



Recurso nº 148/2024 C.A Valencia nº 39/2024

Resolución nº 428/2024

Pleno

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de abril de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.R.R., en nombre y representación de AUTOMATIZACIÓN FARMACÉUTICA, S.L., contra la adjudicación del procedimiento “Suministro de equipamiento para el Servicio de Farmacia Sociosanitario la Florida del Departamento de Salud de Alicante- Hospital General” (Lote 1 – “Sistema automatizado de preparación de la medicación individualizada por paciente en dosis unitaria y por toma”), con expediente referencia PA 792/2023, convocado por el Departamento de Salud del Hospital General de Alicante; este Tribunal, en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 5 de octubre de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato arriba nominado, cuyo valor estimado es de 368.909,09, estando dividiendo en dos lotes y siendo objeto de recurso el primero de los mismos (sistema automatizado de preparación de la medicación individualizada por paciente en dosis unitaria y por toma).

Segundo. Por su incidencia en la resolución de este recurso, en cuanto a los criterios de adjudicación establecidos en este contrato, el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) fijaba los siguientes:

1. PRECIO. Hasta un máximo de 50 puntos, según la fórmula que establece el PCAP.



2. CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE JUICIOS DE VALOR. Hasta un máximo de 40 puntos, desglosado en los siguientes subcriterios y apartados:

2.1. Sistema automatizado de preparación y accesorios: Hasta 25 puntos.

-Tasa de errores en la preparación. Hasta 5 puntos.

-Disponibilidad de un sistema de preparación para medicación sin tolva calibrada. Hasta 10 puntos.

-Versatilidad para la preparación de medicamentos fraccionados. Hasta 5 puntos.

-Calidad de los accesorios. Capacidad y versatilidad de las desblistadoras y cortadoras. Hasta 5 puntos.

-Calidad material fungible. Hasta 5 puntos.

2.2. Plan de implantación: Hasta 5 puntos.

-Propuesta de organización de la distribución, reorganización de espacios y circuitos y elementos físicos logísticos en el Servicio de Farmacia, hasta 3 puntos.

-Personal de la empresa que prestará apoyo durante la implantación y/o ejecución. Hasta 2 puntos.

2.3. Software y hardware: Hasta 5 puntos.

-Capacidad de generar informes. Hasta 3 puntos.

-Equipamiento informático aportado. Hasta 2 puntos.

2.4. Plan de formación a usuarios: Hasta 5 puntos.

3. CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE:

3.1 Cronograma de implantación del proyecto: Hasta 5 puntos.



3.2 Ampliación periodo de garantía: Hasta 4 puntos.

3.3 Calidad laboral: Hasta 1 punto.

Tercero. El 11 de enero de 2024, se publicó el anuncio de adjudicación del lote 1 en favor de FARMADOSIS S.L. (en lo sucesivo, FARMADOSIS).

Cuarto. El 31 de enero de 2024, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal el recurso especial interpuesto por la recurrente frente al acto mencionado en el expositivo anterior. El referido recurso se fundamenta en distintos motivos:

- Infracción del artículo 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), al considerar que la oferta de la adjudicataria (FARMADOSIS) y la de otra licitadora (DEXTRO MEDICA. S.L.) son realmente la misma o se han concertado entre sí para modificar el resultado de la licitación.
- Que la oferta presentada por la adjudicataria cuenta con documentos falseados y, en particular, el certificado de material fungible no ha sido emitido por su supuesto emisor (ISEGA).
- Que se ha producido un incumplimiento de las visitas programadas (punto 4.4 del pliego de prescripciones técnicas –en adelante, PPT–).
- Que la adjudicataria debió resultar excluida por incumplir el artículo 157.2 de la LCSP, al incluir documentación del sobre 3, en el sobre 2.
- Que el informe emitido por la mesa de contratación que acepta la justificación de la oferta anormalmente baja presentada por FARMADOSIS adolece de falta de motivación.
- Que se ha infringido su derecho de acceso al expediente sin concurrir circunstancias que lo justifiquen y, en particular, al informe elaborado por FARMADOSIS justificando la anormalidad de su oferta.

Interesa también destacar que en el suplico de su recurso se solicita, con carácter principal, lo que sigue:



“Sin perjuicio de lo anterior, SOLICITO A ESTE TRIBUNAL que tenga por presentado este escrito en nombre y representación de la empresa AUTOMATIZACIÓN FARMACEUTICA lo admita, y tenga por formalizado RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN contra el Anuncio de Adjudicación emitido con fecha 11 de enero de 2024, y previos los trámites procedimentales oportunos, se sirva de dictar resolución administrativa que estime el presente recurso, declarando la nulidad de la Resolución recurrida y proceda a excluir del procedimiento a los licitadores FARMADOSIS, S.L. y DEXTRO MEDICA, S.L., por:

a) La existencia de prácticas colusorias por haber realizado una oferta conjunta y de cobertura en infracción de los principios básicos de competencia.

b) Introducir datos del sobre 3 en el sobre 2 y, en consecuencia, se produjo una ‘contaminación’ de sobres.²⁹

c) La existencia de incumplimientos técnicos en la medida que las bolsitas ofertadas incumplen la obligación de estar certificadas y en cuanto a las visitas mínimas de mantenimiento.

De este modo, en base a lo anterior, se proceda a su exclusión del procedimiento y ordene retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al acuerdo de adjudicación, procediendo a la adjudicación del contrato con expediente PA 729/2023 en favor de mi representada”.

Quinto. Con fecha 25 de marzo de 2024, la recurrente ha presentado escrito, que denomina “ampliación del recurso”, en el que pone de manifiesto que los certificados que figuran en la oferta técnica de la adjudicataria emitidos por la empresa UL, no han sido emitidas por ésta, conforme intenta acreditar con los documentos que adjunta.

Sexto. Ha emitido informe el órgano de contratación interesando la desestimación del recurso. No obstante, comienza exponiendo que “*si finalmente se demuestra que las de Dextro Medica S.L. y Farmadosis S.L. no son autónomas e independientes, han empleado prácticas encaminadas a desvirtuar la independencia entre las proposiciones, obrando de forma convenida y condicionando el contenido de sus ofertas para restringir o falsear la*



competencia en el presente procedimiento de contratación, deberían ser conductas punibles por infracción de los principios rectores de la contratación pública”.

En relación con la posible aportación de documentos falseados expone que *“la firma del representante legal también acredita que todos los documentos que acompañan a la oferta técnica son ciertos, por lo que se presume la veracidad de los mismos, dentro del principio de la buena fe con el que se presupone que actúan ambas partes, administración y empresa, considerándose, por todo ello, que no se ha generado, a la Mesa de Contratación ni al Órgano de Contratación, duda razonable alguna sobre la vigencia o fiabilidad del Certificado cuestionado, dada su apariencia de legalidad”.*

Entiende que no existe incumplimiento alguno de las visitas programadas, siendo que la oferta de FARMADOSIS mejora la exigencia mínima.

Considera que no ha existido ninguna contaminación de la oferta económica, siendo que la presentación del cronograma debía incluirse efectivamente en el sobre nº3, como se hizo.

En relación con la motivación de la decisión de considerar justificada la baja anormal esgrime que se han cumplido todos los trámites del artículo 149.4 de la LCSP.

En lo relativo al acceso a la documentación se expone que no se facilitó porque, dado que cuenta *“con información de carácter personal y patrimonial de la empresa, está sujeta a protección de datos”.*

Séptimo. El día 5 de febrero de 2024, la Secretaría General de este Tribunal dio traslado a los restantes licitadores para que pudieran realizar alegaciones en el plazo de 5 días, lo que fue verificado por FARMADOSIS mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2024. En ellas, comienza exponiendo que se ha infringido el ordenamiento jurídico por permitir a la recurrente el acceso a una copia del expediente. Razona que existen derechos de propiedad intelectual e industrial que no resulta de pública accesibilidad, por lo que debió simplemente exhibirse la documentación, pero no entregar copia.



En relación con la concertación con DEXTRO MÉDICA, S.L. (en lo sucesivo, DEXTRO) afirma que no existe ningún vínculo accionarial ni de naturaleza análoga entre las mercantiles. Además, sostiene que el producto ofertado es distinto (modelo 432 y 512) como también lo son las ofertas dependientes de criterios de valoración automática.

En relación con la aportación de documentos falseados considera que puede ser constitutivo de un delito de calumnias, aportando el certificado de ISEGA y su traducción. Lo que prueba la documentación aportada por la recurrente es, a su juicio, que la traducción del documento no se llevó a cabo por el laboratorio, no que no hayan emitido el certificado.

Indica que no existe incumplimiento de los pliegos, pues en la medida en que ofrece concertar las visitas de mutuo acuerdo difícilmente tal acuerdo puede conllevar un número de las mismas inferior al exigido en el Pliego.

Razona que en relación con el contenido de las ofertas introducidas en cada sobre basta una lectura de los pliegos para comprobar que se ha ceñido a lo indicado en ellos.

En lo referente a la justificación de la oferta anormal cita la resolución 1254/2020, de 20 de noviembre, de la que concluye la no necesidad de exposición exhaustiva de los motivos de la aceptación.

Considera que no debe darse acceso a la documentación justificativa de la baja anormal por contener datos que puedan ser usados, en términos del artículo 133 de la LCSP, para falsear la competencia, al incluir secretos técnicos y comerciales.

Octavo. Con fecha 7 de febrero de 2024 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del lote 1 del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación conforme a lo establecido en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana, de 25 de mayo de 2021, sobre atribución de competencias de recursos contractuales, publicado en el BOE nº 131, de 2 de junio de 2021.

En virtud del citado Convenio, la Generalitat Valenciana ha atribuido a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la competencia para resolver los recursos especiales contra los actos de los órganos que tienen la condición de poderes adjudicadores, en los términos establecidos en el artículo 3.3 de la LCSP, tanto de la Comunidad Autónoma como de las Corporaciones locales de su ámbito territorial.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en relación con un contrato y un acto susceptibles de recurso especial, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) de la LCSP, al referirse a un contrato de suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros, e impugnarse el acuerdo de adjudicación (artículo 44.2.c).

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 d) de la LCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles partir del siguiente a aquel en que se ha remitido la notificación de la actuación objeto de recurso.

Con respecto al escrito de ampliación del recurso al que hemos hecho referencia en el antecedente de hecho quinto de esta resolución, ha de inadmitirse, pues se ha presentado notoriamente fuera del plazo señalado en el citado precepto. No obstante, lo allí alegado, carece de incidencia en la fundamentación que sirve de sustento a lo que se acordará en esta resolución.

Cuarto. El recurso se presenta por entidad legitimada para ello, al ser la segunda clasificada en la licitación, conforme al artículo 48 de la LCSP.



Quinto. En cuanto al fondo, vamos a analizar, con carácter preferente, la primera petición del recurso, en el que alega como base para solicitar la anulación de la adjudicación que las ofertas de FARMADOSIS Y DEXTRA han vulnerado el principio de oferta única.

A tal fin, resulta obligado referirnos a lo que dijimos en nuestra resolución del Pleno nº 1475/2022, de 24 de noviembre de 2022, que analiza esta cuestión de manera muy detenida y fija los requisitos y parámetros que son precisos que se den para que se pueda considerar que una o varias ofertas ha conculcado el citado principio de oferta única:

“Octavo. En cuanto al fondo del asunto, se denuncia aquí una práctica colusoria entre empresas que gozando de cierta vinculación han ofertado, en uno de los criterios objetivos, en idénticos términos.

Pues bien, una vez fijados los términos de la controversia, -si son o no empresas independientes y ofertas independientes-, hemos de comenzar por examinar el marco normativo estrictamente aplicable, para resolver nuestro caso.

I. Desde el punto de vista del Derecho Comunitario

Los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios y, en particular, la lucha contra actuaciones contrarias a la competencia, se acogen en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Incluyendo dichos principios y las prácticas que en dicho precepto se denuncian pero con una finalidad y alcance mucho más amplio (vid sentencia del TJUE, Sala 4ª, de 15 de septiembre de 2022, asunto C-416/21), las Directivas de contratación atienden a que en la adjudicación de los contratos públicos se respeten los principios, que derivan de aquellas libertades, de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, asegurando que tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

Es por ello que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE



(en adelante la Directiva), a lo largo de su articulado y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece medidas cuyo fin se dirige a garantizar la libre competencia. Entre ellas está la establecida en su artículo 57.4.d), que incluye entre las causas de posible exclusión de los operadores económicos en la participación en un procedimiento de contratación, ‘cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia’.

También establece el apartado 6 del citado artículo 57 de la Directiva que ‘todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación’. En trasposición de la Directiva, varios son los preceptos de la LCSP que, en esta controversia, hemos de tener en cuenta.

Precisamente el artículo 57 de la Directiva ha sido objeto de la Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 2021 relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo.

Sin ser una norma jurídicamente vinculante, como expresivamente en ella se declara, lo cierto es que tanto en su cuerpo como en el Anexo se identifican como indicios plausibles de que determinadas ofertas han sido preparadas por la misma persona o coordinadas entre los licitadores cuando presentan errores o faltas de ortografía idénticos en distintas ofertas; distintas oferta redactadas con una escritura o tipo de letra similares; diferentes ofertas con idénticos errores de cálculo o metodologías idénticas para estimar el coste; ofertas presentadas por la misma persona o por personas que tienen los mismos datos de contacto....

Finalmente, debemos hacernos eco sobre la reciente sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2022, asunto C-416/2021, antes mencionada, en la cual, al resolver una



cuestión prejudicial sobre el derecho alemán, analiza la aplicación del artículo 57.4 de la Directiva de contratación a los miembros de una UTE.

Al hacerlo, nos ofrece los parámetros para que en el derecho español proceda la exclusión de los licitadores, cuando se aprecie infracción de los artículos 69 y 139 de la LCSP:

“58 En efecto, tal enumeración exhaustiva no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de establecer normas materiales para garantizar, en particular, que se respeten, en el sector de los contratos públicos, tanto el principio de igualdad de trato como el principio de transparencia que este implica, que se imponen a las entidades adjudicadoras en todo procedimiento de adjudicación de tal contrato y que constituyen la base de las directivas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que se observe el principio de proporcionalidad (véanse, por analogía, las sentencias de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 21, y de 8 de febrero de 2018, Lloyd’s of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 30).

59 En particular, en el caso de licitadores vinculados, se vulneraría el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 2014/25 si se admitiese que tales licitadores pueden presentar ofertas coordinadas o concertadas, a saber, no autónomas ni independientes, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los demás licitadores (véase, por analogía, la sentencia de 17 de mayo de 2018, Specializuotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, apartado 29).

60 En este marco, el respeto del principio de proporcionalidad exige el examen y la apreciación de los hechos por parte de la entidad adjudicadora, a fin de determinar si la relación existente entre dos entidades ha influido concretamente en el contenido respectivo de las ofertas presentadas en un mismo procedimiento de contratación pública. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para que dichas entidades puedan ser excluidas del procedimiento correspondiente (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 32, y de 8 de febrero de 2018, Lloyd’s of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 38).



61 En efecto, la constatación de que los vínculos entre los licitadores han influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento es suficiente para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por la entidad adjudicadora, dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, apartado 38).

62 Estas consideraciones se aplican a fortiori a los licitadores que no están meramente vinculados, sino que forman una unidad económica.

63 Así pues, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión, tras realizar las comprobaciones y apreciaciones necesarias, de que las ofertas de que se trata en el litigio principal no fueron presentadas de manera autónoma e independiente, el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 2014/25 se opone a la adjudicación del contrato controvertido a los licitadores que hayan presentado tales ofertas”.

Con respecto a la prueba de tales comportamientos, la misma sentencia de 17 de mayo de 2018 (asunto C-531/16), antes citada, declaró:

“33: Por tanto, un poder adjudicador que tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de una oferta está obligado a examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la presentación de la oferta de que se trate con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento de adjudicación, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba (véase, por analogía, la sentencia de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 44)”.

(...)

“37 En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, el principio de efectividad exige que la prueba de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión pueda aportarse no solo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas



en contrario (véase, por analogía, la sentencia de 21 de enero de 2016, *Eturas y otros*, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 37)". (los subrayados y el enfatizado son nuestros)

II. Desde el punto de vista de la legislación española.

Es necesario comenzar, haciendo referencia al artículo 69.2 LCSP, pues se refiere a las Uniones temporales de empresarios:

“Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que 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”.

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

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

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

(...) 3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de



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

Por su parte y en cuanto al principio de proposición única, clave en este asunto, el artículo 139.3 de la LCSP establece que:

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

Otros preceptos sin relevancia para el asunto que nos ocupa, pero referidos a la materia en cuestión, son el ya comentado artículo 150.1 y los artículos 167 e) (referido al procedimiento negociado) y 96.4 (referido al sistema dinámico de adquisición) todos ellos de la LCSP.

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

Hemos de hacer asimismo referencia a la doctrina de este Tribunal especialmente recogida en la Resolución nº 864/2021, de 8 de julio, con cita de otras anteriores nº 3/2021, nº 60/2021, de 22 de enero (recursos nº 1178 y 1183/2020):



“Así, y, en primer lugar, es obligado recordar que, como señala el órgano de contratación, no existe restricción a que las empresas pertenecientes a un grupo de empresas se presenten a la misma licitación pública. Las recurrentes otorgan gran importancia a dicha circunstancia, pero, como señaláramos en nuestra Resolución nº 659/2019, de 20 de enero, “en nuestro Derecho no existe obstáculo legal para que empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación”. La clave aquí, por lo tanto, no reside en concretar si hay o no un grupo de empresas, sino en verificar si se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LCSP. Como señalábamos, de igual forma, en nuestra Resolución nº 1278/2019, de 11 de noviembre, “el mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación”.

Partiendo, por lo tanto, de tal premisa básica, habrá que ver si las empresas concernidas han incurrido en una práctica contraria a lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP. Básicamente, son dos los indicios que apunta EULEN. Primero y, de una parte, compara la actuación de CLECE, S.A., MULTISERVEIS NDAVANT, S.L. y ZAINZEN S.A.U. en un procedimiento anterior, anulado, con las proposiciones presentadas en el procedimiento actual. Sin embargo, y como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en anteriores ocasiones (por todas, Resolución nº 60/2021, de 22 de enero), el examen de tales prácticas (...) debe realizarse atendiendo, exclusivamente, a las concretas circunstancias del procedimiento de contratación vigente: “la actuación de la mesa y del órgano de contratación ha de ceñirse exclusivamente a lo que es su competencia, el desarrollo del procedimiento de licitación con arreglo a la LCSP y el PCAP, y en modo alguno puede extenderse a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, pues el deber de velar por su defensa que pesa sobre el órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación”. De poco, por lo tanto, puede servir la conducta seguida en un anterior procedimiento, anulado, por las mismas mercantiles implicadas.

En segundo lugar, EULEN sostiene que se observa una “desviación mínima” entre las proposiciones presentadas por los tres licitadores con respecto a los rendimientos por



metro cuadrado de limpieza y los precios de los lotes 7, 15 y 22. Sin embargo, resulta obvio que una desviación pequeña no puede justificar, por sí sola, la exclusión de los licitadores del procedimiento, siendo, como destaca el órgano de contratación, que los márgenes de desviación observados se hallan dentro de los límites contemplados en el pliego y que tampoco se observa elemento alguno que permita inferir que se trata de ofertas no competitivas.

Por su parte, SACYR alega también la existencia de dicha práctica colusoria, que sitúa, en primer lugar, en una pretendida concertación en los “estudios teóricos de cada una de las empresas”, que compara para acabar concluyendo que la “manipulación” ha beneficiado a CLECE, S.A., por cuanto ha presentado, junto con las empresas de su grupo “valores muy parecidos con el único objetivo de acercar la media a su valoración y así obtener mejores puntuaciones”. De igual forma, la recurrente afirma que tal manipulación se habría producido en la proposición económica.

Pues bien, lo primero que se hace necesario destacar con respecto a los alegatos de SACYR es que los cálculos que ofrece la recurrente, que incluyen un gráfico y una reclasificación de las ofertas, no vienen acompañados de prueba documental o pericial que los sustente, con lo que difícilmente pueden servir de base para la estimación del recurso (más cuando la propia recurrente reprocha al órgano de contratación no haberle facilitado documentación auxiliar que la recurrente quería hacer servir para sus cálculos).

El Tribunal, desde luego, acepta que, en general, se observa la tendencia apuntada por la recurrente (particularmente, cuando señalan que los valores del Estudio Teórico se mueven en rangos próximos en las tres empresas) pero, en ausencia de otros indicios y sin mayores elementos de prueba, no puede determinar sin más la exclusión de los licitadores implicados, como pretenden las recurrentes.

En tal tesitura, y en ausencia de evidencia que demuestre lo contrario, los recursos interpuestos deben ser desestimados en lo que atañe a la vulneración del principio de proposición única por parte de la mercantil CLECE, S.A. y de dos empresas de su grupo, desestimándose, por lo tanto, los alegatos de SACYR y de EULEN en este aspecto”.



Estas normas nacionales, en aplicación e interpretación conjunta con el artículo 57 de la Directiva, y conforme a la jurisprudencia comunitaria y nuestra doctrina, determinan el siguiente mínimo común en lo que a este recurso especial importa, en el que se denuncia la vulneración del principio de proposición única, recogido en el artículo 139.3 de la LCSP:

1º. Es perfectamente posible que varias empresas de un mismo grupo de sociedades presenten ofertas en una misma licitación. Como señalábamos en la resolución citada la clave reside en verificar si se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el art.139.3 de la LCSP.

2º. Es irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo éste motivo de su exclusión. Un supuesto de colusión se produce cuando varios licitadores presentan la misma oferta.

3º. La detección y sanción de la práctica colusoria exige evidenciar la existencia de indicios plausibles de que las ofertas han sido preparadas por la misma persona o coordinadas entre los licitadores. Para ello, no es necesario que haya identidad ni vinculación, en el sentido de abuso de la persona jurídica que conlleve aplicar la doctrina del levantamiento del velo basta con que varias empresas –aunque no tengan, en principio, relación – presenten una única oferta, con alguna variación.

Por ello, los órganos de contratación deberán poner de manifiesto y detectar elementos formales en la redacción de ofertas, errores en las mismas, vinculación entre empresas.... Es decir, deben apreciar la existencia de indicios plausibles de prácticas colusorias sin tener que llegar a probar que concurren los elementos para aplicar la doctrina del levantamiento del velo.

4º. Detectados los indicios por un licitador o por los órganos de contratación, debe darse traslado para alegaciones a los licitadores afectados, sin que, a la fecha de esta resolución, deba seguirse el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la LCSP.

5º. La exclusión en modo alguno exige una resolución administrativa firme de carácter sancionador que declare la existencia de la práctica colusoria.



En efecto, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación ni tampoco compete a este Tribunal detectar o calificar de oficio prácticas contrarias a la competencia entre empresas, salvo que aquellas afecten directamente a la resolución de un recurso o reclamación en concreto y en consecuencia con lo solicitado, pues esa es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) 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, 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 vía el informe que con carácter potestativo pueden recabarles ex art. 79.1 de la Ley 39/2015, son un elemento valioso, las decisiones del órgano de contratación son autónomas.

Además esta autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias, pues tal función no le 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, sin que tenga facultad para excluir a un licitador por conductas ajenas al procedimiento concreto de licitación”.

Con posterioridad a dictarse la resolución 1475/2022, se ha dictado por el TJUE la sentencia de 21 de diciembre de 2023, asunto C-53/22 y se ha desarrollado el procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada.

En efecto, a través de la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 31/2022, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, se ha dado una nueva redacción al citado precepto:

“Artículo 150. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.



1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.

Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.

En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciaren 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 a 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.

El órgano de contratación comunicará la resolución de adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, por medios electrónicos el mismo día en que se acuerde. Esta comunicación hará decaer cualquier solicitud de informe que no hubiera sido atendida hasta esa fecha, no pudiendo las autoridades de competencia emitir el informe a partir de ese momento”.

Como se constata, a diferencia de la legislación anterior, en la que se remitía la cuestión del procedimiento a seguir a una vía reglamentaria, nunca desarrollada, en la vigente redacción, se regula con detalle el procedimiento, de carácter garantista, que debe tramitar la mesa de contratación o el órgano de contratación cuando detecte de oficio o a instancia de parte, indicios de la existencia de conductas colusorias a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con la consiguiente suspensión del procedimiento de contratación. Además, 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.

Por otra parte, hay que hacer mención a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-66/2022, de 21 de diciembre de 2023, que introduce la posibilidad de que tenga incidencia en un determinado procedimiento de contratación a efectos de tomar la decisión de exclusión, de otras prácticas colusorias detectadas en otros procedimientos.



Destacamos, en este sentido, lo manifestado en la quinta cuestión prejudicial de la citada sentencia, en los siguientes apartados (los subrayados son nuestros):

“Quinta cuestión prejudicial

65 *Mediante su quinta cuestión prejudicial, que procede examinar en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que limita la posibilidad de excluir una oferta de un licitador cuando existan indicios serios de conductas de este que pueden falsear las normas sobre competencia en el procedimiento de adjudicación de un contrato público en cuyo marco se ha producido este tipo de conductas.*

(...)

67 *En primer término, procede señalar que, al prever el supuesto de que el poder adjudicador «tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia», el tenor del artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2014/24 no limita la aplicación de este motivo de exclusión al procedimiento de adjudicación de un contrato público en cuyo marco se haya producido ese tipo de conducta.*

68 *Por lo que respecta, en segundo término, al contexto en el que se inscribe esta disposición, dicha interpretación se ve corroborada por el artículo 57, apartado 5, párrafo segundo, de esa Directiva, que permite a los poderes adjudicadores, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4 de dicho artículo 57.*

69 *En tercer término, esta interpretación permite al poder adjudicador, de conformidad con el objetivo perseguido por la Directiva 2014/24 en lo que atañe a los motivos de exclusión facultativos enumerados en el artículo 57, apartado 4, párrafo primero, de dicha Directiva, tal como se ha recordado en el apartado 56 de la presente sentencia, asegurarse*



de la integridad y fiabilidad de cada uno de los operadores económicos que participan en el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2022, J. Sch. Omnibusunternehmen y K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, apartado 42), integridad y fiabilidad que pueden ponerse en duda no solo en caso de participación de tal operador en conductas contrarias a la competencia en el marco de dicho procedimiento, sino también en caso de participación del operador en tales conductas anteriores.

70 En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente señala que el artículo 70, apartado 2, letra g), del CCP limita la posibilidad de que el poder adjudicador excluya una oferta debido a la existencia de indicios importantes de actos, acuerdos, prácticas o información que puedan falsear las normas de competencia únicamente al procedimiento de adjudicación de un contrato público en el que se hayan producido esas prácticas contrarias a la competencia, de modo que tal exclusión no podría ser pronunciada por el poder adjudicador si las prácticas contrarias a la competencia de que se trata tuvieron lugar con anterioridad a dicho procedimiento.

71 A este respecto, de los apartados 51, 58, 60 y 61 de la presente sentencia se desprende que, con independencia de si el procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido en el litigio principal está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 o de la Directiva 2014/25, los Estados miembros deben, al menos, establecer la facultad de los poderes adjudicadores de incluir los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24 entre los criterios objetivos de exclusión en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, sin perjuicio de la decisión de esos Estados de transformar, en su caso, esta facultad en obligación. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden, en ningún caso, restringir el alcance de dichos motivos de exclusión.

72 De las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la quinta cuestión prejudicial que el artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que limita la posibilidad de excluir una oferta de un licitador cuando existan indicios serios de conductas de este que pueden falsear las normas sobre competencia en el procedimiento



de adjudicación de un contrato público en cuyo marco se ha producido este tipo de conductas”.

Precisado el marco de análisis, debemos añadir una consideración más. Con la lectura del artículo 150 queda claro que la potestad para excluir a un licitador por prácticas colusorias queda reservada, en exclusiva, al órgano de contratación o poder adjudicador. Conclusión que se refuerza con lo manifestado en la sentencia antes parcialmente transcrita del TJUE, en la que, en virtud de una legislación interna se atribuía la facultad de excluir a un licitador por este tipo de prácticas únicamente a una autoridad nacional de defensa de la competencia, planteándose como cuestión prejudicial si eso se adecuaba a la legislación comunitaria. Pues bien, resolviendo a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, el mencionado Tribunal resolvió que (el subrayado es nuestro):

“74. A este respecto, procede recordar que, con arreglo al artículo 56, apartado 1, letra b), de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador tiene la obligación de comprobar, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público, si la oferta procede de un licitador que no esté excluido en virtud del artículo 57 de esa Directiva, obligación que se extiende a todos los operadores económicos que hayan presentado una oferta (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 46).

75 Como se desprende de la jurisprudencia mencionada en los apartados 55 y 56 de la presente sentencia, fue voluntad del legislador de la Unión encomendar al poder adjudicador, y solo a él, la tarea de apreciar si un candidato o un licitador debe ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante la comprobación de la integridad y la fiabilidad de cada uno de los operadores económicos que participan en tal procedimiento.

(...)

84. De las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que atribuye únicamente a la autoridad nacional de defensa de la competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de los



procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas sobre competencia”.

De lo que resulta, que este Tribunal, que sólo tiene competencia revisora, no puede decidir, de oficio, aunque detecte prácticas colusorias, la exclusión de un licitador, como nos pide el recurrente. Es decir, podemos revisar una decisión del órgano de contratación que ha acordado una exclusión por este motivo, más no podemos sin esa decisión revisable, acordar directamente una exclusión por la existencia de prácticas colusorias aunque detectemos indicios de ello. Esto es lo que ocurren en el presente caso. El órgano de contratación no ha detectado durante la tramitación indicio alguno de dichas prácticas, o al menos, no ha tomado una decisión al respecto. Es, precisamente, con motivo del recurso interpuesto donde se plantea, por primera vez, la posible existencia de estos indicios. La primera manifestación al respecto que hace el órgano de contratación es con motivo del informe sobre el recurso en el que tampoco, tan siquiera, se pronuncia de manera categórica o toma una decisión al respecto, derivando a este Tribunal, de manera improcedente, como hemos razonado antes, la decisión y, en su caso, exclusión de los licitadores implicados, cuando es él el que tiene la competencia exclusiva en esta materia:

“PRIMERO.- La forma de proceder y el contenido de las ofertas de Dextro Medica SL y Farmadosis permiten apreciar una vulneración del artículo 139.3 LCSP: la naturaleza colusoria de las ofertas.

Este Órgano de Contratación considera que si finalmente se demuestra que las ofertas de Dextro Medica S.L. y Farmadosis S.L. no son autónomas e independientes, han empleado prácticas encaminadas a desvirtuar la independencia entre las proposiciones, obrando de forma convenida y condicionando el contenido de sus ofertas para restringir o falsear la competencia en el presente procedimiento de contratación, deberían ser conductas punibles por infracción de los principios rectores de la contratación pública”.

Llegados a este punto, puesto que el recurso se denuncia la existencia de prácticas colusorias entre FARMADOSIS y DEXTRA, con el fin de que se excluya a dichas proposiciones y se anule la adjudicación al primero de ellos, nuestro análisis se va a limitar a valorar si, a nuestro juicio, con la documentación obrante en poder de este Tribunal, pues



no nos corresponde legalmente hacer actuaciones de averiguación o práctica de pruebas al margen de lo que se nos ha aportado, encontramos indicios de prácticas colusorias. Vamos a descender, por tanto, a las circunstancias del caso que se nos presenta a la vista de la documentación de la que disponemos.

Una primera consideración previa a tener en cuenta es que no se detecta en la documentación aportada por el órgano de contratación, ni la que obra en el expediente, que exista un vínculo entre FARMADOSIS Y DEXTRA, tales como la existencia de un grupo de empresas, unidad económica entre ambas o una suerte de poder de dirección o influencia determinante de una empresa sobre la otra o de un tercero influyente sobre las dos, de tal manera que, al menos, formalmente, con la documentación que disponemos, tenemos que concluir que las dos entidades mercantiles mantienen una independencia societaria y de funcionamiento entre ambas. No obstante, como hemos dicho en varias resoluciones, algunas antes transcritas, no son las circunstancias antes referidas las que, de manera exclusiva, determinan que pueda hablarse de conculcación del principio de oferta única.

Para llegar a una conclusión al respecto, hay que analizar los pormenores y peculiaridades de la oferta u ofertas en discusión, ya que esta cuestión está gobernada por la casuística, como hemos dicho en varias ocasiones.

Vamos, pues, a analizar las dos ofertas. Ya expusimos en el antecedente de hecho segundo de esta resolución los criterios de adjudicación que establece el PCAP. Como se observa hay una multiplicidad de criterios, subcriterios y apartados dentro de éstos, lo que da una idea que se trata de una proposición de preparación y formulación compleja, por lo que, a priori, resultaría muy difícil y complicado que pudieran existir dos ofertas iguales o, al menos, muy parecidas.

Empezando por el análisis de las dos ofertas en cuanto a los criterios de adjudicación sometidos a juicios de valor que tenía asignado un máximo de 40 puntos en su valoración, observamos que las proposiciones de FARMADOSIS y DEXTRA son de distinta extensión, pero también es cierto que la diferencia de tamaño y tipo de letra de cada una de ellas es muy diferente. Sin embargo, si analizamos sus respectivos contenidos, no podemos llegar



a otra conclusión que son prácticamente “*calcadas*”. La exposición de las ofertas son idénticas, no ya en cuanto a la denominación de los apartados de los criterios y subcriterios de adjudicación, que sería lo lógico para ajustarse al PCAP, sino que se repite literalmente la misma estructura en las dos ofertas, su exposición y los desgloses y subapartados en cuanto a su formulación. Pero no sólo eso, sino que se repiten íntegramente el contenido de la redacción de todos los párrafos hasta, prácticamente, el cien por cien en ambas ofertas, salvo ligerísimos matices, únicamente limitados a la parte de la proposición relativa a la propuesta de organización de la distribución, reorganización de espacios y circuitos y elementos físicos logísticos en el Servicio de Farmacia y, como es obvio, al distinto personal de la empresa que prestará apoyo durante la implantación y/o ejecución. Para hacernos una idea de la absoluta identidad entre ambas ofertas, además del contenido escrito, en las dos proposiciones se han integrado 89 fotos que son exactas las mismas en las dos ofertas, 23 planos, cuadros o gráficos, que son idénticos en las dos proposiciones y 6 certificados e informes que son exactamente los mismos. Es más, en la proposición de DEXTRA se hace mención 19 veces a FARMADOSIS, pero no como referencia a un tercero, sino sustituyendo su nombre como si fuera la propia FARMADOSIS la que estuviera haciendo la oferta. Utilizan también las dos empresas exactamente la misma maquinaria y características (cortadora automática y manual, desemblistadoras, bandejas de inserción de mallas, etc). Y por citar varios ejemplos muy significativos, DEXTRA aporta en cuanto a la calidad del material fungible, un certificado de Q ROBOTICA, en el que se puede leer:

“Que ROBOTICA certifica la calidad de las bolsas suministrada a FARMADOSIS...” y, además, las dos empresas aportan idénticos certificados de prueba.

Otro ejemplo, lo encontramos también en la oferta de DEXTRA, en la que se manifiesta:

“Para garantizar el cumplimiento de plazos en la puesta en marcha, seguimiento y mantenimiento de la solución descrita, FARMADOSIS dispone en la Comunidad Valenciana de 2 almacenajes de 4000 m2 + la fábrica de Robots”.



O cuando DEXTRA explica la Unidad de función del personal de la empresa que prestará apoyo a la implantación y ejecución, cuando detalla dicho personal se refiere tanto a FARMADOSIS como a DEXTRA, sumando ambos personales.

En definitiva y para no extendernos más innecesariamente, no se trata de indicios más o menos consistentes, sino que bien podría calificarse como una oferta “*común*”, aunque esté separada aparentemente bajo la cobertura de dos mercantiles y a esa conclusión puede llegar cualquiera que lea ambas, sin ningún tipo de conocimiento técnico o jurídico porque hablamos de identidad (sin matices técnicos o de otro tipo) que se detecta con la mera lectura y comparación.

Esto en cuanto a los criterios de adjudicación sobre juicios de valor, pero si analizamos la correspondiente a los criterios automáticos o mediante fórmulas, no podemos sino llegar a la misma conclusión de igualdad entre las ofertas de FARMADOSIS y DEXTRA.

Aquí la únicas dos diferencias se detectan en el precio ofertado y la garantía, mucho más alto y más breve, respectivamente, en el caso de la oferta de DEXTRA, pero ello en modo alguno desvirtúa la existencia de concertación y, además, ni tan siquiera se intenta explicar en el caso de FARMADOSIS al presentar las alegaciones. Extrañamente, siendo tan grave la acusación planteada por la recurrente, DEXTRA no presenta alegaciones. Resulta muy llamativo, en este sentido, que DEXTRA ofrezca como oferta económica prácticamente el importe del presupuesto base de licitación (sin IVA) y que FARMADOSIS haya ofrecido un importe significativamente muy bajo que, de hecho, le hizo incurrir en anormalidad de la oferta, que luego fue justificada por el órgano de contratación y que además impugna también la recurrente por la nula justificación de la motivación de la aceptación. Es paradójico que siendos las ofertas prácticamente iguales hayan ofertado importes económicos en cuanto al precio tan dispares.

Las dos ofertas, como denuncia la recurrente, se presentan en la Plataforma de Contratación del Sector Público el mismo, día con una diferencia escasa de pocos minutos, lo que de acuerdo con la “*Guía sobre Contratación Pública y Competencia*” elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia, puede ser un indicio de que existe práctica colusoria unido a otra serie de circunstancias que, desde luego, aquí concurren.



Por lo demás, las proposiciones relativas a los otros criterios automáticos (a excepción del plazo de garantía citado) presentadas por las dos mercantiles citadas son iguales. Ambas presentan exactamente el mismo cronograma para la implantación del proyecto (valorado hasta con 5 puntos), incluso DEXTRO se equivoca (¿?) y al presentarlo se refiere a sí misma con el nombre de FARMADOSIS. Y nos referimos a que es la misma oferta porque aquí también ambas emplean la misma redacción, coincidiendo incluso en errores gramaticales (*“proyecto de instalación de y puesta en funcionamiento del Proyecto”* o utilizan dos mayúsculas seguidas- *“EL plan de implantación se ocupa de planificar...”*) o en los propios formatos de gráfica y tabla.

En definitiva, las ofertas de FARMADOSIS y DEXTRO parecen preparadas por una misma persona o por varias, pero en perfecta coordinación entre ellas. Es prácticamente la misma oferta y, por tanto, no podemos hablar que sean competitivas entre sí. Además, en este tipo de contratos tan especializados y con un número muy reducido de empresas que pueden optar a la licitación (en el lote 1 se presentaron 5 proposiciones, incluidas las citadas), a juicio de este Tribunal, las ofertas de FARMADOSIS y DEXTRO en los términos en los que se han formulado han condicionado de manera determinante el resultado final del proceso de selección y adjudicación del contrato en controversia, siendo de hecho, FARMADOSIS la adjudicataria del contrato.

En fin, como conclusión final después de todo lo dicho, estimamos que hay claros indicios de vulneración del principio de oferta única y de la posible existencia de prácticas colusorias entre ambas empresas.

Hasta aquí acaba nuestro cometido de análisis en este recurso en el que, como dijimos anteriormente, de manera extraordinaria, se ha planteado la posible existencia de prácticas colusorias con motivo de lo manifestado en el recurso, pero no tenemos acuerdo o acto del órgano de contratación acordando o no la exclusión por este motivo que revisar.

Lo que si se constata es que existiendo, a nuestro juicio, *“indicios fundados”* de este tipo de prácticas, no ha tramitado el órgano de contratación, como a él le compete, el procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP, incurriendo, por ello, en una grave infracción procedimental que determina la anulación del acuerdo de adjudicación y la



retroacción del procedimiento, a fin de que, antes de proceder, en su caso, a acordar una nueva adjudicación, tramite el preceptivo procedimiento previsto en el citado precepto de acuerdo con todos los requisitos allí fijados y decida lo que corresponda sobre la exclusión o no de las ofertas de FARMADOSIS Y DEXTRO, tras recabar el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente sobre el carácter fundado o no sobre tales prácticas.

La estimación de este motivo del recurso, por las consecuencias que ello genera exonera del análisis del resto de los motivos del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.R.R., en nombre y representación de AUTOMATIZACIÓN FARMACÉUTICA, S.L., contra la adjudicación del procedimiento *“Suministro de equipamiento para el Servicio de Farmacia Sociosanitario la Florida del Departamento de Salud de Alicante- Hospital General”* (Lote 1 – *“Sistema automatizado de preparación de la medicación individualizada por paciente en dosis unitaria y por toma”*), con expediente referencia PA 792/2023, convocado por el Departamento de Salud del Hospital General de Alicante, que se anula, retrotrayendo el expediente al momento previo a la adjudicación para que actúe conforme a lo expuesto al final del fundamento jurídico quinto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 1 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto



en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES