empresas plantean el problema de que los acuerdos de colaboración entre empresas competidoras se consideran una práctica colusoria prohibida por los artículos 1 y siguientes de la Ley 15/2007, de 3 de julio de defensa de la competencia y de los artículos 101 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cuando tienen por objeto o producen el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, pero esta prohibición no es absoluta y cede frente a razones de eficiencia económica cuando cumplen unos requisitos:

- Generar ventajas de tipo económico, como mejorar la producción o distribución de bienes o servicios o promover el progreso técnico o económico.*
- Permitir a consumidores y usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- No imponer restricciones que no sean indispensables.*
- No consentir a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios.*

En el caso que nos ocupa, el acuerdo de UTE entre TMS y Ortigueira no cumple ninguno de los requisitos anteriores. No genera ningún tipo de ventaja de tipo económico ni promueve el progreso técnico o económico, no ofrece ninguna ventaja a los usuarios del servicio, y especialmente, elimina la competencia entre las dos empresas y permite que TMS aunque sea bajo la fórmula de UTE tenga mayores posibilidades de devenir adjudicataria del contrato de las que tendría de forma individual, dada la imposibilidad de ofertar ambulancias de la mayor puntuación posible por los condicionantes ya citados del pliego de prescripciones técnicas respecto a las ambulancias que no serían admitidas.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que existen indicios fundados de acuerdo colusorio entre TMS y Ortigueira para:

- no competir entre ellas.*



- Tener las dos juntas mayores de posibilidades de ser adjudicatarias del contrato por qué no compiten entre ellas y se valen de las ambulancias de Ortigueira para poder conseguir la máxima puntuación en los criterios relativos a la flota ofertada de ambulancias.

(...)

Ante la existencia de indicios fundados de practica colusoria entre TMS y Ortigueira, el órgano de contratación debería haber tramitado el procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP.

Por todo lo anterior, el acuerdo de adjudicación es nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 39.1 LCSP, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al no haberse tramitado el procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP ante los indicios fundados de práctica colusoria entre TMS y Ortigueira”.

Por su parte, el órgano de contratación se opone al recurso interesando su íntegra desestimación con base en los siguiente:

“En primer lugar, cabe señalar que los pliegos son claros respecto al establecimiento de las “reglas del juego” que se van a llevar a cabo en cuanto a la acreditación de la capacidad y solvencia de las empresas o entidades que presenten propuestas a la licitación. En el caso que nos ocupa, el Apartado 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) manifiesta lo siguiente de manera vinculante, en relación con el RD 1630/2011, aplicable a contratos de servicios sanitarios:

(...)

En segundo lugar, no hay duda que las empresas son libres de decidir bajo qué modalidad mercantil se presentan a una licitación pública, siempre y cuando se rijan



por el orden jurídico aplicable y cumplan con los requisitos de capacidad y solvencia que vendrán marcados en los pliegos. En este caso, al tratarse de un contrato de servicios sanitarios y no haber posibilidad de integración de solvencia por medios externos, la posibilidad de presentarse en UTE es totalmente válida y ajustada a la legalidad para aquellas empresas que concurran en ella. En este sentido se establece en el artículo 69 de la LCSP:

(...)

Sin respuesta a la pregunta ¿por qué han decidido este sistema de colaboración que surge entre diversas empresas y no otro?, este órgano de contratación solo puede fundamentar que no está bajo su poder competencial entrar en este asunto, ni mucho menos descalificar a un licitador en UTE porque se ha presentado de manera conjunta y pudiese haber optado por presentarse de manera individual.

En tercer lugar, en cuanto a los posibles indicios fundados de conductas colusorias, tal como afirma la Recurrente en su escrito, ni este órgano de contratación ni la mesa de contratación han encontrado posibles prácticas, documentación o cifras económicas que pudiesen llevar a esta interpretación ni, por tanto, a la invocación del artículo 150.1 LCSP

(...)

Si la Recurrente cree que hay indicios probatorios de conductas colusorias en el mercado debería dirigir su controversia al Tribunal de Defensa de la Competencia o al organismo encargado de esta materia, que en ningún caso es ni este órgano de contratación ni el TACRC.

Como dato significativo y, a su vez paradójico, la Recurrente también ha presentado oferta a la presente licitación bajo compromiso en UTE con la denominación 'UTE Toledo La Sagra Vallada' de dos empresas: Ambulancias La Sagra, S.L. y Ambulancias Vallada, S.L.U., con un 90% y un 10% de participación, respectivamente.

La empresa recurrida, TMS ORTIGUEIRA UTE, ha decidido presentarse libremente a esta licitación bajo la modalidad de UTE y, cumpliendo con todos los requisitos legales hasta este momento procedimental y habiendo obtenido la oferta con la mejor relación calidad-precio, ha resultado ser la empresa adjudicataria del contrato. Cabe recordar que la búsqueda del mejor servicio con los mejores medios disponibles es el objetivo que persigue el órgano de contratación, que le llevará a valorar la oferta con mejor relación calidad-precio.

En cuarto y último lugar, la Recurrente hace una interpretación interesada respecto de la flota de vehículos de una empresa o su clasificación empresarial, como criterios que pueden llegar a marcar la posibilidad o imposibilidad de presentarse de manera conjunta o individual a una licitación”.

Y, en oposición al recurso la mercantil TMS TELEMULTIASISTENCIA, S.L afirma en su escrito de alegaciones que:

“...los infundados argumentos que lo sustentan no solo se basan en meras suposiciones e indicios pueriles, sino que la actuación que se señala de contrario como incorrecta y colusoria por la que TMS TELEMULTIASISTENCIA, S.L. y AMBULANCIAS ORTIGUEIRA, S.L. constituirán una UTE para la prestación del servicio adjudicado es justamente la misma que las ahora impugnantes pretendían utilizar si se les hubiera adjudicado a su favor el servicio de transportes que nos ocupa.

(...)aunque bien es cierto que las ambulancias ofertadas para prestar el servicio demandado por la Mutua ASEPEYO son de titularidad de AMBULANCIAS ORTIGUEIRA, S.L., ello no es óbice para considerar totalmente ajustado a derecho hacer uso del legal mecanismo de constitución de una UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (recordamos, al igual que iban a hacer las recurrentes), pues para cumplir con los postulados exigidos por la mutua no solo se exige ser poseedor de unos vehículos de transporte sanitario sino que se ha de desplegar un amplio abanico de recursos técnicos y humanos (que lógicamente son tenidos en cuenta



por la Mesa de Contratación), así como actuaciones organizativas y de gestión que con la simple tenencia de ambulancias no se cubre.

(...) Recordar a la recurrente que la concertación para la constitución de una UTE por empresarios competidores puede constituir un acuerdo en el sentido del artículo 1.1 LDC. La propia Ley 18/1982 lo advierte cuando en el artículo 2 dispone que las empresas que decidan desarrollar en común una determinada actividad económica mediante la constitución de una UTE deben "evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia". Ahora bien, en casos como el presente, en los que la colaboración entre competidores resulta indispensable para poder competir por el mercado, el acuerdo de constitución de una UTE se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios de la Ley de Defensa de la Competencia.

En el supuesto concreto y excepcional que nos ocupa (pues ambas empresas solo han concurrido para esta licitación y para otra en la provincia de Ciudad Real) el acuerdo para la constitución de una UTE por empresarios competidores con el objeto de poder participar y ser adjudicatarios de un servicio público convocado por concurso público, no se puede reputar como una estrategia empresarial en sí misma contraria al Derecho de Defensa de la Competencia, aunque tiene como efecto directo y lógico la expulsión del mercado delimitado por el concurso público del resto de los competidores. Además no hay que olvidar que tampoco hay margen para que en este «mercado de servicio público» exista competencia actual entre los empresarios independientes agrupados en la UTE o competencia intra-UTE , debido a que la contratación de este servicio público se ha realizado en la modalidad de presupuesto fijo.

(...)

que la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino que es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia, las decisiones del órgano de

contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la LDC, de modo que, si bien las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia a solicitud de los órganos de contratación son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas, las decisiones del órgano de contratación son autónomas. Tal autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias, pues tal función no le es competente, solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, se ha conculcado o no la libre competencia”.

Sexto. Expuestos en estos términos el objeto de debate, un asunto prácticamente idéntico al que ahora nos ocupa fue planteado en el recurso 462/2020 y resuelto mediante Resolución nº 780/2020, de 3 de julio, en el que afirmamos:

“CONSEUR denuncia, como se ha relatado en los antecedentes, que la UTE adjudicataria del contrato se creó “ad hoc” para restringir artificialmente la competencia, por lo que es una práctica colusoria que vulnera los arts. 1.1. y 132 LCSP como lo demuestra, a su juicio, el hecho de que las empresas que la integran podrían haberse presentado individualmente a la licitación lo que, entiende CONSEUR, puede ser apreciado por este Tribunal sin perjuicio de la competencia de la CNMC.

El art. 1 LCSP enumera, efectivamente, entre los principios que inspiran la contratación pública, los de igualdad, transparencia y libre competencia. A estos principios se refiere, específicamente, el art. 132 de la Ley, cuándo dice que: “1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta”. Y, en el



apartado 3, este mismo precepto, añade que: “3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

Como dijo este Tribunal en la Resolución 466/2019, de 30 de abril, el art. 57. 4, d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia” si bien, como resulta del transcrito art.132.3 LCSP “la constatación de tales indicios ha de venir necesariamente de acuerdo con la LCSP, de la CNMC”.

A este respecto el art. 150.1, párrafo tercero LCSP, dice que: “Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión

de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo". En sentido similar, refiriéndose en particular a la constitución de UTEs, el art. 69 LCSP, después de decir que: "Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor", añade, en el apartado 2 que: "Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos". No obstante, en la Resolución 112/2020, de 30 de enero, hemos constatado que, no habiéndose todavía producido la aprobación de la disposición reglamentaria prevista en el párrafo tercero del art. 150.1 "in fine", de conformidad con la disposición adicional decimosexta LCSP, este apartado legal no está todavía en vigor "por lo que no puede postularse, ni de manera teórica, su aplicación".

Ahora bien, como también hemos dicho al interpretar el principio de proposición única del art. 145.3 TRLCSP, actual art.139.3 LCSP y recuerda por ejemplo la Resolución 548/2020, de 17 de abril, si bien 'el enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control....sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el artículo 145.3 TRLCSP'. Del mismo modo, podemos afirmar que aunque no nos corresponda decidir si, en este caso la UTE adjudicataria, en su misma constitución, supone una práctica colusoria del art.

1 LDC, sí hemos pronunciarnos sobre su posible afectación a los principios reguladores de la contratación pública a los que se ha hecho referencia. Desde este punto de vista, no se aprecia en el caso vulneración alguna de tales principios. Las UTES constituyen una figura asociativa legalmente admitida. Su participación en la contratación pública se regula en el art. 69 LCSP ya citado. Como dice el propio SERIS, el art.132.1 LCSP, excluye que la forma jurídica de los licitadores pueda ser causa de limitación de su participación. Ni el principio de libre competencia, ni el de igualdad, se ven ‘a priori’ afectados por el hecho de que dos empresas se presenten conjuntamente en forma de UTE, cuando el resto de licitadores son libres de hacer lo mismo, y cada licitador presenta, con sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas base de la convocatoria, la oferta más ventajosa posible en su aspiración de conseguir el contrato, optando el órgano de contratación por la más favorable a sus intereses. En este sentido, cabe recordar que el art.1.1 LCSP recoge también entre los principios rectores de la contratación pública, la eficiente utilización de los fondos y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En cuanto a la existencia de posibles indicios que hagan pensar que ha habido en este caso una actuación dirigida a falsear la competencia, que deba ser comunicada a la CNMC conforme al art. 132.3 LCSP, no se aprecian en los hechos destacados por la Recurrente. Ante todo, la capacidad de las empresas en el pasado para presentarse a licitaciones parecidas de manera individual, no puede ser considerada, como pretende la Recurrente, en sí misma y por sí sola, como un indicio de actuación contraria a la libre competencia si no se especifica con un mínimo detalle en qué consistiría esta. Así, los informes y resoluciones de la CNMC que invoca el recurso, al referirse a posibles indicios de conductas colusorias en el caso de UTES licitadoras en la contratación pública, inciden en la necesidad de valorar los antecedentes y circunstancias de cada supuesto, y se asocian con prácticas colusorias de fijación de precios o reparto de mercados previamente identificadas. En el presente supuesto, CONSENUR no llega siquiera a afirmar que concurra alguno de los escenarios que el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, describe tras definir las prácticas colusorias como aquellas que de forma “concertada o conscientemente paralela” tengan por objeto,



produzcan o puedan producir ‘el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional’. Solo se hace una muy somera referencia a un hipotético reparto de mercado sobre el que no se dan más datos. Por tanto, no se aportan indicios que apunten a que la UTE adjudicataria se haya constituido para restringir la competencia.”

La redacción del artículo 150.1 LCSP que se cita en la resolución antes transcrita ha sufrido variación por la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, regulándose en su nueva redacción el procedimiento a seguir ante la existencia de indicios fundados de conductas colusorias en los expedientes de contratación en tramitación:

“En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciase indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.

El traslado a que alude el párrafo anterior deberá incluir una explicación detallada sobre los indicios detectados y sobre las razones para considerar su carácter presuntamente colusorio e irá acompañado del expediente de contratación, incluida la totalidad de las ofertas presentadas por todos los licitadores, sin perjuicio del deber de confidencialidad previsto en el art. 133 LCSP. La autoridad de defensa de la competencia podrá solicitar documentación adicional al órgano de contratación siempre que guarde relación con los indicios mencionados en la remisión. En este supuesto, deberá ponerse la documentación requerida a disposición de la autoridad de competencia en un plazo máximo de 3 días hábiles.

La remisión de esta documentación a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente supondrá la inmediata suspensión de la licitación, la cual no será

notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación. El órgano de contratación deberá mantener en todo momento la debida confidencialidad de estas actuaciones.

Una vez recibido el informe de la autoridad de competencia, si el mismo no concluye que existen tales indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación dictará resolución alzando la suspensión, que tampoco será objeto de notificación ni publicación, y continuará con la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

En caso de que el informe concluyese que existen indicios fundados de conducta colusoria, el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en un plazo de diez días hábiles aleguen cuanto tengan por conveniente en defensa de sus derechos. El órgano de contratación cuidará de que los licitadores afectados reciban toda la documentación necesaria para el ejercicio de su derecho, pero sin revelar aspectos de las ofertas del resto de licitadores, si ya se hubiesen presentado, y con respeto al deber de confidencialidad previsto en el artículo 133 de esta ley. Una vez evacuado este trámite, el órgano de contratación podrá recabar de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente los informes que juzgue necesarios para resolver, que deberán ser emitidos en el plazo improrrogable de 3 días hábiles. A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles.

Si el órgano de contratación resuelve que existen indicios fundados de conductas colusorias excluirá del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y lo notificará a todos los licitadores, alzando la suspensión y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere. Si resuelve que no existen indicios fundados de conducta colusoria, alzará



la suspensión y continuará la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

En caso de no recibir el informe de la autoridad de competencia en el plazo de 20 días hábiles, el órgano de contratación podrá acordar continuar con la tramitación del procedimiento o iniciar el procedimiento contradictorio establecido en este apartado. En este último caso, si el órgano de contratación recibiera el informe de la autoridad de competencia antes de haber dictado su resolución, no procederá acordar la exclusión de ningún licitador cuando dicho informe no concluya que existen indicios fundados de conducta colusoria.

Igualmente, si el órgano de contratación recibiera el informe en el mencionado sentido una vez dictada la resolución que acuerde la exclusión de algún licitador, podrá revocar dicha resolución si así lo considera procedente siempre que aún no se hubiera adjudicado el contrato”.

Además de regular un nuevo procedimiento, la nueva redacción del precepto ha dejado claro, en consonancia con lo ya manifestado previamente por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-66/2022, de 21 de diciembre de 2023, que se atribuye la competencia para la resolución del procedimiento, en exclusiva, al órgano de contratación y la potestad expresa de poder excluir de la licitación a los licitadores responsables de esas prácticas colusorias, careciendo este Tribunal de competencias para conocer y tramitar ex novo el procedimiento del artículo 150 de la LCSP. Es, por tanto, ante el órgano de contratación, ante quien deben ponerse de manifiesto los indicios de prácticas colusorias y quien tiene competencia para apreciarlos de oficio, activando en ese caso, si y solo si aprecian dichos indicios el procedimiento del artículo 150. Siendo ello así, ni los pliegos fueron recurridos ni se alegaron en el procedimiento indicios ni estos se apreciaron por el órgano de contratación y siendo así no pueden traerse ex novo ante este Tribunal.

Por otra parte, aunque por el momento procedimental en el que nos encontramos sería claramente improcedente, no alega ahora la recurrente que debido a la específica redacción de alguna cláusula del PCAP, se haya podido favorecer, de algún modo, la existencia de prácticas colusorias por presentarse las proposiciones en U.T.E., sino que lo

que siembra el recurso es la sospecha, con carácter general, que presentarse en U.T.E. puede ser una vía de restringir la competencia, lo que supone tanto como poner en cuestión a la propia LCSP que admite expresamente en su artículo 69, como una de las formas perfectamente válidas para contratar con el sector público la presentación de proposiciones por parte de las citadas agrupaciones temporales de empresas, pretensión de todo punto inadmisibles a través de la vía del recurso especial en materia de contratación.

Hechas las precisiones anteriores y no obstante el cambio legislativo producido, nuestra doctrina reflejada en la Resolución nº 780/2020, de 3 de julio de 2024, antes transcrita, es perfectamente dable al caso que nos ocupa al plantearse en idénticos términos.

Además, la mercantil TMS ha justificado la lógica empresarial de presentarse a la licitación en UTE cuando afirma que:

“AMBULANCIAS ORTIGUERA, S.L. perfectamente puede aportar a la UTE los vehículos para realizar los transportes demandados por ASEPEYO, pero también es absolutamente necesaria la actuación de TMS TELEMULTIASISTENCIA, S.L. al disponer (y por tanto, aportar a la UTE) la infraestructura y personal cualificado para que los servicios se puedan organizar y ejecutar de forma óptima. Por tanto, por mucho que ambas sociedades tengan solvencia suficiente para que en otros supuestos al que nos ocupa pudieran licitar de forma separada, para este concreto servicio es indispensable contar con la participación de sendas entidades, sin que ello pueda considerarse en modo alguno como actuación colusoria, tal y como se forma gratuita y sin fundamento se reseña de adverso en el osado recurso que ahora impugnamos”.

Así las cosas, lo único que se constata, cómo destaca el órgano de contratación, es que la UTE adjudicataria a la que se imputan este tipo de prácticas, presentó, según ha quedado expuesto, la oferta con la mejor relación calidad-precio y haber obtenido la mayor puntuación en la baremación técnica, lo que nadie cuestiona. Ello, entra dentro de la propia lógica del procedimiento de contratación y no apunta tampoco a indicio alguno de práctica concertada que pueda ser valorado por este Tribunal.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. O.E.R., en representación de AMBULANCIAS LA SAGRA, S.L., y D. K.M.B., en representación de AMBULANCIAS VALLADA, S.L., en compromiso de constituir una UTE, contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento *“Transporte sanitario no medicalizado en la provincia de Toledo”*, con expediente SP00295/2023, convocado por la Subdirección General Sanitaria de ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES