

Recurso 348/2023
Resolución 423/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 8 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DESARROLLO ANDALUZ DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEN, S.A.** contra la resolución, de 29 de junio de 2023, del órgano de contratación, de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de realización de pruebas de tomografía axial computerizada (TAC) simples y con contraste a realizar a pacientes usuarios de centros perteneciente al Servicio Andaluz de Salud en la provincia de Cádiz» (Expediente CCA.66RG8KP), respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de noviembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, día en que asimismo los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 5.712.888,00 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El órgano de contratación mediante resolución de 29 de junio de 2023 excluye la oferta de la entidad CENTROS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO INTEGRAL S.L. del procedimiento de licitación, respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16

SEGUNDO. El 21 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DESARROLLO ANDALUZ DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEN, S.A. (en adelante DADISA o la recurrente), contra la citada resolución de 29 de junio 2023 de exclusión de su oferta, respecto de los lotes arriba referidos.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 24 de julio de 2023, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación fue recibida en este Órgano el 27 de julio de 2023.

Por Resolución MC. 77/2023, de 28 de julio, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los lotes objeto de impugnación, solicitada por la recurrente.

Por último, el 3 de agosto de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello, las presentadas por las entidades CENTROS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO INTEGRAL, S.L. y HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LA SALUD GRUPO HLA, S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes impugnados, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, según consta en el informe al recurso, el acuerdo impugnado fue remitido a la entidad ahora recurrente y publicado en el perfil de contratante el 30 de junio de 2023, por lo que el recurso presentado el 21 de julio de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.



QUINTO. Antecedentes y actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas a la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

De conformidad con las previsiones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el pliego de prescripciones técnicas y en la memoria justificativa y económica que rigen la presente licitación, el contrato tiene por objeto la contratación del servicio de realización de pruebas de tomografía axial computarizada (TAC), con y sin contrastes, por precio unitario, a pacientes del Hospital Universitario de Puerto Real, Hospital Punta de Europa, Hospital Universitario Jerez y Hospital La Línea.

El contrato se divide en 18 lotes teniendo en cuenta el tipo de necesidad, TAC sin y con contraste, en cada zona y, a su vez, se ha distribuido la expresada necesidad en distintos porcentajes de proporción, concretamente, 60%, 25% y 15%. Los 18 lotes se han estructurado en nueve agrupaciones en función de la zona y el indicado porcentaje de proporción.

Zonas objeto del contrato:

- Zona 1 Área de Gestión Sanitaria NORTE de CÁDIZ:
 - Hospital Universitario de Jerez
- Zona 2 Área de Gestión Sanitaria CAMPO GIBRALTAR:
 - Hospital Universitario Punta Europa
 - Hospital de La Línea de la Concepción
- Zona 3 Hospital Universitario de PUERTO REAL

Los pliegos limitan el número máximo de agrupaciones que puede adjudicarse a una sola licitadora dentro de la misma zona. Se justifica dicha exigencia en la necesidad de disponer de 3 operadores económicos por zona que permitan la realización de la actividad concertada cumpliéndose con los plazos de garantía, de forma que:

- La misma empresa licitadora no puede ser adjudicataria de más de una agrupación en relación a las agrupaciones 1, 2 y 3.
- La misma empresa licitadora no puede ser adjudicataria de más de una agrupación en relación a las agrupaciones 4, 5 y 6.
- La misma empresa licitadora no puede ser adjudicataria de más de una agrupación en relación a las agrupaciones 7, 8 y 9.

Por este motivo, dentro del sobre electrónico nº3, de conformidad con el contenido de la cláusula 6.4.2. del pliego de cláusulas administrativas particulares, la persona licitadora debía aportar el orden de preferencia respecto a la adjudicación de los lotes a los que licitase.

En cuanto a las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del expediente y directamente relacionadas con la exclusión de la entidad recurrente, cabe señalar las siguientes.

La mesa de contratación, en sesión celebrada con fecha 24 de marzo de 2023, tras el examen del Informe técnico de valoración de los criterios de adjudicación de evaluación no automáticos, emitido con fecha 23 de marzo de 2023, acuerda la aprobación del contenido del mismo. A continuación, y en el curso de la referida sesión, tal y como consta en el acta de esta, se procede a la apertura de los sobres electrónicos n.º 3, en los que se contenía las ofertas económicas y la documentación relativa a los criterios de valoración mediante la aplicación de fórmulas. A la vista del contenido del citado Informe técnico así como de las ofertas económicas presentadas en las diversas agrupaciones y lotes, la mesa, según expresamente consta en la citada acta de la sesión: *«aprecia la posible existencia de indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, concretamente las previstas en los apartados 1.a y 1.c del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la*



competencia, esto es, llevar a cabo la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, así como el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Es por ello que se insta al órgano de contratación para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), los trasladase, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.»

Siguiendo las indicaciones de la mesa, el 19 de abril de 2023, se presenta ante la Agencia de la Competencia y Regulación Económica de Andalucía (ACREA) oficio del Director Gerente del Hospital Universitario “Puerta del Mar”, mediante el que se solicita informe sobre los indicios de conductas colusorias identificados por la mesa de contratación. Al efecto se refieren los distintos hechos y consideraciones que fundamentan la petición del informe. Los presuntos indicios de conductas colusorias puestos de manifiesto afectan a las siguientes licitadoras: DESARROLLO ANDALUZ DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEN, S.A., S.A., CENTROS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO INTEGRAL S.L., HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LA SALUD GRUPO HLA, S.L.U. y ANTONIO LÓPEZ CANO, S.L.

El órgano de contratación argumenta, en su solicitud de informe, que las citadas empresas habrían decidido presuntamente repartirse los lotes de la licitación, empleando para ello la fórmula de la unión temporal de empresas (UTE) en unos lotes y la presentación de un único licitador en otros lotes. Esta conclusión la refuerza con el dato de que unos mismos equipos de TAC ofertados prestarían servicios en distintos lotes, siendo utilizados en unas ocasiones por algunas de las empresas a título individual y otras por las UTE.

Asimismo, entiende el órgano de contratación, como indicio de conducta presuntamente colusoria, el hecho de que las referidas empresas hayan ofertado unos precios idénticos en casi todos los lotes, tanto en los que concurrían individualmente como en los que participaron en UTE. Afirma que dichas empresas han ofertado un precio uniforme de 69,50 euros (IVA excluido) para los lotes de TAC simple sin contraste y de 89,50 euros (IVA excluido) para los lotes de TAC simple con contraste.

El 9 de mayo de 2023 se emite informe por el Director del Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, en relación con los indicios de conductas colusorias apreciados por el órgano de contratación, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

«Primera. Las circunstancias apreciadas por el Director Gerente del Hospital Universitario “Puerta del Mar” de Cádiz en el procedimiento de contratación 784/2022, actualmente en tramitación, y trasladadas a la ACREA para la emisión del informe previsto en el artículo 150.1 de la LCSP, tienen la consideración de indicios fundados de conductas colusorias en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC.

Segunda. Los indicios fundados de conductas colusorias concurren en las empresas Diagnóstico por Imagen, S.A. (HT MÉDICA), Centros Médicos de Diagnóstico Integral, S.L. (CMDI), Hospital Nuestra Señora de la Salud Grupo HLA, S.L.U. y Antonio López Cano, S.L.

Tercera. El presente informe se emite como trámite preceptivo en el curso de un procedimiento de contratación, establecido en la LCSP, si bien no condiciona ni prejuzga las actuaciones que la ACREA pueda llevar a cabo de conformidad con lo previsto en la LDC.»



Con posterioridad, a la vista de las conclusiones del informe, de conformidad con lo establecido en el párrafo séptimo del art. 150.1 de la LCSP, el órgano de contratación notificó a los distintos licitadores afectados, incluido el recurrente, la suspensión de la licitación, igualmente se le adjuntó documentación otorgándoles un plazo de diez días hábiles para la formulación de las alegaciones que estimasen oportunas.

Recibidas las alegaciones formuladas por los distintos licitadores y tras la valoración de las mismas, el órgano de contratación haciendo uso de la previsión contenida en el párrafo séptimo del artículo 150.1 de la LCSP, remitió copia de las alegaciones así como del informe de valoración efectuado sobre las mismas a la Autoridad de Competencia a fin de que emitiese informe mediante el que se valorase: *«si las alegaciones presentadas por los interesados, o alguna de ellas, son susceptibles de ser tomadas en cuenta a los efectos de privar de la consideración de indicios fundados de conductas colusorias, en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC, de las circunstancias apreciadas por este órgano de contratación.»*

Las alegaciones fueron formuladas por las licitadoras y respecto a los lotes que a continuación se relacionan:

- Lote 1, 2: UTE DADISA, CMDI Y HLA
- Lote 3,4,9,10,11,12: DADISA
- Lote 5,6,9,10,11,12: CMDI
- Lote 7,8,15,16: UTE DADISA Y CMDI
- Lote 13,14: UTE DADISA, CMDI, HLA Y LOPEZ CANO
- Lote 17,18: UTE LOPEZ CANO Y HLA

Con fecha 16 de junio de 2023, se emite informe por el Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

«Primera. Valoración

La ACREA comparte la valoración que ese órgano de contratación ha realizado de las alegaciones presentadas por las empresas Diagnóstico por Imagen, S.A. (HT MÉDICA), Centros Médicos de Diagnóstico Integral, S.L. (CMDI), Hospital Nuestra Señora de la Salud Grupo HLA, S.L.U. y Antonio López Cano, S.L., así como por la UTE DADISA, CMDI, HLA Y LÓPEZ CANO, y UTE LÓPEZ CANO Y HLA, en el trámite de alegaciones.

Segunda. Conclusión

Considerando que ninguna de las alegaciones planteadas por las citadas empresas y UTEs desvirtúa total o parcialmente los argumentos expuestos en el informe de fecha 9 de mayo de 2023 emitido por este DI ni, en consecuencia, las conclusiones formuladas en el mismo, se debe concluir que las citadas alegaciones no son susceptibles de ser tomadas en cuenta a los efectos de privar la consideración de indicios fundados de conductas colusorias de las circunstancias apreciadas por ese órgano de contratación, a los efectos del artículo 150.1 de la LCSP.».

Con fecha 29 de junio de 2023 se dicta “Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, por la que se acuerda, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.1 de la LCSP, que existen indicios fundados de conductas colusorias, la exclusión del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y la notificación a todos los licitadores, alzando la suspensión y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere, del expediente de contratación administrativa siglo núm. 784/2022, nº CCA: 66RG8KP, relativo a la contratación del servicio de realización de pruebas de tomografía axial computerizada (TAC) a realizar a pacientes usuarios de centros pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud en la Provincia de Cádiz”. Mediante la referida resolución, y en lo que aquí interesa, el órgano de contratación adopta los siguientes acuerdos:



«SEGUNDO. Acordar que existen conductas colusorias en las empresas Diagnóstico por Imagen, S.A. (HT MÉDICA), Centros Médicos de Diagnóstico Integral, S.L. (CMDI), Hospital Nuestra Señora de la Salud Grupo HLA, S.L.U. y Antonio López Cano, S.L. y, en consecuencia, excluir a las expresadas empresas del procedimiento de contratación.

TERCERO. Alzar la suspensión de la licitación de conformidad con el inciso octavo del artículo 150.1 de la LCSP.

CUARTO. Declarar desiertos los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 al no concurrir más licitadores a dichos lotes.

(...)

SEXTO. Continuar el procedimiento de contratación del licitador restante, esto es, IDCQ HOSPITALES Y SANIDAD SLU que opta solo a los lotes 7 y 8.»

SEXTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso especial en materia de contratación contra la resolución del órgano de contratación de 29 de junio de 2023, por la que se acuerda, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.1 de la LCSP, que existen indicios fundados de conductas colusorias y la exclusión del procedimiento de contratación de los licitadores responsables de dichas conductas, a fin de que este Tribunal tras la estimación del mismo “dicte una resolución por la que anule la citada Resolución, y revoque la decisión de exclusión de DADISA”. Fundamenta su pretensión en los siguientes motivos de recurso.

(i) Extralimitación del órgano de contratación en sus competencias y nulidad del procedimiento

Como primer motivo de nulidad de la resolución impugnada la recurrente aduce que el órgano de contratación se ha extralimitado en sus competencias. Argumenta al efecto que es doctrina reiterada de los Tribunales Administrativos en materia de contratación pública 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 (CMC) o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia”, y que la necesaria autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y la autoridad 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 (sic), solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, se han conculcado o no la libre competencia”. (Cita, por todas, la Resolución 60/2021, de 22 de enero, del TACRC).

Considera que en la tramitación del presente procedimiento de adjudicación “el Órgano de Contratación no sólo no ha sido autónomo en sus decisiones, sino que ha ido más allá incluso de la opinión de la ACREA recogida en los referidos informes hasta el punto de que ha declarado directamente por sí mismo que “existen conductas colusorias en las empresas”. Esto es, no excluye con base en los indicios que se venían discutiendo a lo largo del procedimiento, sino que lo hace asumiendo que tales indicios prueban directamente la existencia de prácticas colusorias, por lo que “el tenor de la resolución supone una extralimitación del procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP”.

Además, y sobre la aplicación al caso del contenido del referido precepto manifiesta su oposición y afirma que no se encontraba en vigor en el momento en el que concurrió a la presente licitación. Articula el argumento en los siguientes términos: “En efecto, el Órgano de Contratación excluye con base en el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la LCSP, que fue incorporado a la ley en virtud de la modificación operada por la disposición final del artículo 27.7 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (en



vigor desde el 1 de enero de 2023) y que, por tanto, esta parte entiende que no resulta de aplicación a la presente licitación, convocada con anterioridad a la entrada en vigor del desarrollo de este procedimiento”.

(ii) Inexistencia de indicios de prácticas colusorias.

La recurrente defiende que en la presentación de su oferta a la licitación no han concurrido ninguno de los indicios de conductas colusorias que han motivado su exclusión del procedimiento de licitación. Afirma que los hechos calificados como indicios derivan de una justificación objetiva que expone en los siguientes términos.

a) Sobre la concurrencia en UTE a determinados lotes.

La recurrente manifiesta que licitó en UTE a las agrupaciones de mayor población con la finalidad de “*garantizar la debida ejecución del servicio (en términos de calidad, organización, tiempos de respuesta, etc.)*”.

Detalla las dificultades con la que se enfrentaba para concurrir individualmente a la licitación, tanto por la disponibilidad de equipos de TAC como de personal de enfermería disponibles, “*para participar en los lotes de mayor volumen de servicios a prestar (los del 60%) para los que DADISA no podría concurrir individualmente con las adecuadas garantías de cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego*”.

Afirma además que: “*A los exigentes requisitos técnicos, y las necesidades en términos de medios materiales y personales, debe sumarse que el cumplimiento del contrato, además, está sometido a continuos controles de calidad, y las faltas y deficiencias que tengan lugar serán fuertemente penalizadas, como puede observar este Tribunal en el Anexo C al Cuadro Resumen del PCAP.*

(...)

Lo anterior refuerza la necesidad de que DADISA concurreniera en UTE a las agrupaciones de mayor volumen, aunando máquinas y personal de enfermería capaz de cumplir con las prescripciones mínimas del contrato, garantizando una debida ejecución del servicio con un margen suficiente que le permita reducir el riesgo de incurrir en penalidades durante la vida del contrato.”

Tras todo lo expuesto concluye que además de completar la solvencia necesaria para la licitación “*existen otras razones técnicas que hacen necesario recurrir a esta figura de cooperación empresarial, pues no se trata sólo de acceder a un contrato sino de prestar un servicio en términos tanto cuantitativos como cualitativos; máxime cuando hablamos de servicios de salud.*”

En otro orden de cosas, y respecto a la legalidad de concurrir en UTE a la presente licitación, manifiesta que fue el propio órgano de contratación quien expresamente permitió a las licitadoras, dentro de una misma zona, licitar a algunas agrupaciones a título individual y a otras en UTE. Así lo aclaró en fase de consultas a los pliegos, al responder a la consulta planteada por una de las licitadoras (distinta de DADISA) en los siguientes términos:

«*Solicitamos nos confirmen si en la LICITACIÓN 2022/925421 SERVICIO DE REALIZACIÓN DE PRUEBAS DE TOMOGRAFÍA AXIAL COMPUTERIZADA (TAC) SIMPLES Y CON CONTRASTE A REALIZAR A PACIENTES USUARIOS DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE PUERTO REAL, HOSPITAL PUNTA EUROPA, HOSPITAL UNIVERSITARIO JEREZ Y HOSPITAL LA LÍNEA CENTROS PERTENECIENTE AL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD EN LA PROVINCIA DE CÁDIZ 784/2022, puede presentarse una empresa en UTE a una agrupación (dos lotes) y de forma individual a las otras dos agrupaciones (cuatro lotes) de la misma zona.*

Ejemplo: EMPRESAS A,B y C presentan oferta en UTE para los lotes 1 y 2 (agrupación 1) y EMPRESAS A, B Y C presentan oferta de forma individual para los lotes 3,4,5 y 6 (agrupaciones 2 y 3). Todos de la ZONA 1.”

Respuesta:



Buenas tardes, en relación con su consulta, informar que, de conformidad con el apartado 5.2 del PCAP "La persona licitadora no podrá suscribir ninguna propuesta en agrupación temporal con otras empresas si lo ha hecho individualmente, ni figurar en más de una unión temporal. La infracción de esta norma dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por ella suscritas".

Ahora bien, las empresas sí pueden presentar más de una oferta en una misma licitación – individualmente o en UTE, indistintamente– en caso de que el objeto de los contratos se haya dividido en lotes, en la medida en que, si bien un procedimiento de contratación es único aunque se refiera a un objeto contractual dividido en lotes, en cambio, los contratos a que dan lugar las formalizaciones de estos lotes son considerados contratos independientes y separados, de manera que las empresas pueden presentar ofertas por cada uno de ellos.»

Aduce que el órgano de contratación se encuentra vinculado por las respuestas emitidas a las consultas de los pliegos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.3 del PCAP, por lo que *"el Órgano, al facilitar la referida respuesta a la pregunta planteada, generó en los licitadores la confianza de que podían licitar en UTE dentro de una misma zona, aun cuando hubieran presentado una oferta a título individual a otra agrupación.*

b) Sobre la coincidencia de las máquinas ofertadas.

DADISA alega que: *"Como se ha expuesto, la necesidad de concurrir en UTE en este caso no responde a una cuestión de solvencia, sino de garantizar la debida ejecución del servicio (en términos de calidad, organización, tiempos de respuesta, etc.). Y de ahí que el equipo ofertado tanto a nivel individual como en las proposiciones en UTEs sea el mismo: porque es el que tiene y porque no hay obligación de adscripción exclusiva de medios. Por sí solo, es insuficiente para que DADISA pueda cumplir con garantías la ejecución del contrato, pero integrado con el resto aportado a la UTE sí podía ofrecerse con garantías de cumplir la totalidad de las prescripciones técnicas y la calidad del servicio exigida. De no ser así, DADISA no solo podría no haber superado el umbral mínimo de 20 puntos establecido en el PCAP para la oferta técnica, sino que incluso podría haber incurrido en causa de exclusión por incumplimiento de las prescripciones mínimas."*

c) Sobre la coincidencia de precios.

Respecto a la coincidencia de los precios ofertados por las distintas licitadoras, tanto a título individual como en UTE, la recurrente considera que la misma se encuentra justificada y que no obedece a ninguna práctica concertada.

Expone que de conformidad con la previsión contenida en la cláusula 8.2.2 y el cuadro resumen del pliego, los precios unitarios máximos de la licitación eran de 70 euros para el TAC sin contraste y de 90 euros para el TAC con contraste. Argumenta que para poder obtener puntuación era necesario realizar una rebaja sobre los precios máximos, y ello a pesar de que, según manifiesta la recurrente, los referidos precios máximos se encuentran por debajo del precio de mercado; sobre todo teniendo en cuenta la coyuntura económica de inflación actual que ha propiciado un incremento exponencial del precio de los suministros básicos como la electricidad, el gas, material fungible, medios de contrastes o mantenimiento de los equipos, circunstancias que además previsiblemente continuarán en los próximos años. A ello ha de unirse el incremento de los costes de personal. Todo lo cual incrementa los costes de ejecución del servicio, lo que unido a los bajos precios máximos de la licitación fijados en los pliegos, provocó que el margen de maniobra de los licitadores para configurar su oferta fuese muy reducido.

Tras lo expuesto concluye que: *"De ahí que si bien en un primer momento pueda resultar sorprendente que la mayoría de los licitadores se hayan inclinado por ofertar precios muy ajustados a los máximos (69,50 euros para las pruebas de TAC sin contraste y de 89,50 euros con contraste), lo cierto es que resulta la opción más lógica si se*



atiende a la realidad económica en la que se enmarcan estas ofertas y teniendo en cuenta que las licitadoras estaban obligadas a realizar alguna rebaja sobre el precio máximo, por mínima que fuera, para poder puntuar su oferta.”

Respecto a este indicio, la autoridad de competencia en su informe pone de manifiesto que el cambio de actuación de la UTE, integrada por DADISA y CMDI al ofertar un precio menor a la agrupación 4 ante la previsible concurrencia a esta agrupación de la mercantil IDCQ, ratificaría la hipótesis de acción coordinada de los miembros de la UTE. La recurrente DADISA se opone a tal afirmación alegando que en la configuración del precio de una oferta influyen muchos factores, y mediante el precio se compensan otros elementos de la propuesta técnica. Alega que eso fue justamente lo sucedió en la agrupación 4, en la que con la minoración del precio se compensaba otros puntos débiles de su proposición, como era la ubicación de los centros ofertados.

(iii) Motivación insuficiente de la resolución de exclusión.

La recurrente mediante este motivo de recurso alega que : *“la Resolución impugnada adolece de un grave vicio de motivación, pues no ha tenido en consideración las alegaciones esgrimidas por esta parte, y en particular, la justificación objetiva que le ha llevado a concurrir en UTE, no pudiéndose admitir como una motivación válida y suficiente el hecho de que el Órgano de Contratación se limite a señalar que esta causa objetiva es una decisión empresarial legítima pero insuficiente para enervar los motivos aducidos.”*

Considera que esa insuficiencia de motivación en la valoración de las alegaciones formuladas por DADISA es extensiva al informe de la ACREA de 16 de junio de 2023 en el que se concluyó que: *“considerando que ninguna de las alegaciones planteadas por las citadas empresas y UTEs desvirtúa total o parcialmente los argumentos expuestos en el informe de fecha 9 de mayo de 2023 emitido por este DI ni, en consecuencia, las conclusiones formuladas en el mismo, se debe concluir que las citadas alegaciones no son susceptibles de ser tomadas en cuenta a los efectos de privar la consideración de indicios fundados de conductas colusorias de las circunstancias apreciadas por ese órgano de contratación, a los efectos del artículo 150.1 de la LCSP”*.

Afirma que la ACREA en el citado informe no rebatió las alegaciones presentadas por DADISA, *“limitándose a referir las apreciaciones del Órgano de Contratación.”*

Esgrime que la falta de motivación es, según reiterada jurisprudencia, determinante de la anulabilidad del acto administrativo, puesto que, produce indefensión a los administrados que no pueden conocer los motivos que han llevado a la Administración a actuar como lo ha hecho. Cita diversas sentencias al respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008, sobre la que reproduce el siguiente tenor: *“El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado”*.

Por todo lo expuesto, concluye este motivo de recurso afirmando que *“la Resolución de exclusión debe ser anulada pues se ha dictado sin tener en consideración las alegaciones efectuadas por esta parte, y sin ofrecer explicación alguna de por qué lo acreditado por DADISA no es suficiente para considerar la procedencia de concurrir en UTE a las agrupaciones cuestionadas.”*

2.- Alegaciones del órgano de contratación.



El órgano de contratación en su informe, tras una detallada relación de las actuaciones acontecidas en el procedimiento, solicita la desestimación del recurso interpuesto, pretensión que fundamenta mediante las alegaciones que a continuación se exponen.

En primer lugar, y en cuanto a la forma de configurar la presentación de ofertas, indica el informe al recurso que, en la respuesta dada a la pregunta formulada y publicada en el perfil de contratante, mediante la misma no se niega la posibilidad a las licitadoras de presentarse en forma individual o en UTE cuando, en su caso, el objeto del contrato se divida en lotes.

Ahora bien, continúa el informe al recurso: *“No obstante, el anexo A del Cuadro resumen del PCAP establece reglas claras de valoración que limita el n.º máximo de agrupaciones que puede adjudicarse a una sola licitadora dentro de la misma zona geográfica, incluso orden de preferencia dentro de la misma zona respecto a la adjudicación de las agrupaciones de lotes a las que licita.”*

Considera que CMDI debió tener en cuenta tales limitaciones en la formulación de su propuesta, concluyendo que la oferta presentada no se ha ceñido a la LCSP, tal como afirma la recurrente.

En segundo lugar, y en cuanto a la coincidencia en los equipamientos de las ofertas técnicas, argumenta el órgano de contratación que los licitadores se han presentado en algunos lotes de forma individual y en otros en UTE, apreciándose una clara distribución del mercado, ya que el pliego de cláusulas administrativas particulares impide la adjudicación de más de una agrupación por zona.

Argumenta que, aunque se presentan en UTE el TAC ofertado es el mismo en el caso de empresas individuales y en el de las UTEs, afirma al respecto que: *“La coincidencia de los números de serie de equipos de TAC ofertados dentro de cada zona geográfica de licitación implicaría que un mismo equipo, una vez adjudicados los contratos, aun siendo contratos diferentes, prestaría el servicio para más de un contrato dentro de dicha zona”*.

Como prueba de ello el informe detalla los números de series de equipos de TAC ofertados por las distintas licitadoras a cada lote y agrupación, para concluir afirmando que: *“No se pone en duda que haya más medios al licitar en forma de UTE, pero si resulta que los medios de la UTE son los mismos que la licitadora individual, no son más medios.”*

CMDI no niega la coincidencia de los números de serie de equipos de TAC ofertados dentro de cada zona geográfica de licitación, lo que implicaría que un mismo equipo, una vez adjudicados los contratos, aun siendo contratos diferentes, prestaría el mismo servicio con el mismo medio para más de un contrato dentro de dicha zona.

El número limitado de equipos que alega es una decisión empresarial y constituye un argumento ajeno a la fundamentación de la práctica colusoria y no la enerva”.

En tercer lugar y respecto a la similitud de las ofertas económicas, el informe detalla las coincidencias de las ofertas económicas en los distintos lotes, reflejando en diferentes cuadros los importes de las ofertas a cada lote y agrupación presentadas por las distintas entidades licitadoras, y de los que se constata que en todas las agrupaciones de lotes, excepto en la agrupación 4, DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO han presentado, bien agrupadas en UTE, bien individualmente, unas ofertas económicas idénticas, y que son: 69,50 euros para las pruebas de TAC simple sin contraste y de 89,50 euros para las pruebas de TAC con contraste.

En cuanto a la agrupación 4, en la que interviene también como competidor IDCQ, la UTE DADISA y CMDI presenta una oferta inferior, concretamente de 65,00 euros para las pruebas de TAC simple sin contraste y de 83,00 euros para las pruebas de TAC con contraste, frente a la oferta de IDCQ de 45,00 euros para el TAC sin contraste y de 60,00 euros para el TAC con contraste.



Tras la información aportada, el órgano de contratación concluye que: *«En la hipótesis de que la coincidencia de precios hubiese sido el resultado de una decisión adoptada de manera individual, la actuación racional de CMDI habría sido la de ofrecer un precio más bajo, pero no lo hicieron, manteniendo en sus ofertas particulares idénticos precios.»*

Este comportamiento se explica por la existencia de una hipótesis alternativa: los miembros de la UTE habrían coordinado su actuación, manifestando a los demás la estrategia que desarrollarían individualmente con respecto a las restantes agrupaciones de lotes.

Esta segunda hipótesis (acción coordinada) vendría ratificada por el cambio de comportamiento de la UTE integrada por DADISA y CMDI ante la previsible concurrencia de IDCQ en la agrupación de lotes 4.»

En cuarto lugar, el órgano de contratación defiende la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP. Argumenta que el órgano de contratación puede excluir al licitador si existen indicios suficientemente fundados de colusión en el concreto procedimiento de licitación, sin necesidad de que exista previamente una resolución administrativa firme de carácter sancionador; cita al efecto la doctrina recogida en la Resolución 60/2021, de 22 de enero, del TACRC cuyo contenido parcialmente reproduce.

Por último, argumenta que *«de acuerdo con el 57.6 de la Directiva, y conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, para el supuesto de indicios de prácticas colusorias en el artículo 69.2 para las Uniones Temporales de Empresa, los licitadores incurso en esos indicios tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas.»*

Así pues, el órgano de contratación actuó conforme a la LCSP, al darle audiencia al licitador afectado a efectos de que presentara sus alegaciones, y solicitando al órgano competente en materia de defensa de la competencia un informe preceptivo, como el exigido en el vigente artículo 150.1 de la LCSP-además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP.

Tampoco, es necesario acreditar la práctica colusoria, bastando el artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE y a la interpretación conjunta de varios preceptos de la LCSP con la existencia de indicios fundados, para acordar la exclusión de la oferta.

No obstante lo anterior, y en aplicación del inciso séptimo del artículo 150-1 de la LCSP el órgano de contratación en orden a la más recta resolución motivada que hubiera de adoptar, solicitó a la Agencia la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA) nuevo informe en el que se valorara si las alegaciones presentadas por los interesados, o alguna de ellas, son susceptibles de ser tomadas en cuenta a los efectos de privar la consideración de indicios fundados de conductas colusorias, en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC, de las circunstancias apreciadas por este órgano de contratación, a la cuál esta Agencia concluye en su informe que:«() las citadas alegaciones no son susceptibles de ser tomadas en cuenta a los efectos de privar la consideración de indicios fundados de conductas colusorias de las circunstancias apreciadas por ese órgano de contratación, a los efectos del artículo 150.1 de la LCSP.»

3. Alegaciones de la entidad interesada

Por último, las entidades CENTROS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO INTEGRAL, S.L. y HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LA SALUD GRUPO HLA, S.L.U. muestran su conformidad con lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.



SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente recurso plantea se centra en discernir si fue correcta o no la exclusión de la recurrente DADISA del procedimiento de adjudicación, respecto a los lotes antes referidos, motivada por la existencia de indicios fundados de conductas colusorias en la oferta presentada.

En primer lugar, interesa conocer la regulación contenida en la LCSP sobre la presente cuestión. La salvaguarda de la libre competencia es uno de los principios inspiradores de la contratación pública y en tales términos está reconocido en el artículo 1 de la LCSP. Dicho principio viene recogido a lo largo del articulado de la ley, si bien, los preceptos más directamente relacionados con la cuestión que aquí nos interesa son los siguientes:

El artículo 69 de la LCSP, denominado “Uniones de empresarios”, en su apartado 2, dispone: *“Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la presente ley.”*

Seguidamente, el artículo 132.1 y 3, 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 el artículo 150.1 de la LCSP, regula un procedimiento específico en los siguientes términos: *«En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciaran 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, alzaré 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.

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.».



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. En tal sentido el artículo 1 de la LDC prohíbe las conductas colusorias entre empresas en los siguientes términos:

«1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.»*

Las conductas colusorias pueden tener su origen en acuerdos o prácticas concertadas entre empresas competidoras en los mercados de las licitaciones promovidas por las entidades del sector público. En este sentido, la disposición adicional cuarta de la LDC define el cártel del siguiente modo:

«2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones.»

1.- Sobre la aplicación del artículo 150.1 de la LCSP y la competencia del órgano de contratación para resolver sobre la exclusión por indicios fundados de conductas colusorias.

La mercantil DADISA mediante el primer motivo de recurso solicita la anulación de la resolución por dos motivos: (i) la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP no procede, al no encontrarse en vigor en el momento de la presentación de oferta; (ii) el órgano de contratación se ha extralimitado en sus competencias, al haber acordado la exclusión por la comisión de prácticas colusorias, en contra de lo previsto en el artículo 150.1 de la LCSP.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas cabe señalar que, en efecto el artículo 150.1 de la LCSP fue modificado por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, por medio de su Disposición final vigésima séptima, y con efectos desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2023.

El párrafo 3 del apartado 1 del artículo 150 disponía, antes de la citada reforma por la Ley 31/2022, 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.”*



La Ley 31/2022 también modifica el apartado 2 del artículo 69 de la LCSP para regular el procedimiento cuando haya posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal. Establece así la norma que cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la LCSP

Si atendemos al contenido de la modificación operada en el artículo 150.1 de la LCSP se puede comprobar que el alcance de la misma afecta al procedimiento a seguir para el supuesto en que el órgano de contratación tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, estableciendo la forma y plazos de actuación de cada uno de los actores en el procedimiento órgano -de contratación y autoridad de competencia-, así como los informes preceptivos que habrán de tramitarse, y los supuestos en los que procede trámite de alegaciones a los licitadores. En tal sentido cabe subrayar que la regulación del procedimiento introducida tras la reforma del artículo 150.1 de la LCSP aporta seguridad jurídica a las partes y muy especialmente a los licitadores incurso en su tramitación, pero no supone innovación alguna en cuanto a la procedencia de la exclusión del licitador responsable por indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación.

Así, si atendemos a la doctrina del TACRC al respecto y con anterioridad a la aprobación del procedimiento del artículo 150.1 de la LCSP, se comprueba que en la resolución 60/2021, de 22 de enero, citada tanto por la recurrente como por el órgano de contratación, el TACRC, se manifestaba en los siguientes términos: *“nada impide al órgano de contratación que, para resolver lo procedente con el fin de velar en la adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, solicite un informe facultativo -que no preceptivo, como el exigido por el todavía no vigente artículo 150.1 de la LCSP- del órgano competente en materia de defensa de la competencia, además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP, notificación, esta sí, obligada. Ello es así porque el artículo 79.1 de la LPACAP (LA LEY 15010/2015) permite, a efectos de la resolución del procedimiento, solicitar no solo aquellos informes que sean preceptivos sino también los que se juzguen necesarios para resolver. Tampoco, como dijimos es necesario acreditar la práctica colusoria, bastando de acuerdo con la Directiva con la existencia de indicios fundados, para acordar la exclusión de la oferta.*

Ahora bien, para ello es imprescindible la concurrencia de dos requisitos esenciales, uno formal y otro material.

En cuanto al formal, de acuerdo con el artículo 57.6 de la Directiva, y con las normas que rigen el procedimiento administrativo, y que, el artículo 69.2 LCSP, en cuanto a las UTE, recoge cuando se aprecien posibles indicios de colusión, es dar un trámite a las empresas a la que se imputan las prácticas para que, en su defensa, puedan alegar y probar, justificando su actuación. Este requisito es inexcusable, pues responde al derecho de defensa, que forma parte del acervo constitucional común de todos los Estados miembros de la Unión Europea en tanto Estados de Derecho, y que recoge y ampara expresamente nuestra Constitución en su artículo 24 (LA LEY 2500/1978), pues de otro modo se produce a los licitadores una patente indefensión.

En cuanto al fondo, porque 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 la doctrina expuesta se deduce que la falta de desarrollo reglamentario no ha sido obstáculo durante todos estos años para que, conforme a los términos y procedimientos antes referidos, se acordase por el órgano de contratación la exclusión de aquellos licitadores en caso de que sus ofertas estuviesen incurso en indicios fundados de conductas colusorias.



Por tanto y dado que en el momento en el que la mesa de contratación tuvo conocimiento de las ofertas económicas presentadas a la licitación e identificó los indicios de conductas colusorias, en sesión celebrada con fecha 24 de marzo de 2023, ya se encontraba en vigor el procedimiento sumario y específico previsto en el artículo 150.1 de la LCSP, tras la reforma operada por la Ley 31/2022, este Tribunal concluye que el citado precepto y por consiguiente el procedimiento en él establecido es de aplicación al presente asunto.

Por otro lado, la recurrente alega que el órgano de contratación, al acordar la exclusión, se ha extralimitado en sus funciones, afirmando que *“el órgano de contratación no sólo no ha sido autónomo en las decisiones adoptadas, sino que ha ido más allá de las competencias que le atribuye al procedimiento previsto en el artículo 150.1 LCSP.”*

Tras lo expuesto con anterioridad queda claro que los indicios fundados de prácticas colusorias están expresamente previstos en la LCSP como una de las causas de exclusión del procedimiento de contratación. En cuanto a la competencia y órganos que intervienen en la identificación de los citados indicios, dada la especialidad de la materia de defensa de la competencia, el artículo 150.1 de la LCSP establece un procedimiento sumario y específico para los contratos sujetos a regulación armonizada, en el que está prevista la intervención de la autoridad de la competencia a fin de que mediante la emisión de un informe, que tiene carácter reglado se pronuncie sobre la existencia, o no, de indicios fundados de conductas colusorias. Con ello se garantiza, el pronunciamiento técnico del órgano especializado en materia de defensa de la competencia, a la vez que, se garantiza el ámbito competencial que la LCSP otorga al órgano contratación para acordar la exclusión o no de una determinada licitadora, una vez que el informe de la autoridad de la competencia concluyese que existen indicios fundados de conducta colusoria, cuyas conclusiones no vinculan al órgano de contratación.

Además, la ACRE en el informe emitido sobre el presente asunto, afirma que la valoración que de los indicios realice el órgano de contratación no condiciona la actuación de las autoridades de competencia, ni vincula las decisiones que esta pueda adoptar en el marco del procedimiento sancionador regulado por la LDC. Argumenta que el acuerdo de exclusión por indicios de prácticas colusorias adoptado *“por el órgano de contratación debe ser interpretado en el sentido expuesto por la Comunicación de la Comisión Europea, 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 (Diario Oficial de la Unión Europea núm. 91, de 18 de marzo de 2021):*

«En 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], la posibilidad de excluir a un operador económico por sospecha de colusión no se interpreta como una sanción por su comportamiento antes o en el transcurso del procedimiento de adjudicación. Más bien sirve de medio para velar por el cumplimiento de los principios de igualdad de trato y competencia en el procedimiento de adjudicación, así como para garantizar la integridad, la fiabilidad y la idoneidad del futuro contratista para ejecutar el contrato.»”

En la tramitación de la presente licitación, tal y como se ha señalado con anterioridad, el órgano de contratación una vez que recibió comunicación de la mesa en la que se ponía de manifiesta la existencia de indicios procedió de conformidad con las previsiones del artículo 150.1 y solicitó informe a la ACRE. La citada Autoridad de Competencia emitió informe, en el que concluyó que existían indicios fundados de conductas colusorias. Conocido el informe por el órgano de contratación, éste notificó la suspensión del procedimiento de licitación a los licitadores afectados, a los que concedió un plazo de diez días hábiles para la presentación de las alegaciones que estimasen oportunas. Y finalmente resolvió que existían indicios fundados de conductas colusorias. Por consiguiente, la intervención y las actuaciones tanto del órgano de contratación como de la autoridad de competencia lo han sido estrictamente dentro del ámbito competencial que a los mismos corresponde conforme a lo establecido en el citado artículo 150.1 de la LCSP. Tras todo lo expuesto se concluye que carece de fundamento la afirmación formulada por la recurrente en cuanto a que el órgano de contratación no ha sido autónomo en la adopción de la decisión de exclusión acordada.



Ahora bien, la recurrente igualmente pone de manifiesto que el órgano de contratación se ha extralimitado en sus funciones al afirmar en la resolución de exclusión que en el presente procedimiento *“existen conductas colusorias”*.

En efecto, como ya se ha tenido ocasión de señalar, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino a las autoridades de competencia. En el presente asunto si atendemos a los términos de la resolución de exclusión se constata que la literalidad del segundo resuelve se expresa en los siguientes términos: *“Acordar que existen conductas colusorias en las empresas Diagnóstico por Imagen, S.A. (HT MÉDICA), Centros Médicos de Diagnóstico Integral, S.L. (CMDI), Hospital Nuestra Señora de la Salud Grupo HLA, S.L.U. y Antonio López Cano, S.L. y, en consecuencia, excluir a las expresadas empresas del procedimiento de contratación.”*.

En efecto los términos de la resolución son erróneos en este punto, al resolver sobre la existencia de conductas colusorias en lugar de sobre la existencia de indicios fundados de conductas colusorias. Ahora bien, atendiendo al contenido de la resolución se constata, sin ninguno género de dudas, que se trata de un mero error material. Así el encabezado de la resolución de 29 de junio de 2023 se denomina *“Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, por la que se acuerda, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.1 de la LCSP, que existen indicios fundados de conductas colusorias, la exclusión del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y la notificación a todos los licitadores...”*.

Además de la lectura del citado documento se deduce que el ámbito de la exclusión, así como el procedimiento seguido y la calificación formulada, ha sido reiteradamente la de indicios fundados de prácticas colusorias, sin que en ningún caso se haga referencia ni se pretenda los efectos sancionadores que las conductas colusorias conllevarían.

Por tanto, se trata de un mero error material sobre el que procede su rectificación por el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que *“Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*.

Por lo expuesto se desestima esta primera alegación.

2.- Sobre los indicios de conductas colusorias que motivaron la exclusión.

La recurrente a lo largo de su escrito de recurso se opone a la conclusión, alcanzada por el órgano de contratación, sobre que en su oferta existan los indicios fundados de conductas colusorias que se le imputan. Expone cuales fueron las razones y motivos que le llevaron a formular su oferta en los términos en los que la presentó y considera que los indicios que motivaron su exclusión no han sido suficiente acreditados.

Se ha de tener en cuenta que la identificación de indicios, que tiene un carácter preventivo en la defensa de la competencia, conlleva la necesidad de un pronunciamiento de la autoridad de competencia *sobre “el carácter fundado o no de tales indicios”*. En el presente expediente, como ya se ha referido, entre las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación de este, una vez que la mesa de contratación puso de manifiesto la existencia de indicios de conductas colusorias al órgano de contratación, éste de conformidad con la previsión contenida en el artículo 150.1, presentó solicitud ante la autoridad de la competencia *“con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios”*.

Los indicios puestos de manifiesto por el órgano de contratación y cuya existencia es objeto de controversia son tres: (i) distribución de lotes, (ii) coincidencias de equipamiento en las ofertas técnicas y (iii) coincidencias en las ofertas económicas.



El informe solicitado se emitió, el 9 de mayo de 2023, por el Director del Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, y del contenido del mismo que alcanza la extensión de 19 páginas, interesa reproducir las siguientes consideraciones formuladas sobre el examen de los indicios de conductas colusorias apreciados por el órgano de contratación:

a) Sobre la distribución de lotes

«El órgano de contratación entiende, como primer indicio, que los licitadores presuntamente implicados en las conductas colusorias habrían realizado «una clara distribución del mercado» al participar en unos lotes a título individual y en otros a través de una UTE, dado que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) impide una adjudicación de más de una agrupación de lotes por zona.

Para valorar este indicio puede tomarse como referencia la citada Comunicación de la Comisión Europea, que considera como indicador de alerta de la existencia de una presunta conducta colusoria la circunstancia de «licitadores que parecen estarse turnando para participar en procedimientos de adjudicación». Por su parte, la mencionada Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC incluye entre las técnicas de colusión más comunes la siguiente:

• «Supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.»

A este respecto cabe plantearse si las empresas a las que se les atribuye indicios de colusión podrían haber participado como licitadores en más de una agrupación de lotes dentro de cada una de las tres zonas diseñadas al efecto. Basta con acudir a la lectura del apartado 5 del Cuadro Resumen de los PCAP para comprobar que, si bien existían límites en la adjudicación, no los hay en los lotes por los que se pudiera licitar

(...)

Por tanto, aquellos licitadores que reunieran los requisitos exigidos en los PCAP podrían haber participado en todos los lotes integrantes del procedimiento de contratación, sin perjuicio de que, en el supuesto de que una empresa resultara adjudicataria de más de una agrupación de lotes por zona, debería haber optado por uno solo de ellos, según dispone el anexo A del Cuadro Resumen:

(...)

Entre los requisitos exigidos para participar como licitador, los de solvencia figuran descritos en el apartado 19 del Cuadro Resumen de los PCAP:

(...)

Pues bien, según se deduce de las declaraciones realizadas en el documento europeo único de contratación (DEUC) por cada una de las empresas en las que el órgano de contratación ha apreciado indicios de colusión, todas ellas manifestaron que tenían capacidad a título individual para cumplir con los criterios de selección exigidos:

(...)

Ello pone de manifiesto que las empresas que concurrieron en UTE no necesitaban complementar su solvencia con la de los otros componentes, sino que cumplían por sí mismas los requisitos exigidos.

Así pues, si DADISA, CMDI y HLA, aunque concurrieran en UTE, declararon tener solvencia individual para asumir la ejecución de los lotes 1 y 2 (agrupación 1), que representan el 60% de la actividad relativa a la realización de pruebas de TAC simple, con y sin contraste, en la zona 1 (Hospital Universitario de Jerez de la Frontera), se deduce que también podrían haber participado a título individual en los lotes 3 y 4 (agrupación 2), así como en los lotes 5 y 6 (agrupación 3), pues suponen, respetivamente, el 25% y el 15% de esas mismas pruebas de TAC.

Este razonamiento es extensible a las entidades integradas en la UTE DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO, único licitador en los lotes 13 y 14 (agrupación 7), que representan igualmente el 60% de las pruebas de TAC, si bien



referidas a la zona 3 (Hospital Universitario de Puerto Real). Si los miembros de dicha UTE tenían solvencia individual para participar en esa agrupación, mayor la tenían para asumir los lotes 15 y 16 (agrupación 8) y los lotes 17 y 18 (agrupación 9) de la misma zona, que representan, respectivamente, el 25% y el 15% de esas mismas pruebas de TAC, reforzada aún más por haber concurrido de formal dual (UTE DADISA y CMDI, en los lotes 15 y 16; UTE HLA y LÓPEZ CANO, en los lotes 17 y 18).

De todos es conocido que la actividad empresarial se desarrolla en un entorno de incertidumbre: los operadores económicos diseñan sus estrategias de actuación en el mercado en función de los datos disponibles, teniendo en cuenta asimismo que hay otras informaciones que les resultan desconocidas, entre las que se hallan las decisiones adoptadas por sus competidores. Puede afirmarse, en este sentido, que el principio de incertidumbre constituye uno de los pilares básicos de la competencia.

(...)

En los supuestos en los que el procedimiento esté dividido en lotes, los licitadores optarán por participar en todos aquellos en los que sea posible, pues de este modo aumentarán sus posibilidades de obtener la adjudicación de algún lote, disminuyendo en consecuencia el riesgo de sufrir un fracaso absoluto en sus objetivos.

Evidentemente, tal decisión se apoyará en la previsión de que sus competidores seguirán el mismo comportamiento, es decir, licitar en todos los lotes en que sea posible

En el presente caso, DADISA, CMDI y HLA podrían haber decidido participar individualmente en las agrupaciones 2 (lotes 3 y 4) y 3 (lotes 5 y 6) con la finalidad de maximizar sus opciones de adjudicación y minimizar los riesgos de no conseguir ningún lote a título particular. Otro tanto cabría manifestar de las UTE integradas por DADISA y CMDI, de un lado, y por HLA y LÓPEZ CANO, de otro, con respecto a las agrupaciones 8 (lotes 15 y 16) y 9 (lotes 17 y 18).

Dicha decisión habría sido congruente con el desconocimiento sobre el comportamiento de sus competidores en las licitaciones y coherente con la previsión de que estos también presentarían sus ofertas en todos los lotes en los que pudieran intervenir como licitadores, pues esa sería la conducta racional de cualquier empresario. Sin embargo, el hecho de que hayan optado, bien por no participar en ninguna agrupación a título individual (HLA), bien por restringir sus ofertas a una sola agrupación (DADISA, CMDI y las UTE DADISA-CMDI, y HLA- LÓPEZ CANO), permite calificar tal circunstancia como indicio fundado de una conducta colusoria consistente en el reparto de los lotes objeto del procedimiento de contratación.

El fundamento de este indicio queda reforzado si se analiza la actuación de DADISA y CMDI en las agrupaciones de lotes correspondientes a la zona 2 (Hospital Universitario Punta Europa y Hospital La Línea): ante la previsible participación de IDCQ HOSPITALES Y SANIDAD, S.L.U. (en adelante, IDCQ), aquellas dos entidades deciden licitar en la agrupación 4 (lotes 7 y 8) mediante una UTE, y en las agrupaciones 5 (lotes 9 y 10) y 6 (lotes 11 y 12) cada una de ellas a título individual. Ante la incertidumbre de cuál sería la estrategia elegida por IDCQ para licitar en dichas agrupaciones, optaron por maximizar sus posibilidades de obtener alguna adjudicación.»

b) Sobre las coincidencias de equipamiento en las ofertas técnicas.

«El órgano de contratación entiende, como segundo indicio, que los licitadores implicados en la presunta colusión estarían empleando unos mismos equipos de TAC tanto en las ofertas de las UTE de las que formaban parte como en las presentadas a título individual, con la consecuencia de que «una vez adjudicados los contratos, aun siendo contratos diferentes, prestaría el servicio para más de un contrato dentro de dicha zona».

En efecto, si se comparan las ofertas técnicas presentadas por la UTE DADISA, CMDI y HLA (agrupación 1) con las presentadas a título individual por DADISA (agrupación 2) y CMDI (agrupación 3) resulta que equipos de TAC que



aparecen incluidos en las ofertas de la UTE también aparecen incorporados en las presentadas de forma particular por cada entidad.

Idéntica circunstancia se aprecia en las ofertas técnicas de la UTE DADISA y CMDI (agrupación 4) en relación con las presentadas por cada una de ellas (agrupaciones 5 y 6), y las correspondientes a la UTE DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO (agrupación 7) con respecto a las de la UTE DADISA y CMDI (agrupación 8) y la UTE HLA y LÓPEZ CANO (agrupación 9). Es más, al examinar la documentación integrante de las respectivas ofertas técnicas, se aprecia que la coincidencia no se circunscribe a los equipos de TAC, sino que se da también en otros aspectos relativos a la organización del servicio, personal, gestión de calidad, etc.

Las empresas licitadoras son conscientes de que la información incorporada a sus respectivas ofertas técnicas tiene un carácter sensible, que merece ser tratada de forma confidencial y así lo han solicitado en sus respectivas declaraciones (anexo IX). El tratamiento confidencial de la oferta técnica implica que las empresas competidoras que participen en la licitación no tendrán derecho a acceder a la misma.

La relevancia de la información incorporada a la oferta técnica en los procedimientos de contratación deriva del hecho de constituir uno de los factores determinantes de la adjudicación, en la medida en que su contenido es objeto de puntuación. Así, en el presente caso el anexo A del Cuadro Resumen de los PCAP dispone la forma de valoración de la oferta técnica:

(...)

Por ello, se trata de una información que no debe ser compartida con empresas que puedan ser competidoras en un mismo mercado o en una misma licitación, a fin de evitar posibles prácticas concertadas, contrarias a la competencia. Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria y nacional, que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) condensa en la Sentencia 1359/2018, 25 de julio:

(...)

Por ello, el hecho de que DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO hayan compartido información a través de diversas UTE, compitiendo en el mismo procedimiento de contratación, constituye un indicio fundado de una conducta colusoria.»

c) Sobre las coincidencias en las ofertas económicas

«El órgano de contratación considera, como último indicio de colusión, la existencia de «coincidencias de las ofertas económicas, circunstancia que pudiera suponer una fijación de precios».

En efecto, se observa que, en todas las agrupaciones de lotes, excepto en la número 4, DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO han presentado, bien agrupadas en UTE, bien individualmente, unas ofertas económicas idénticas: 69,50 euros para las pruebas de TAC simple sin contraste y de 89,50 euros con contraste.

La excepción se produce en la agrupación 4, en la que interviene también como competidor IDCQ: la UTE DADISA y CMDI presenta una oferta de 65,00 euros para las pruebas de TAC simple sin contraste y de 83,00 euros con contraste, frente a la oferta de IDCQ de 45,00 euros para el primer tipo de pruebas y de 60,00 euros para el segundo.

(...)

La libre determinación de los precios de unos productos o de unos servicios por cada empresa es uno de los elementos que más influye para la existencia de una competencia efectiva en el mercado. Como contrapunto, la acción coordinada de las empresas para la fijación de precios es nociva para la competencia, quedando prohibida por el artículo 1 de la LDC.

(...)

En el presente caso cuatro empresas han concurrido en el procedimiento de contratación mediante UTE (DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO), unas veces con participación de todas ellas, otras agrupadas dualmente; las dos primeras empresas también han intervenido a título individual. Las ofertas económicas de las respectivas UTE la han decidido



dichas empresas, en su condición de miembros de las mismas. En este sentido, DADISA, CMDI y HLA optaron en la agrupación 1 por presentar como oferta de su UTE un precio de 69,50 euros para las pruebas de TAC simple sin contraste y de 89,50 euros con contraste. En la hipótesis de desconocer si otras componentes de la UTE concurrirían individualmente a las agrupaciones de lotes 2 y 3, la actuación racional de DADISA y CMDI habría sido la de ofrecer un precio más bajo, pero no lo hicieron, manteniendo en sus ofertas particulares idénticos precios. No son la irracionalidad ni el azar los que podrían justificar este comportamiento, sino la existencia de una hipótesis alternativa: los miembros de la UTE habrían coordinado su actuación, manifestando a los demás la estrategia que desarrollarían individualmente con respecto a las restantes agrupaciones de lotes. Esta segunda hipótesis llevaría a considerar congruente la actuación de las citadas empresas con los postulados de la lógica.

El mismo razonamiento podría aplicarse «mutatis mutandis» a la actuación de la UTE colectiva (DADISA, CMDI, HLA y LÓPEZ CANO) en relación con las UTE duales (DADISA y CMDI, de un lado, y, HLA y LÓPEZ CANO, de otro) en las agrupaciones de lotes 7, 8 y 9.

La hipótesis de acción coordinada vendría ratificada por el cambio de comportamiento de la UTE integrada por DADISA y CMDI ante la previsible concurrencia de IDCQ en la agrupación de lotes 4. En este supuesto la UTE presentó una oferta de 65,00 euros para las pruebas de TAC simple sin contraste y de 83,00 euros con contraste, frente a la ignorada oferta de IDCQ, que resultó ser de 45,00 y 60,00 euros, para las respectivas pruebas. En cambio, en las agrupaciones de lotes 5 y 6, ante la hipotética previsión de que IDCQ no participaría, tanto DADISA como CMDI optaron por mantener en sus ofertas individuales los mismos precios determinados en las restantes agrupaciones (69,50 euros y de 89,50 euros, respectivamente).

Así pues, en función de los argumentos expuestos, las coincidencias en las ofertas económicas de las referidas empresas, detectadas por el órgano de contratación merecen la consideración de indicio fundado de una conducta de fijación de precios, prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC como conducta colusoria.»

Tras las consideraciones expuestas el informe de la ACRE concluye que las circunstancias apreciadas “tienen la consideración de indicios fundados de conductas colusorias en el sentido definido en el artículo 1 de la LDC”.

Como se ha venido exponiendo a lo largo de la presente resolución lo que la LCSP exige en el artículo 150.1 para desplegar sus efectos es la concurrencia de “indicios fundados”, y tal y como señala la ACRE en su informe “Los indicios son hechos acreditados a partir de los cuales pueden deducirse otros hechos desconocidos, presumiendo su existencia. Tal deducción ha de estar basada en las normas de la lógica, es decir, debe formularse una explicación racional que permita enlazar los hechos probados con los hechos presuntos.” En el presente asunto sobre las tres circunstancias concurrentes sometidas a informe, la ACRE ha realizado un estudio sistemático del conjunto de las ofertas presentadas a la licitación llegando a la conclusión de que en los tres supuestos concurren la existencia de indicios fundados de conductas colusorias.

En cuanto a los motivos esgrimidos en el recurso oponiéndose a las conclusiones del referido informe, cabe señalar que las funciones revisoras que corresponden a este Tribunal no alcanzan a cuestionar ni revisar el sentido de un informe sobre el carácter de indicios fundados de unas conductas colusorias, que ha sido emitido por la autoridad de competencia, órgano especializado en la materia y al que la LCSP mediante el procedimiento regulado en el artículo 150.1 le atribuye la emisión de informe preceptivo sobre la referida cuestión, con carácter previo a la adjudicación del contrato.

En el presente asunto, el informe se ha tramitado con estricta sujeción al procedimiento previsto en el citado precepto y ha sido emitido por el Director del Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, órgano competente para la detección de prácticas anticompetitivas en la contratación del sector



público andaluz, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, en cuyo apartado 2) a, se dispone, que corresponde al citado Departamento en el ámbito de sus funciones: *«b) Llevar a cabo tareas de detección de prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público andaluz. A tal efecto, los poderes adjudicadores le facilitarán la información y documentación necesarias para el desarrollo de esta misión.»*

Además, cabe señalar que el recurso en este punto básicamente reproduce las argumentaciones ya aducidas en fase de alegaciones, y de las que por tanto tuvieron conocimiento tanto el órgano de contratación como la ACRA con carácter previo al acuerdo de exclusión. El escrito de recurso no aporta nuevos hechos o datos que puedan desvirtuar las conclusiones alcanzadas en el informe de la autoridad de la competencia. Sin que ninguna de las argumentaciones formuladas cuente con entidad y fundamento suficiente para enervar los contundentes términos del informe en cuanto al análisis practicado sobre los indicios de conductas colusorias y la conclusión sobre el carácter fundados de éstos.

Por tanto, y tras la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 150.1 de la LCSP, en el presente asunto se considera probado la existencia de una pluralidad de indicios fundados de conductas colusorias que son justamente los que condujeron a la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación. Los referidos indicios de conductas colusorias que se consideran fundados en el presente expediente de contratación son: la distribución de mercado operada mediante la participación a los distintos lotes en forma individual y en UTE, las coincidencias en diversos aspectos de las ofertas técnicas presentadas por los licitadores, entre los que destaca la coincidencia de los equipos de TAC, y la fijación de precios a distintos lotes de la licitación.

Por tanto, y en base en las consideraciones realizadas, el presente motivo de recurso debe desestimarse.

3.- Sobre la motivación insuficiente de la resolución de exclusión y la valoración de las alegaciones formuladas en el trámite previsto en el artículo 150.1 de la LCSP.

Por último, la recurrente solicita la anulación del acto impugnado al considerar insuficiente la motivación de la exclusión contenida en la resolución del órgano de contratación. Manifiesta que el órgano de contratación efectuó una insuficiente valoración de las alegaciones que se formularon tras la emisión del informe de la ACRA. Además, considera que la ACRA ha emitido un informe en el que sin justificación ha afirmado compartir la valoración del órgano de contratación sobre las alegaciones presentadas por DADISA.

Conviene señalar que sobre la presente cuestión ha invocado este Tribunal en otras ocasiones (v.g. las Resoluciones 34/2019, de 14 de febrero y 59/2019, de 7 de marzo) la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la que se afirma que *«la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.»*

Quiere decirse, pues, que la motivación puede ser breve y sucinta, pero necesariamente ha de permitir comprender la reflexión efectuada por la Administración para llegar a la solución contenida en el acto. En el mismo sentido se pronuncia, además, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012, al afirmar que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada, siendo lo determinante que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.



Pues bien, en la tramitación del presente expediente deviene pacífico y no es una cuestión debatida que el órgano de contratación, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 150.1 de la LCSP, una vez que recibió el informe de la autoridad de competencia concluyendo que existían indicios fundados de conductas colusorias, remitió a los licitadores afectados, entre los que se encontraba la ahora recurrente, el contenido del mismo dando trámite de alegaciones, para que dentro del plazo legalmente previsto manifestasen lo que a su derecho conviniese. La recurrente hizo uso del trámite conferido presentando alegaciones con fecha 31 de mayo de 2023.

El órgano de contratación, por su parte, realizó una valoración de todas las alegaciones presentadas a cada uno de los lotes, cuyo contenido se reproduce en la resolución de exclusión, objeto de recurso. Además y como manifiesta el órgano de contratación y obra en el expediente remitido, las alegaciones formuladas así como la valoración realizada sobre las mismas fueron remitidas a la autoridad de la competencia, en virtud de lo previsto en el párrafo séptimo del artículo 150.1 de la LCSP, al objeto de obtener pronunciamiento acerca de si las alegaciones presentadas eran susceptibles de privar de la consideración de indicios fundados de conductas colusorias, a las circunstancias apreciadas por el órgano de contratación. Cuestión sobre la que el Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, informó que compartía la valoración efectuada por el órgano de contratación sobre las alegaciones presentadas, entre otras licitadoras DADISA, y concluyó expresamente: *«Considerando que ninguna de las alegaciones planteadas por las citadas empresas y UTEs desvirtúa total o parcialmente los argumentos expuestos en el informe de fecha 9 de mayo de 2023 emitido por este DI ni, en consecuencia, las conclusiones formuladas en el mismo, se debe concluir que las citadas alegaciones no son susceptibles de ser tomadas en cuenta a los efectos de privar la consideración de indicios fundados de conductas colusorias de las circunstancias apreciadas por ese órgano de contratación, a los efectos del artículo 150.1 de la LCSP.»*

Por tanto, de los hechos expuestos se deduce que el trámite de alegaciones se llevó a cabo conforme al procedimiento previsto en la LCSP, constando en el expediente la valoración que sobre las mismas llevó a cabo el órgano de contratación, reflejando el juicio que al órgano de contratación mereció cada una de las alegaciones formuladas por los distintos licitadores a los distintos lotes, y cuyo contenido además fue sometido a informe facultativo de la autoridad de la competencia, quien manifestó compartir el sentido de las valoraciones formuladas. Por consiguiente, no queda acreditada la insuficiencia de la valoración de las alegaciones, ni que la misma haya afectado en modo alguno el derecho de defensa de la recurrente.

Además, en la propia resolución de exclusión, en concreto en el antecedente décimo tercero, se relaciona las alegaciones formuladas por las distintas licitadoras, entre las que consta la recurrente, así como la valoración del órgano de contratación sobre las mismas.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que no ha existido indefensión material, dado que la recurrente ha contado con información suficiente para conocer los motivos que ocasionaron su exclusión. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En el presente supuesto no cabe duda, que la entidad recurrente ha formulado su recurso y ha centrado su análisis en las cuestiones que fundamentaron su exclusión, así como frente a las conclusiones alcanzadas por el informe de la ACRE. Cosa distinta es que la recurrente no comparta las valoraciones formuladas por la autoridad de competencia, ni por el órgano de contratación sobre el carácter fundado de los indicios de prácticas colusorias



que se le imputan. Por lo tanto, del contenido de su escrito de recurso, así como de la sustanciación del procedimiento tramitado, se constata que no se le ha producido la indefensión, que se alega en el escrito de recurso, ni se ha visto mermado el derecho material de defensa de la recurrente.

Tras todo lo expuesto, entiende este Tribunal que conforme a lo dispuesto en el artículo 150.1. de la LCSP, y acreditada la tramitación del procedimiento previsto en el citado precepto, la exclusión de la mercantil DADISA, respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del contrato, motivada por la existencia de indicios fundados de conductas colusorias es ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del presente recurso,

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad por la entidad **DESARROLLO ANDALUZ DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEN, S.A.** contra la resolución, de 29 de junio de 2023, del órgano de contratación, de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de realización de pruebas de tomografía axial computerizada (TAC) simples y con contraste a realizar a pacientes usuarios de centros perteneciente al Servicio Andaluz de Salud en la provincia de Cádiz» (Expediente CCA.66RG8KP), respecto de los lotes 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación, respecto de los lotes objeto de impugnación, solicitada por la recurrente y acordada mediante Resolución MC. 77/2023, de 28 de julio.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

