

RESOLUCIÓN

Expte. SACAN/45/2017 OFICINA TURÍSTICA LA PALMA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Maria Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà y Vallvé

En Madrid, a 28 de marzo de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente SACAN/45/2017 OFICINA TURÍSTICA LA PALMA, tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la U.E. ante la denuncia formulada por el Cabildo Insular de La Palma contra ASDETUR y CIT, por supuestas prácticas y conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO	2
II. LAS PARTES	4
1. Denunciante.....	4
2. Denunciados.....	4
III. HECHOS INVESTIGADOS	4
1. Licitación del expte. 22/2017/CNT: Servicio destinado a la gestión integral de la Oficina de Información Turística del Cabildo Insular de La Palma.	4
2. Acuerdo de la Mesa de Contratación de 2 de octubre de 2017.....	4
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
PRIMERO. - Competencia para resolver	6
SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor	7
TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia	7
HA RESUELTO	11

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de noviembre de 2017, tuvo entrada en la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias escrito del Cabildo Insular de La Palma por el que se remitía documentación relativa a la licitación del contrato de “Servicio destinado a la gestión integral de la Oficina de Información Turística del Cabildo Insular de La Palma” (expte. 22/2017/CNT) a efectos de determinar la posible existencia de acuerdos entre los licitadores que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el citado proceso de contratación.
2. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (Ley 1/2002), con fecha 21 y 30 de noviembre de 2017, la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la U.E remitió a la Dirección de Competencia (DC) información sobre la denuncia presentada.

En dicho escrito se proponía como órgano competente para conocer la denuncia al Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias (SDCC),

adscrito a la citada Viceconsejería, al considerar que la conducta denunciada desplegaba sus efectos en un ámbito geográfico que no excedía de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. Con fecha 30 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia, sin entrar a valorar si los hechos denunciados constituían una infracción de la LDC, consideró que se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, y que los órganos competentes para conocer de las actuaciones denunciadas eran los del Gobierno de Canarias.
4. Con objeto de determinar la posible existencia de indicios de infracción de la LDC en los hechos denunciados y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, el SDCC acordó llevar a cabo una información reservada, dirigiendo los siguientes requerimientos de información:
 - Con fecha 23 de enero de 2018, se solicitó al Cabildo Insular de La Palma información relativa a la situación del expediente de contratación 22/2017/CNT, así como la remisión del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). El Cabildo remitió la información solicitada con fecha 14 de febrero de 2018.
 - Con fecha 23 de enero 2018, se solicitó al 'Centro de Iniciativas y Turismo Insular TEDOTE LA PALMA' (CIT) y a la 'Asociación para el Desarrollo Turístico de La Palma' (ASDETUR), licitadores en el expediente de contratación 22/2017/CNT, copia de la documentación preparatoria de las ofertas presentadas que justificara los extremos de la misma e informe relativo a la decisión de presentar tales ofertas. En respuesta a tal solicitud las asociaciones requeridas remitieron copia de la documentación aportada a la licitación con fecha 14 de febrero y 2 de marzo de 2018.
 - Con fecha 6 de marzo de 2018, el SDCC reiteró su solicitud de información a las asociaciones referidas, al considerar incompleta la información remitida, requiriendo copia o informe sobre los cálculos de tipo económico de la documentación preparatoria de las ofertas que justificara los extremos de las mismas. Con fechas 27 de marzo y 9 de abril de 2018, ASDETUR y CIT, respectivamente, remitieron contestación, considerando ya contestada tal solicitud en sus anterior escrito de respuesta.
 - Con fecha 8 de marzo de 2018, el SDCC solicitó a INVERXIAL GROUP, S.L.U. copia o informe sobre los cálculos de tipo económico que realizó para determinar el importe de la oferta económica que realizó en la licitación afectada. INVERXIAL GROUP, S.L.U. contestó a la solicitud con fecha 16 de marzo de 2018.

5. Con fecha 8 de junio de 2018, el SDCC, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, elevó a la CNMC propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia, al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC.
6. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 28 de marzo de 2019.

II. LAS PARTES

Son partes en el presente expediente:

1. Denunciante

El Excmo. Cabildo Insular de La Palma, con C.I.F. P3800002B y domicilio en Avenida Marítima, 3, 38700 Santa Cruz de la Palma, Santa Cruz de Tenerife.

2. Denunciados

- a. La Asociación para el Desarrollo Turístico de la Palma, ASDETUR, con C.I.F. G76656511 y domicilio en Los Cancajos, Breña Alta, Santa Cruz de Tenerife.
- b. El Centro de Iniciativas y Turismo (CIT) Tedote La Palma, con C.I.F. G38660163 y domicilio en El Paso, Santa Cruz de Tenerife.

III. HECHOS INVESTIGADOS

La denuncia objeto de este expediente ha sido valorada por la Sala de Competencia de la CNMC partiendo de los hechos consignados por el SDCC en su propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y de archivo y de la documentación recabada en el expediente.

1. Licitación del expte. 22/2017/CNT: Servicio destinado a la gestión integral de la Oficina de Información Turística del Cabildo Insular de La Palma.

2. Acuerdo de la Mesa de Contratación de 2 de octubre de 2017

Tal y como señala el SDCC en su propuesta:

“En el expediente remitido por el Cabildo denunciante figura el Decreto número 692 de 19 de octubre de 2017, en el que se recoge el acuerdo de la Mesa de Contratación constituida en el expediente, de 2 de octubre de 2017, del que se extracta lo siguiente:

Del estudio de las ofertas presentadas, el técnico que suscribe informa al órgano de contratación de lo siguiente:

Las ofertas de la ASOCIACIÓN CENTRO DE INICIATIVAS Y TURISMO INSULAR TEDOTE LA PALMA y de la ASOCIACION PARA EL DESARROLLO TURÍSTICO LA PALMA-ASDETUR presentan propuestas idénticas en cuatro de los cinco criterios de valoración del expediente de licitación:

- *Personal propuesto e idiomas del equipo de trabajo que va a ejecutar la prestación objeto del servicio.*
- *Mejoras propuestas para el servicio.*
- *Mantenimiento de oficinas.*
- *Ampliación de horarios.*

A continuación, y siempre siguiendo el relato contenido en el Decreto indicado:

"Toma la palabra la Sra. Secretaria y manifiesta que en Sesión de la Mesa de Contratación celebrada el 21 de julio de 2017, los miembros de dicho órgano, al advertir que las declaraciones responsables de las plicas 2017/017877 ASOC. CENTRO INICIATIVAS y TURISMO INSULAR TEDOTE LA PALMA y 2017/A17869 ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO TURÍSTICO LA PALMA ASDETUR son suscritas, en calidad de Presidente, por la misma persona, acordaron solicitar a dichas entidades información relativa a sus fines y actividades, número e identificación de sus socios, en consonancia con lo previsto en el artículo 145 del TRLCSP; todo ello sin perjuicio de la continuación del procedimiento.

Del estudio de la documentación aportada por ambas entidades se aprecia:

- *Su presidente es el mismo.*
- *Comparten 245 socios, sin incluir a tres más asociadas a Asdetur y otras cuatro a CIT Tedote.*
- *Los fines de ambas asociaciones son similares y se relacionan con la mejora del sector turístico defendiendo los derechos e intereses de sus integrantes. De hecho, en la página web de Asdetur se lee: "es una asociación de empresarios, vinculados directa o indirectamente a la actividad turística y que existe paralelamente al CIT Tedote La Palma, complementando sus objetivos y alcanzando nuevas metas dentro del marco turístico de la Isla de La Palma".*
- *Si bien aportaron documentación referida a los miembros de sus órganos de representación designados en el acta constitutiva, de la información disponible en sus páginas web se aprecia que de los 14 miembros que tiene*

Asdetur y 13 Tedote, 8 coinciden, aparte del aspecto ya mentado en la coincidencia de la presidencia en la misma persona.

Del desarrollo del procedimiento de contratación se detecta respecto a las ofertas de dichas entidades:

- *La propuesta técnica es idéntica.*
- *La proposición económica, en base a lo ya manifestado por el Jefe de Sección de Turismo es idéntica en lo relativo a:*
 - a. *Personal propuesto e idiomas del equipo de trabajo que va a ejecutar la prestación objeto del servicio.*
 - b. *Mejoras propuestas para el servicio.*
 - c. *Mantenimiento de oficinas*
 - d. *ampliación de horarios.*

Únicamente se diferencian en el precio ofertado siendo el de Asdetur de 67.900€, sin incluir IGIC (7%) que asciende a 4.735€ y el de CIT Tedote de 59.8A0€, sin incluir IGIC (7%) que asciende a 4,186€”.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver

Mediante Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias fue asumido por dicha Consejería (artículo 14.h) y, en su seno, por la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea (artículo 20.2.q).

En virtud del Decreto 118/2006, de 1 de agosto, por el que se modificó la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Economía y Hacienda, se creó el Servicio Canario de Defensa de la Competencia (SDCC), adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea. Su puesta en marcha y funcionamiento tuvo lugar el 3 de noviembre de 2008.

En función de lo dispuesto anteriormente y de lo recogido en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la disposición transitoria única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia en el presente expediente fueron responsabilidad del citado SDCC, residiendo las competencias de resolución en este Consejo de la CNMC.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone el SDCC, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que el órgano de instrucción incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta del órgano de instrucción, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: “*1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [se entiende el SDCC] le dará traslado a la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo*”.

En su informe de 8 de junio de 2018, el SDC propuso a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

Como se recoge en los antecedentes, con fecha 9 de noviembre de 2017, tuvo entrada en la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, oficio de denuncia del Cabildo Insular de la Palma en el que se remitía “*documentación relativa a la Asociación Centro Iniciativas y*

Turismo Insular TEDOTE LA PALMA y Asociación para el Desarrollo Turístico la Palma ASDETUR, licitadores del contrato de SERVICIO DESTINADO A LA GESTIÓN INTEGRAL DE LA OFICINA DE INFORMACIÓN TURÍSTICA DEL CABILDO INSULAR DE LA PALMA EN LA PLAZA DE LA CONSTITUCIÓN DE SANTA CRUZ DE LA PALMA (Expte. 22/2017/CNT), a efectos de determinar la existencia de posibles acuerdos entre los mismos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el citado proceso de contratación”.

El artículo 145 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre, establece lo siguiente:

“(…)

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras en el artículo 148 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.

4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por las empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.

Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

(…) ”

Asimismo, el artículo 42 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe

control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado (...)."*

El SDCC propone la no incoación del procedimiento sancionador considerando lo anteriormente recogido:

“De todo esto se infiere claramente que no hay competencia alguna entre las dos asociaciones sino, por el contrario, una total identidad en cuanto a integrantes, dirección y disposición de medios. Abstracción hecha de que el artículo 42 del C. de C. se refiere a sociedades y en caso presente son asociaciones, lo cierto es que de ASETUR y TEDOTE se puede predicar la concurrencia de todos los supuestos previstos en el mismo. A saber:

- a) Tanto los miembros de ASDETUR como los de TEDOTE poseen la mayoría de los derechos de voto en la otra asociación.*
- b) Tanto los miembros de ASDETUR como los de TEDOTE tienen la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de una asociación y de la otra.*
- c) Tanto los miembros de ASDETUR como los de TEDOTE pueden disponer, incluso sin necesidad de acuerdos con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto en ambas asociaciones.*
- d) Es evidente, que los miembros de ASDETUR y los de TEDOTE han nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñan su cargo en el momento en que se confeccionaron las proposiciones para participar en la licitación.*

Establecida, pues, la unidad de decisión entre las asociaciones ASDETUR y TEDOTE, la consecuencia no puede ser otra que la aplicación de lo dispuesto

en el artículo 145.4 del TRLCSP y por lo tanto, se producirá, respecto de las proposiciones de ambas asociaciones los efectos que, en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152, determina el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: tomar, únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja.

Así pues, dado que, de lo actuado, se concluye que no puede predicarse la aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia sino del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...)”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 17 de mayo de 2018 (asunto C-531/16) ha señalado que “*el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que [...] el poder adjudicador, cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar, en su caso exigiendo información suplementaria de esos licitadores, si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes. Si se demuestra que esas ofertas no son autónomas e independientes, el artículo 2 de la Directiva 2004/18 se opone a la adjudicación del contrato a los licitadores que presentaron tal oferta*”.

Desde la perspectiva de competencia, la realización de ofertas en procesos de contratación por parte de un grupo de operadores agrupados del modo que sea con el objetivo de alterar el normal funcionamiento competitivo del proceso resulta contrario a la LDC.

En este caso, de la investigación realizada no puede acreditarse la existencia de una conducta anticompetitiva, al no existir indicios de que las asociaciones se hayan diseñado con el objetivo de presentar ofertas que alteren el funcionamiento del proceso competitivo, ni análisis sobre la inexistencia de independencia en las ofertas presentadas.

En consecuencia, de la instrucción realizada no es posible deducir indicios suficientes que justifiquen la incoación de un procedimiento sancionador.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas por el Servicio de Defensa de la Competencia de la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea de la Comunidad Autónoma de Canarias, como consecuencia de la denuncia presentada por el Cabildo Insular de La Palma, por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Servicio de Defensa de la Competencia de la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la UE de la Comunidad Autónoma de Canarias y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.