

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. – 21/2023

RESOLUCIÓN Nº.– 25/2023

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 13 de septiembre de 2023.

Visto el escrito presentado en nombre y representación de la mercantil INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, S.L., mediante el que se interpone Recurso Especial en materia de Contratación contra la Resolución del Teniente de Alcalde, delegado del Área de Hacienda, Turismo, Participación Ciudadana y Transformación Digital, de fecha 11/08/2023, por la que se adjudican los 11 Lotes correspondientes a la licitación del servicio de **“Planificación e impartición de los talleres socioculturales para los cursos 2023–2024 y 2024–2025, organizados por los Distritos Municipales”**, Expediente 2022/001366, tramitado por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, concretamente la adjudicación de los Lotes 2 (TALLERES DISTRITO CASCO ANTIGUO) y 7 (TALLERES DISTRITO NORTE), este Tribunal adopta la siguiente Resolución

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Con fecha 10 de mayo de 2023, se procede a la publicación del anuncio de licitación y los pliegos relativos al contrato referido en el encabezamiento, en la Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado.

El expediente se tramita mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 11.136.341,00 €, previéndose ONCE Lotes:

LOTE 1: TALLERES DISTRITO BELLAVISTA–LA PALMERA

LOTE 2: TALLERES DISTRITO CASCO ANTIGUO

LOTE 3: TALLERES DISTRITO CERRO AMATE

LOTE 4: TALLERES DISTRITO ESTE–ALCOSA–TORREBLANCA

LOTE 5: TALLERES DISTRITO MACARENA

LOTE 6: TALLERES DISTRITO NERVIÓN

LOTE 7: TALLERES DISTRITO NORTE

LOTE 8: TALLERES DISTRITO LOS REMEDIOS

LOTE 9: TALLERES DISTRITO SAN PABLO–SANTA JUSTA

LOTE 10: TALLERES DISTRITO SUR

LOTE 11: TALLERES DISTRITO TRIANA

Conforme a lo previsto en el Anexo I, *“Los licitadores podrán presentarse a un MÁXIMO DE TRES LOTES, debido a la amplitud del objeto del contrato en consideración a todos sus lotes, de manera que se pueda garantizar la adecuada y correcta ejecución del mismo. Esta limitación afecta a las ofertas que se presenten tanto individualmente como en UTE (art. 99.4 de la LCSP)”*

La entidad “INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, SL” presentó oferta sobre los dos Lotes siguientes:

- Lote 2: Talleres Socio–culturales Distrito Casco Antiguo.

A dicha licitación concurrió con la entidad mercantil “GESTIÓN DEPORTIVA DEL SUR, S.L.”

- Lote 7: Talleres Socio-culturales Distrito Norte.

A dicha licitación concurrió con la entidad mercantil “CAMPUSPORT, S.L.”

La entidad “GESTIÓN DEPORTIVA DEL SUR, S.L.” presentó oferta únicamente al Lote 2: Talleres Socio-culturales Distrito Casco Antiguo

La entidad “CAMPUSPORT, S.L.” presentó oferta a los tres lotes siguientes:

Lote 4: Talleres Socio-culturales Distrito Este-Alcosa-Torreblanca.

Lote 5: Talleres Socio-culturales Distrito Macarena. }

Lote 7: Talleres Socio-culturales Distrito Norte

SEGUNDO.– Mediante Resolución urgente del Delegado de Hacienda, Turismo, Participación Ciudadana y Transformación Digital, de fecha 11/08/2023 se adjudicaron los 11 lotes del expediente de referencia.

La citada Resolución, por lo que al recurso interesa, dispone que:

TERCERO.- Clasificar las proposiciones presentadas, atendiendo a los criterios de valoración establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, por cada lote, en el siguiente orden decreciente:

...

Lote 2: Talleres Socio-culturales Distrito Casco Antiguo

Nº DE ORDEN	LICITADOR	CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR	CRITERIOS DE VALORACIÓN AUTOMÁTICA	TOTAL
1	GESTIÓN DEPORTIVA DEL SUR S.L (GEDESUR)	35,60	45,99	81,59
2	ITSI STUDIUM, S.L.	28,50	48,07	76,57

...

Lote 7: Talleres Socio-culturales Distrito Norte

Nº DE ORDEN	LICITADOR	CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR	CRITERIOS DE VALORACIÓN AUTOMÁTICA	TOTAL
1	GESTIÓN DEPORTIVA DEL SUR S.L. (GEDESUR)	37,10	45,83	82,93
2	ITSI STUDIUM, S.L.	28,50	48,37	76,87

TERCERO.– El 4 de septiembre, B.F.R., actuando en nombre y representación de INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, S.L., presenta Recurso Especial en materia de Contratación, contra la Resolución de adjudicación en relación a los lotes 2 y 7.

CUARTO.– Con fecha 5 de septiembre de 2023, se recibe en este Tribunal el recurso y la documentación anexa al mismo, solicitándose a la unidad tramitadora del expediente la remisión de la documentación e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal los días 8 y 11 del corriente, oponiéndose al recurso y manifestando el traslado del mismo, a efectos de alegaciones, a los interesados.

Con fecha 8 de septiembre, se presentan alegaciones por parte de las mercantiles CAMPUSPORT y GEDESUR, oponiéndose al recurso y defendiendo el ajuste a derecho de la adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.– Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

Por lo que respecta a la **legitimación**, conforme al artículo 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condiciónn de poderes adjudicadores:

*a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y **servicios**, que tenga un valor estimado **superior a cien mil euros.***

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros. (...).”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.1, y el 44.2, cabría concluir la posibilidad de recurrir.

TERCERO.– Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta en la disconformidad con la adjudicación recaída en los lotes 2 (Talleres Distrito Casco Antiguo) y 7 (Talleres Distrito Norte), basándose en la vinculación de las empresas CAMPUSPORT, S.L. y GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L., alegando la existencia de vinculación entre dichas empresas y la identidad de proyectos y

empresas, considerando la existencia de indicios de “prácticas contrarias a la libre competencia y determinantes de la exclusión de los licitadores que las lleven a cabo”, defendiendo que “ la adjudicación adolece de claros vicios de disconformidad a Derecho, de acuerdo con lo previsto en los artículos 38 y 21 siguientes de la LCSP y artículos 47 y 48 de la L 39/2015; lo que tiene que conducir, necesariamente, a la anulación del mismo con objeto de dictar, previos los trámites que en Derecho procedan, un nuevo acto de adjudicación a favor de mi representada”

En virtud de ello, se solicita al Tribunal “Que tenga por presentado este escrito, lo admita y, en su virtud y previos los trámites y actuaciones oportunas, proceda a:

- a) Declarar la disconformidad a Derecho del acto de adjudicación dictado con fecha "día, mes y año de la adjudicación provisional".
- b) Sustituir el citado acto, contrario a Derecho, por otro por cuya virtud, y previos los trámites procedentes, se adjudique el contrato a favor de mi representada, por tratarse su oferta de la que debe merecer la adjudicación de acuerdo con lo previsto en la LCSP.

Defiende el recurso que:

“II.-Regulación Esta figura dentro de la contratación pública se encuentra regulada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en particular, artículos 64.1, 139.3, 149.3, 150.1 y demás relativos y aplicables), la cual, traspone las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 42.1 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Asimismo, resultan de observancia general los artículos 1 y 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente a las conductas colusorias e infracciones derivadas por la comisión de estas prácticas.

III.-El nexo empresarial en la contratación pública El artículo 6.4 del Código Civil, establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la cabal aplicación de la norma que se hubiere intentado sortear. En lo concerniente a este tema de las empresas vinculadas, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) no impide la presentación de ofertas por empresas vinculadas ni obliga a que se declaren los vínculos existentes, pero se muestra rígida en lo relativo a la defensa de la competencia en el seno de la contratación pública. Así, obliga expresamente a los órganos de contratación a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier perturbación de la competencia, y con ello, garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los participantes. Asimismo, prevé la regulación de un procedimiento sucinto -de carácter suspensivo- cuando el órgano de contratación tenga indicios fundados de prácticas colusorias dentro del procedimiento de contratación -tal como lo establece el artículo 150 de la LCSP- que será substanciado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Ahora bien, cualquier persona -física o jurídica- con capacidad legal y solvencia económica puede participar en una licitación mas no puede ofertar doble. De aquí se desprende el principio de proposición única en las licitaciones públicas que se enuncia al amparo del artículo 139.3 de la LCSP, en virtud del cual, se dispone: «Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá

suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas».

De tal manera, el propósito del principio de proposición única es lograr el aseguramiento de los principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones, es decir, este principio se cimenta en la obligación de permitir a todos los licitadores su participación en condiciones de igualdad, evitando la posibilidad de favorecer situaciones de ventaja de alguno de ellos o que se vea manipulado el procedimiento. Asimismo, la LCSP impone a los órganos de contratación, Juntas Consultivas y Tribunales Administrativos en materia de contratación pública obligaciones específicas en el supuesto de que lleguen a tener conocimiento en el ejercicio de sus funciones de hechos que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. Así, la cautela a tomar en consideración cuando surjan ofertas anormalmente bajas -artículo 149.3 LCSP- en las que varias empresas de un mismo grupo hayan efectuado una oferta de licitación. De darse el caso, deberá tomarse en cuenta únicamente aquella que fuere más baja -con independencia de que presenten su oferta de forma independiente o conjuntamente con otra empresa- .

Lo anterior, en virtud de que tal como lo precisa el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo (Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012).

IV.-Postura jurisprudencial europea El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha venido pronunciando de manera uniforme en lo concerniente a la vinculación de empresas en la contratación pública. Así, en su Sentencia de 19 de mayo de 2009 (Asunto CE 538/07) plasma que la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario.

A lo anterior, añade que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Además, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, como por ejemplo las de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación, por lo cual, si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras.

Rematando, el Tribunal de Justicia en esta Sentencia dispone que el Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación.

En la misma tesitura -y siendo el paradigma a seguir actualmente- el mismo Tribunal europeo en su Sentencia de 17 de mayo del 2018 (asunto C 531/2016), se ha pronunciado al respecto

estableciendo que el Derecho de la Unión no prevé una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí presenten ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, amén de que el interés de la Unión en que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho de la Unión.

De tal manera, el hecho de imponer a los licitadores que comuniquen por propia iniciativa sus vínculos con otros licitadores, cuando esa obligación no figura ni en el Derecho nacional aplicable ni en la licitación o en el pliego de condiciones, no constituiría un requisito claramente definido. Por ende, ante la inexistencia de una disposición normativa expresa o un requisito específico en la licitación o en el pliego de condiciones que rigen las condiciones de adjudicación de un contrato público, los licitadores vinculados entre sí, que presenten ofertas separadas a un mismo procedimiento, no están obligados a comunicar, por propia iniciativa, sus vínculos al poder adjudicador.

Prosigue el Tribunal de Justicia resaltando que el poder adjudicador está obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses en un experto del poder adjudicador y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a esos conflictos, por lo cual, cuando éste tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de una oferta está obligado a examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la presentación de la oferta de que se trate con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento de adjudicación, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba, los cuales, no solo podrán presentarse mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario.

Finalmente, se decanta la autoridad judicial europea en el sentido de que, cuando se constate que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento 19 es, en principio, suficiente para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí.

V.-Jurisprudencia nacional Por último, en el ordenamiento español, ante empresas vinculadas, los Tribunales tienden al auxilio de la técnica judicial denominada levantamiento del velo -que trata de revelar si bajo la apariencia de la personalidad jurídica de mercantiles supuestamente independientes y sin relación alguna entre ellas se identifica la misma persona-, pero tomando en consideración que el solo cumplimiento de las condiciones del artículo 42.1 del Código de Comercio no permite el recurso de este método (Sentencia del Tribunal Supremo 337/2010, de 7 de junio).

En esta tesitura, la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2005, de 29 de julio, establece que los grupos de sociedades se encuentran caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea, por la subordinación de las demás a una de ellas, o por la existencia de vínculos de coordinación, por lo que el hecho de que exista la conformación de un grupo de empresas no significa que éstas se encuentren sometidas a una dirección única, ya que, en todo caso, deberá demostrarse la existencia de un mando representativo dentro de dicho grupo.

VI.-¿Cuándo puede presumirse el empleo de prácticas colusorias y vinculación de empresas? El artículo 132.3 de la LCSP establece que los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, y en especial, 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. Este tipo de prácticas no siempre son demostrables con pruebas fehacientes en virtud de la existencia de una coordinación entre empresas que deriva de un acuerdo explícito que no es posible acreditar mediante pruebas directas. Sin embargo, como ya vimos, la jurisprudencia reconoce la posibilidad de que los elementos probatorios puedan aportarse no solo mediante pruebas fidedignas, sino también mediante indicios, siempre que éstos sean objetivos y coincidentes - concediendo a las empresas presumiblemente asociadas el derecho de aportar pruebas en contrario-

Así pues, resultan ser indicios de prácticas colusorias en lo que se refiere a empresas vinculadas, entre otras:

- Las ofertas de diferentes licitadores con tipografía o papelería idéntica.
- Las ofertas enviadas desde una misma dirección de correo o número de fax o dirección de mail.
- Cuando una empresa presenta su propuesta y la de otra simultáneamente.
- La apreciación del mismo error en ofertas distintas.
- Que las empresas tengan el mismo administrador (aunque no implica de forma directa un quebrantamiento a la norma debe tomarse en consideración).
- Que las empresas tengan un mismo domicilio social y una denominación social.

Dicho lo anterior, cabe hacer hincapié que los indicios como elementos que presentan alguna relación con la infracción por sí solos no adquieren fuerza probatoria y son empleados principalmente cuando se carece de pruebas directas que permitan demostrar la presencia de una práctica colusoria.

En consecuencia, para que los indicios se puedan convertir en prueba indiciaria y que podamos hablar de verdaderas empresas vinculadas, se exigen como requisitos: que sean diversos (mientras más haya se obtendrán datos más objetivos); que estén directamente ligados al hecho que se intenta probar; y que se encuentren relacionados entre sí.

VII.-Consideraciones finales. Como hemos visto, resulta evidente la complejidad que acarrea esta cuestión en el ámbito de la contratación pública, más aún, por la diversidad de relaciones que se pueden configurar entre empresas dentro de un sistema basado en la economía de mercado. Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado la pauta en lo concerniente a este tipo de cuestiones en materia de empresas vinculadas, pronunciándose, como ya hemos visto, en el sentido de que no es conforme a derecho que una norma nacional prevea la exclusión sistemática del procedimiento de contratación por el simple hecho de que los licitadores sean empresas vinculadas, ya que con ello se verían vulnerados los principios de igualdad y de transparencia, también cabe decir que existen detractores a este posicionamiento, los cuales consideran que la presentación de ofertas simultáneas en un mismo concurso y por empresas vinculadas constituye el denominado fraude de ley, dando como consecuencia el hecho de que dichas ofertas sean inmediatamente descartadas del procedimiento de adjudicación.

En última instancia, para evitar manipulación dentro del procedimiento de adjudicación, se concluye que cada caso debe analizarse de forma individualizada ya que, como hacen alusión los tribunales, aunque es una práctica que desafortunadamente opera en la realidad, no en todos los casos se está incurriendo en un acto ilícito, máxime que existen empresas que aunque forman parte de un conglomerado se manejan de forma independiente, por lo que el mero hecho de que un grupo oferte en una misma licitación no quiere decir que se encuentren coludidas. Es por ello que al órgano de contratación le corresponde llevar a cabo de forma transparente y objetiva -examen minucioso del cumplimiento de los requisitos para adjudicarse el concurso- el procedimiento a efectos de poder advertir la existencia de una actuación concertada de dos o más empresas, que deban de ser excluidas.

Constatación de la coordinación entre ofertas presentadas en una misma licitación

En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de este tipo de prácticas contrarias a la libre competencia y determinantes de la exclusión de los licitadores que las lleven a cabo, en el análisis de cada caso concreto, el órgano de contratación podrá servirse de indicios para apreciarlas, «siempre que estos sean objetivos y concordantes» (apartado 37 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16), y dando ocasión de aportar prueba en contrario a los licitadores vinculados”

El Órgano de Contratación, en su informe, defiende que “el grueso de su recurso se destina justificar una vinculación entre las referidas empresas que en ningún momento es un hecho controvertido, ya que es reconocido por dichas empresas tanto en las declaraciones responsables presentadas en el sobre número 1, como en las alegaciones presentadas con fecha 8 de septiembre de 2023.

Al respecto de la vinculación de las empresas, es necesario poner de manifiesto que dicha vinculación no está prohibida ni por la Ley de Contratos ni por los Pliegos que rigen la licitación. Es más, es necesario incidir en el hecho de que los pliegos señalan claramente lo siguiente:

“Los licitadores podrán presentarse a un MÁXIMO DE TRES LOTES, debido a la amplitud del objeto del contrato en consideración a todos sus lotes, de manera que se pueda garantizar la adecuada y correcta ejecución del mismo. Esta limitación afecta a las ofertas que se presenten tanto individualmente como en UTE (art. 99.4 de la LCSP).”

Es decir, el fin y la motivación de esta limitación no es caprichosa ni aleatoria, sino que es con el objeto de velar por la correcta ejecución de las prestaciones del contrato. Por tanto, la disposición de los pliegos persigue que las empresas licitadoras no se vean superadas en su capacidad de ejecución de las prestaciones del contrato, por resultar adjudicatarias de más lotes de los que pudieran ser capaces de asumir con garantías. En consecuencia, lo que debería quedar acreditado no es tanto la vinculación entre empresas, sino que dicha vinculación pudiera afectar a la correcta ejecución de las prestaciones”

Sobre el acceso al expediente de contratación, manifiesta el informe que “la recurrente solicitó un acceso genérico y absolutamente indeterminado al expediente de contratación e indicando de forma genérica que solicitaba acceso a las “ofertas” presentadas en los lotes 2 y 7, sin concretar los documentos a los que quería tener acceso. En resolución de fecha 30/08/2023 del Teniente de Alcalde, Delegado de Hacienda, Turismo, Participación Ciudadana y Transformación Digital, notificada con fecha 02/09/2023 y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 04/09/2023 se declara, de forma motivada, la confidencialidad de los sobres 2 de las ofertas de los lotes 2 y 7. En la misma Resolución, se concede acceso al resto de la documentación de las ofertas que no hayan sido declaradas confidenciales, la cual, se indica, ya consta publicada, para general conocimiento en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Defiende el informe suscrito por la Unidad tramitadora que “ En la presente licitación, y tal y como alegan las propias empresas adjudicatarias de los lotes 2 y 7, no se produce ni siquiera una licitación de ambas a los mismos lotes, cosa que tampoco está prohibida ni por la Ley ni por los Pliegos, ni mucho menos por la normativa europea, cuya voluntad es promover la concurrencia y que no ve con buenos ojos ningún tipo de limitación en las licitaciones, dentro del

contexto de los principios informadores del libre mercado. Es por esto mismo que la limitación a la licitación a un número de lotes es más bien una excepción y, de hecho, no debe ser discrecional, sino que debe estar motivada, bajo riesgo de poder resultar no ajustada a derecho.

En este sentido debemos recordar que GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L. sólo licita al lote número 2, es decir, a un solo lote, y que CAMPUSPORT, S.L. no licita a más de tres lotes, en concreto a los lotes 4, 5 y 7 y que ambos licitadores, por tanto, no coinciden siquiera en los mismos lotes, que a todos los efectos, funcionan como contratos independientes dentro de un mismo procedimiento de licitación por lo que, la mera vinculación de las meritadas empresas, no puede afectar a la licitación ni puede incidir sobre los precios o la incursión inicial en temeridad de las bajas.

Queda comprobado que los licitadores referidos en el párrafo anterior son personas jurídicas independientes y distintas, con una actividad diferenciada y con solvencia asimismo independiente. Esto es muy importante al respecto del cumplimiento de lo estipulado en los pliegos, porque, en ningún momento ambas empresas se prestan solvencia ni por vía de UTE ni por vía de integración de la solvencia por medios externos (*ex artículo 75 LCSP*). Es decir, en ningún momento la vinculación de ambas empresas va a perjudicar la correcta ejecución de las prestaciones del contrato de los diferentes lotes.”

El órgano de contratación considera, así que no resulta sostenible en derecho la exclusión ni de GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L. en el lote 2, ni de CAMPUSPORT, S.L. en el lote 7, por el simple hecho de ser empresas vinculadas, ya que no se ha vulnerado ningún precepto legal ni ninguna estipulación contenida en los pliegos que rigen la licitación, ni existe indicio alguno que nos lleve a pensar que la referida vinculación pueda afectar a la correcta ejecución de los contratos ni de que hayan manipulado o falseado la licitación, estimando que “sencillamente dos empresas diferentes, han presentado proposiciones diferentes a lotes diferentes...”

Por tanto, nada nos lleva a pensar que las adjudicaciones de diferentes lotes a estas empresas vinculadas vaya, ni siquiera, a afectar de forma negativa a la ejecución de los contratos, que es la razón de la limitación de los lotes. De hecho, esta limitación ha propiciado que estas adjudicaciones se realicen a favor de empresas distintas, que van a aportar todo el conjunto de su solvencia a la ejecución de las prestaciones.”

En defensa de sus argumentos, se traen a colación diversos pronunciamientos de Tribunales Administrativos que plasman la doctrina comunitaria, como la Resolución n.º 659/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recurso n.º 414/2019): «*En nuestro Derecho no existe obstáculo legal para que empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación; pero, al igual que toda empresa, también las que forman parte de un grupo están obligadas a presentarse como lo que son, empresas distintas cada una de las cuales presenta su propia oferta y no como una sola empresa que se sirve del grupo para aparentar esa diferencia de ofertas*»; el Acuerdo 116/2020, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos

de Navarra (Expediente: 108/2020), que sostiene: «Pues bien de todo lo expuesto cabe concluir que la vinculación entre empresas no puede operar como presunciones iuris et de iure que determinen la exclusión automática, en aras de garantizar el principio de proporcionalidad, debiendo el órgano de contratación realizar las comprobaciones necesarias a fin de verificar que la presentación de las ofertas se haya hecho de forma independiente y autónoma, pudiendo acreditarse lo contrario mediante pruebas e indicios, siempre y cuando estos sean objetivos y los licitadores puedan aportar pruebas en contrario».

Asevera el informe que “No consta al órgano de contratación indicio alguno de que las ofertas no se hayan realizado de forma independiente y autónoma. Es evidente que la vinculación de las empresas de por sí, implica que esta vinculación beneficia en conocimientos y capacidades, así como un “know how” compartido en beneficio de las empresas pertenecientes a un mismo grupo y no de las empresas competidoras, razón por la que dichas empresas solicitan la declaración de confidencialidad de la parte de sus ofertas contenidas en el sobre nº 2. Pero como ha quedado expuesto, esta vinculación no ha pervertido ni falseado la licitación, ni es motivo, a nuestro juicio de exclusión ni de CAMPUSPORT, S.L., en el lote 7, ni de GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L., en el lote 2, ya que dicha supuesta exclusión no tendría sustento argumental alguno. A mayor abundamiento, el hecho de que estas empresas ni siquiera coincidan en los lotes a los que licitan, corta de raíz la posibilidad de pensar siquiera en la ruptura del principio de proposición única establecido en el artículo 139.3 LCSP, ya que lotes diferentes operan a todos los efectos como contratos diferentes con prestaciones diferentes”, incidiendo en el hecho de que “no se acierta a ver en el recurso motivo alguno que sustente la exclusión ni de ni de CAMPUSPORT, S.L., en el lote 7, ni de GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L., en el lote 2, ni se aporta indicio alguno que no sea de una vinculación nunca negada por los referidos licitadores. Es decir, no consta indicio alguno de que el procedimiento de licitación se haya visto alterado fraudulentamente por la licitación, en lotes distintos de estas empresas, por el hecho de estar vinculadas.”

A modo de conclusión y sensu contrario el informe incide en que “la cuestión planteada por la recurrente podría tener cierto sustento si las empresas GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L., y CAMPUSPORT, S.L., hubieran licitado juntas en un mismo lote, en dicho supuesto, que no se ha producido en esta licitación, sí hubiera sido razonable sospechar una posibilidad de manipulación de la licitación que, no obstante, según la doctrina expuesta, no operaría iuris et de iure con la exclusión de dichas empresas, sino que debería ser probado y acreditado, siendo una presunción que, en todo caso, admitiría prueba en contrario por los licitadores para evitar su exclusión. En el supuesto que nos ocupa, con la licitación a lotes distintos, esta presunción no sólo no se sostiene sino que, de ninguna forma queda acreditada ni aun de forma indiciaria, con los datos que constan en el expediente. No existen motivo alguno para plantearse una exclusión de los licitadores arriba indicados en los lotes 2 y 7 respectivamente.”

Por todo lo expuesto, el órgano de contratación, entiende que procedería la desestimación del recurso especial en materia de contratación presentado por INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, S.L., procediendo la continuación de la tramitación del expediente de contratación.

En sus alegaciones al recurso, las adjudicatarias manifiestan que se aprecia un error en el recurso, el cual, “confunde la limitación del artículo 99.4, LCSP como análoga a prohibir la participación de sociedades vinculadas, artículo 149.3, LCSP, lo cual no se recoge en

los Pliegos de aplicación”, defendiendo que los Pliegos no hacen ninguna prohibición a la participación de empresas vinculadas,” ya que la única referencia al artículo 149 de la LCSP que encontramos, se centra en su apartado 4, enfocado a las ofertas anormalmente bajas” y que “ningún licitador de los aquí recurridos, CAMPUSPORT o GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, han incurrido en anomalía durante todo el procedimiento de licitación y adjudicación. Sin embargo, el recurso de contrario entra en un análisis de documentos publicados en el BORME sobre las licitadoras CAMPUSPORT y GEDESUR, informes del Registro Mercantil, descripción de supuestos indicios de la existencia de un grupo de empresas basados en unos correos electrónicos, puntuaciones... que trata de conectar entre sí para probar lo que no se prohíbe en el presente concurso: que participen empresas vinculadas.

Así pues, tras el análisis que hace sobre los supuestos vínculos, hace un mero copia-pegar del artículo de fecha 18 de abril de 2021 publicado en la página “ADMINISTRATIVANDO ABOGADOS” y que se titula “¿Se pueden presentar a una misma licitación empresas vinculadas o del mismo grupo?”. Dicho artículo es usado para, erróneamente, interpretar por la recurrente el incumplimiento de las licitadoras adjudicadas.

En resumen, se buscan una serie de indicios que podrían llevar a la existencia de empresas vinculadas para justificar la prohibición de la participación de las mismas con un artículo digital que ninguna aplicación tiene en este caso. Aun permitiendo los Pliegos la participación de empresas vinculadas, sumado a ello, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública. En este sentido, exponemos un análisis realizado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, en su informe 1/2019, reafirmando como conclusión que “de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública, sin que resulte posible restringir, por esta sola causa, su participación en tal procedimiento de contratación”. Ésta es la teoría defendida por la recurrente: sólo por el simple vínculo empresarial existente entre dos licitadoras, que ni siquiera compiten en los mismos lotes, se les pretende excluir de las adjudicaciones.

Realizando una breve exposición sobre si es posible que las empresas vinculadas puedan licitar a un mismo concurso, ello proviene del principio de proposición única en las licitaciones públicas, que se formula en el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...) Su finalidad, en definitiva, es la garantía de los principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones. En cuanto al concepto de licitador, viene determinado por su personalidad jurídica. Una misma persona física o jurídica no puede presentar más de una proposición (fuera de las excepciones previstas en el propio artículo 139.3 LCSP). Dicho de otra forma, con carácter general, «...cualquier licitador con capacidad y solvencia puede concurrir a una licitación, con la única limitación de que no puede presentar doble oferta» (Acuerdo 52/2015, de 28 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Como se ha expuesto anteriormente, y prueba de ello son los documentos presentados de contrario, CAMPUSPORT tiene un CIF distinto del de GESTION DEPORTIVAS DEL SUR, siendo estos B-41814153 y B-11387446, respectivamente. Tampoco coinciden en sus Cuentas Anuales, con ingresos económicos nada comparables entre sí. En definitiva, no son solo indicios, sino pruebas

de que ambos licitadores cuentan con autonomía plena y absoluta separación. De ahí que cada una haya optado a unos lotes diferentes: Campusport opta por 3, mientras que Gestión Deportivas del Sur por 1, cada uno específicamente analizado según sus capacidades económicas y operativas.

En definitiva, es el requisito de la existencia o no de una diferente personalidad jurídica el que debe ser tenido en cuenta para valorar si en una licitación concurren proposiciones simultáneas con vulneración del principio de proposición única, requisito que aquí se cumple plenamente. Ahora bien, es evidente la gran complejidad que pueden alcanzar las relaciones entre empresas en un sistema basado en la economía de mercado. Estas relaciones pueden plantearse bajo formas diversas y con objetivos también dispares y pueden conllevar el establecimiento de vínculos o conexiones de distinto alcance e intensidad entre empresas o grupos de empresas. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado el principio de que el Derecho de la Unión «...no prevé una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí presenten ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos» (STJUE -Sala Cuarta- de 17 de mayo de 2018, Asunto C-531/16) y ello por razón del interés prevalente de la Unión Europea en que se garantice la más amplia participación posible de licitadores en los procedimientos de contratación pública. Una prohibición formulada en tal sentido, a modo de «...presunción iuris et de iure según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente...» vulneraría el principio de proporcionalidad por no conceder a dichas empresas licitadoras «...la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores ...» (STJUE -Sala Cuarta- de 19 de mayo de 2009, Asunto C538/07, Assitur Srl). Y ello es así, de acuerdo con esta sentencia, porque cabe la posibilidad de que empresas con ciertos grados de vinculación o control gocen, no obstante, de cierto grado de autonomía en el ejercicio de su política comercial y de su actividad económica de modo que «...las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación».

La LCSP permite la participación de empresas vinculadas en las licitaciones públicas, si bien lo realiza de un modo indirecto ya que se limita a regular los efectos de esta participación en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales (art. 149.3 LCSP).

En consonancia con ello, de acuerdo con el informe 35/2012, de 14 de diciembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y sin perjuicio de las consecuencias que resulten en relación con el régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados, cabe afirmar que «...la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas... no supone la exclusión del procedimiento de las mismas».

Cabe concluir por tanto que, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública.

Ya hemos concluido que la LCSP permite la participación de dos o más empresas vinculadas en las licitaciones públicas, por cuanto no se entiende que ello suponga, de por sí, una vulneración del principio de proposición única.

Sin embargo, puede suceder que dos o más empresas, concurriendo formalmente por separado a una licitación pública, lo hagan de una forma coordinada. Tal forma de actuar supone una vulneración de los principios de libre competencia, de igualdad entre los licitadores, de transparencia, de proposición única y de secreto de las proposiciones. Tal y como se ha expuesto

en el presente escrito y en todo el proceso de licitación y adjudicación, aquí esto no ha ocurrido: no ha habido competencia sobre los mismos lotes, no se ha incurrido en ofertas anormales, cada licitador ha optado por los lotes más adecuados a sus propias características, no se ha falseado la competencia de ningún modo.

La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, considera que tales actuaciones conjuntas o coordinadas son contrarias al principio de libre competencia, al prever en su artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia.

Para apreciar si en un caso determinado las proposiciones presentadas por dos o más licitadores en un procedimiento de adjudicación son en realidad varias proposiciones presentadas por un mismo licitador, la jurisprudencia ha recurrido a la técnica conocida como «levantamiento de velo». Mediante esta técnica se trata de traspasar la apariencia de personalidad independiente de los licitadores «para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad» (SSTS, Sala I de 5 de abril de 2001 y 27 de septiembre de 2006).

La Comisión Nacional de la Competencia, en su «Guía sobre contratación pública y Competencia» (2011) señala diversos indicadores, tanto en relación con la documentación presentada como con el comportamiento de las empresas que puede ser tomado en consideración a la hora de valorar la existencia de indicios de prácticas concertadas entre los licitadores (características inusuales de las propuestas y en su presentación que coinciden en varios licitadores; declaraciones de los licitadores; otros comportamientos sospechosos...).

Reiteramos que, aplicando los indicadores descritos, ambos licitadores han llevado un proceso de licitación transparente, con unas propuestas reales y acordes a cada licitador, sin comportamientos “sospechosos” o contrarios a la Ley.

Sumado a ello, la LCSP, en su artículo 64.1, impone a los órganos de contratación la obligación general de «tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores». En relación con la defensa de la competencia, esta obligación se concreta en el artículo 132.3 LCSP.

En este sentido, el órgano de contratación podía haber excluido de la licitación a ambas empresas, cuestión que ni siquiera se ha valorado puesto que, por un lado, hay antecedentes en distintos ejercicios que nos han permitido licitar y ganar, no una, si no hasta en tres ocasiones previas, en idénticas circunstancias a las actuales. Así, en el año 2017, Campusport Documento Alegaciones a Recurso Especial en Materia de Contratación, presentado por INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, S.L. Expediente 2022/001366-PS.2ª ganó 3 lotes y Gedesur 2; en el año 2019, Campusport ganó 3 lotes y Gedesur ganó 1; en el año 2021, Campusport ganó 2 lotes y Gedesur ganó 1. Destacar a la recurrente, que en el actual concurso hay empresas de similar vinculación entre ellas que también han participado en el proceso de licitación y que han resultado adjudicatarias con dos empresas vinculadas.

En conclusión, tanto la Ley como los Pliegos contemplan la participación de empresas vinculadas, siempre y cuando se evite la manipulación en las licitaciones. Para que esto hubiera aplicado a las

presentes licitadoras, tanto Campusport como Gestión Deportivas del Sur deberían haber licitado, al menos, a los mismos lotes, cuestión que como ha quedado sobradamente probado, aquí no ocurre. Ello sumado a otros muchos más indicios que han quedado demostrados.

Por tanto, no tiene sentido hablar en este caso de vinculación de empresas, ya que en ninguna circunstancia afecta al procedimiento, y como hemos indicado con anterioridad no se encuentra esta cuestión restringida por ninguna disposición de la Comunidad Europea, ni por ninguna Ley española, ni tampoco por los pliegos que rigen el presente contrato”

Se concluye, así por las adjudicatarias, que la adjudicación es totalmente legítima, “con lo que una posible restricción por vinculación no puede operar de forma alguna en este caso. Así, la normativa de aplicación permite conceder a dichas empresas licitadoras «...la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores ...», cuestión que queda plenamente probada mediante el presente escrito y ha quedado demostrada durante todo el proceso de licitación y adjudicación”

CUARTO.- Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de comenzar señalando que, efectivamente, la Ley permite indirectamente la participación de empresas vinculadas en los procedimientos de contratación pública, tal y como se observa en el hecho de que el artículo 149.3 LCSP regule la forma de calcular la anormalidad de la oferta cuando existen ofertas por empresas del mismo grupo.

Así pues, el hecho exclusivo de que empresas vinculadas o pertenecientes al mismo grupo concurren en la misma licitación, no puede conllevar automáticamente su exclusión, tal y como se pronuncia pacíficamente la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2022, asunto C-416/21, (Sala Cuarta) Sentencia de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16 (apartado 21) y la Sentencia (Sala Cuarta) de 19 de mayo de 2009, asunto C-538/07) y de los Tribunales Administrativos (Resoluciones del TARCR 169/2017, 1182/2018, 1193/2018, 659/2019, de 20 de junio, 1278/2019, Acuerdo 116/2020, de 4 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que sostiene: *«Pues bien de todo lo expuesto cabe concluir que la vinculación entre empresas no puede operar como presunciones iuris et de iure que determinen la exclusión automática, en aras de garantizar el principio de proporcionalidad, debiendo el órgano de contratación realizar las comprobaciones necesarias a fin de verificar que la presentación de las ofertas se haya hecho de forma*

independiente y autónoma, pudiendo acreditarse lo contrario mediante pruebas e indicios, siempre y cuando estos sean objetivos y los licitadores puedan aportar pruebas en contrario», Acuerdo n.º 56/2021, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resoluciones 102/2022 o 228/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid...)

En este sentido, son ilustrativas las conclusiones del Informe 1/2019, de 6 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón:

«I.- De acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública, sin que resulte posible restringir, por esta sola causa, su participación en tal procedimiento de contratación.

II.- Dentro del concepto de vinculación empresarial pueden entenderse incluidas no solo las relaciones de control en el sentido estricto del artículo 42 del Código de Comercio (grupo empresarial), sino también relaciones entre empresas que actúen conjuntamente o de modo concertado o que se hallen bajo una dirección única en virtud de acuerdos o de cláusulas estatutarias, de modo que tengan establecida una cierta relación de filiación o dependencia entre ellas.

III.- La actuación de dos o más licitadores que, concurriendo formalmente por separado a una licitación pública, presenten sus proposiciones de una forma coordinada, además de un fraude de Ley, supone una vulneración de los principios de libre competencia, de igualdad entre los licitadores, de transparencia, de proposición única y de secreto de las proposiciones.

IV.- La apreciación de la existencia de una actuación concertada de dos o más licitadores es una cuestión de prueba que compete apreciar al órgano de contratación.

V.- Las prácticas concertadas entre licitadores que participan de forma separada en una licitación pública están asimismo prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La LCSP impone a los órganos de contratación, Juntas Consultivas y Tribunales Administrativos de Contratación Pública obligaciones específicas en el supuesto de que lleguen a tener conocimiento en el ejercicio de sus funciones de hechos que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia».

La legislación nacional en materia de contratación pública no impide, pues, la presentación de ofertas por empresas vinculadas, ni las obliga a declarar los vínculos existentes, pero se muestra especialmente rigurosa con la defensa de la competencia en la contratación pública –muestra de ello podemos encontrar en los artículos 132.3 y 150.1 de la LCSP, que establecen procedimientos de reporte, entre el órgano de contratación y las autoridades en materia de competencia, de cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia y, en particular, de cualquier indicio de práctica concertada entre licitadores susceptible de menoscabar la competencia libre y efectiva en el proceso de contratación.

El concepto de licitador se determina por su personalidad jurídica y, en consecuencia, una misma persona jurídica no puede presentar más de una oferta, pero no puede limitarse la presentación de ofertas por la mera pertenencia al mismo grupo empresarial o una eventual vinculación.

Por otro lado, también es preciso señalar que los órganos de contratación tienen el deber de garantizar los principios de igualdad de trato y la libre competencia y que en base a dicho deber, se podría apreciar, mediante la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, que dichas proposiciones han sido realmente presentadas por un mismo licitador con un propósito fraudulento, tal y como recoge la Resolución nº 1278/2019 del TACRC cuando expone que:

“En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, lo que, en supuesto como en el analizado, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador”

Por lo que llegados a este punto, si el órgano de contratación constatará prácticas contrarias a derecho y que pudieran ser colusorias, deberá analizar los hechos concurrentes, las pruebas existentes y los indicios para determinar si estamos ante tal situación y de esta forma “levantar el velo”.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un contrato dividido en Lotes.

La nueva regulación que de la contratación pública establece la Ley 9/2017 modifica una regla tradicional en el ordenamiento jurídico español al disponer la realización independiente de cada una de las partes del contrato mediante su

división en lotes. Esta novedad, que responde a la voluntad manifestada de las Directivas de 2014 de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación

La división del contrato en lotes se configura así en la nueva Ley como una regla general que admite excepciones – cuando se justifique su inadecuación al contrato determinado por alguna de las razones expuestas – y permite también la introducción de ciertas modulaciones, que la norma pone en manos del órgano de contratación.

El Artículo 99 de la Ley, relativo al *Objeto del contrato*, dispone así que:

1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del

mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

4. Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las dos limitaciones a que se refieren las letras a) y b) anteriores, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuando se introduzca la limitación a que se refiere la letra b) anterior, además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

Salvo lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares, a efectos de las limitaciones previstas en las letras a) y b) anteriores, en las uniones de empresarios serán estas y no sus componentes las consideradas candidato o licitador.

Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición.

5. Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.

b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.

c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

6. Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.

7. En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

Como de la literalidad del apartado 4 se desprende, la previsión de limitación de oferta/adjudicación de varios lotes se refiere al mismo licitador, y no a diversos licitadores del mismo grupo.

Conforme al apartado 7 del mismo artículo 99 y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituye un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

El criterio del Tribunal Central, respecto de la posibilidad de limitar la adjudicación de lotes a un solo licitador establecida en el artículo 99. 4 de la LCSP, es, como señala en múltiples resoluciones, que no se puede extender dicha limitación a las empresas del mismo grupo, dado el carácter "*excepcional*" que tiene el art. 99. 4 de la LCSP, y que exige una aplicación "*estricta o no extensiva*", "*quedando fuera de la ley las excepciones a la adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida*". En la Resolución 798/2018, de 14 de

septiembre, se señala lo siguiente: "*Por otra parte, la limitación de lotes de los que se puede ser adjudicatario está legalmente configurada como una excepción a la regla general de libre concurrencia y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que debe recibir una aplicación estricta o no extensiva quedando fuera de la ley las excepciones a la adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida (...) El objetivo de que los adjudicatarios sean empresas diferentes (...) no puede perseguirse fuera de los márgenes legales, que únicamente contemplan la posibilidad de limitar el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario.*" En la misma línea, la Resolución 252/2017, de 10 de marzo, de este Tribunal, enjuiciaba una cláusula semejante en la que se establecía lo siguiente: "*Tampoco podrán resultar adjudicatarios de lotes diferentes empresas que entre sí conforman grupo de empresas. El criterio para la adjudicación será el establecido a la letra B del Cuadro de criterios de adjudicación del contrato*". En relación con dicha cláusula, la Resolución anterior estableció que "*la previsión del pliego contra la que se interpone este recurso debería ser igualmente considerada en principio contraria a Derecho, pues no se justifica la restricción de la potencial adjudicación de los lotes a ofertas de empresas del mismo grupo, por la previsión de un eventual problema de ejecución o un eventual falseamiento de la competencia, obviando la aplicación del artículo 145.4, penúltimo párrafo, del TRLCSP.*"

En la Resolución 50/2018, de 23 de febrero, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, se enjuiciaba la adjudicación de dos lotes a empresas distintas, pero del mismo grupo empresarial, haciendo uso de la doctrina establecida en esta materia tanto por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, como por ese mismo Tribunal, en los siguientes términos: "*En línea con lo hasta ahora expuesto, el Informe 35/2012, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a propósito de una consulta relacionada con la licitación de un contrato de obras, señala que "(...) la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas se tendrá a los efectos de la consideración de dichas ofertas con valores anormales o desproporcionados de acuerdo con el procedimiento y con los efectos previstos en el artículo 152 del mismo texto legal, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. En definitiva, en el caso objeto de consulta no precederá, en consecuencia, la exclusión de las ofertas, sino la aplicación del régimen de bajas desproporcionadas o temerarias previsto reglamentariamente para estos supuestos". Ahora bien, no basta con que dos o*

más sociedades formen parte de un grupo empresarial para que, automáticamente, quepa obviar la personalidad jurídica diferenciada de cada una de ellas y tratar a todas como si fueran una sola. Como señala la Resolución 527/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, esta tesis es inasumible tanto en el marco legal actual que admite el hecho de que sociedades de un mismo grupo puedan concurrir a un mismo contrato, salvo que se trate de una concesión de obra pública (artículo 145.4 del TRLCSP), como desde la perspectiva del Derecho Europeo. En tal sentido, el Informe 56/1999, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señala que la identidad prácticamente total de los administradores de las empresas licitadoras, así como de su objeto social no serían circunstancias suficientes para alterar el dato de la personalidad jurídica que convierte a cada empresa en un licitador independiente. Y en la misma línea de interpretación, la Resolución 636/2017, de 14 de julio de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aborda un supuesto donde se denunciaba que dos sociedades constituían una sola a los efectos del artículo 145.3 del TRLCSP, presentando la recurrente en fundamento de su alegato certificaciones expedidas por el Registro Mercantil de las que se desprendía que el Administrador único y socio único de ambas empresas era una misma persona. En tal supuesto, el Tribunal entendió que "(...) dicha total inconsistencia de la respectiva personalidad jurídica de ambas sociedades no ha sido acreditada ni se desprende, sin más, de las certificaciones aportadas por la recurrente". Asimismo, desde otra perspectiva, hemos de indicar que la literalidad del Anexo 1-A del PCAP se refiere a "una misma empresa licitadora" cuando establece el límite del 40% del total del presupuesto de licitación para la adjudicación de lotes, sin que sea posible su aplicación extensiva a empresas vinculadas."

En su informe de 28/11/2019, concluye la JCCA que las limitaciones previstas en el art. 99.4 de la LCSP, respecto del número de lotes a los que puede presentar oferta una misma empresa y del número de lotes de los que puede resultar adjudicataria, en el caso de participación en una licitación de empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial, se tienen que aplicar en los mismos términos en qué se hace respecto de las empresas en que no concurre esta circunstancia, y tanto si aquella participación se produce en UTE como si se produce individualmente, recordando que, si bien no procede establecer limitaciones motivadas por el solo hecho de la pertenencia de una empresa a un grupo empresarial o por la existencia de determinados vínculos entre empresas, más allá de las previstas expresamente en la normativa, en estos casos procede

un especial deber de diligencia y de cautela por parte de los órganos de contratación para garantizar los principios de igualdad de trato y la libre competencia.

En el caso que nos ocupa, resulta que:

.- Los Pliegos no contemplan ninguna limitación en la adjudicación a miembros de Grupos de empresas.

Conforme al Anexo I del PCAP:

“Los licitadores podrán presentarse a un MÁXIMO DE TRES LOTES, debido a la amplitud del objeto del contrato en consideración a todos sus lotes, de manera que se pueda garantizar la adecuada y correcta ejecución del mismo. Esta limitación afecta a las ofertas que se presenten tanto individualmente como en UTE (art. 99.4 de la LCSP).”

La literalidad del Anexo I se refiere a “licitadores” cuando establece el límite de los tres lotes, sin mencionar que sea posible su aplicación a empresas vinculadas, en relación con las cuales, posteriormente, y conforme a lo dispuesto en la norma, señala que:

Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas inicialmente en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

.- Las empresas mencionadas no concurren a los mismos Lotes.

.- Por parte del órgano de contratación se ha estimado que no resulta sostenible en derecho la exclusión ni de GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L. en el lote 2, ni de CAMPUSPORT, S.L. en el lote 7, por el simple hecho de ser empresas vinculadas, ya que no se ha vulnerado ningún precepto legal ni ninguna estipulación contenida en los pliegos que rigen la licitación, ni existe indicio alguno que nos lleve a pensar que la referida vinculación pueda afectar a la correcta ejecución de los contratos ni de que hayan manipulado o falseado la licitación, estimando que “sencillamente dos empresas diferentes, han presentado proposiciones diferentes a lotes diferentes...”

...no se produce ni siquiera una licitación de ambas a los mismos lotes, cosa que tampoco está prohibida ni por la Ley ni por los Pliegos, ni mucho menos por la normativa europea, cuya voluntad es promover la concurrencia y que no ve con buenos ojos ningún tipo de limitación en las licitaciones, dentro del contexto de los principios informadores del libre mercado. Es por esto mismo que la limitación a la licitación a un número de lotes es más bien una excepción y, de hecho, no debe ser discrecional, sino que debe estar motivada, bajo riesgo de poder resultar no ajustada a derecho.

En este sentido debemos recordar que GESTIÓN DEPORTIVAS DEL SUR, S.L. sólo licita al lote número 2, es decir, a un solo lote, y que CAMPUSPORT, S.L. no licita a más de tres lotes, en concreto a los lotes 4, 5 y 7 y que ambos licitadores, por tanto, no coinciden siquiera en los mismos lotes, que a todos los efectos, funcionan como contratos independientes dentro de un mismo procedimiento de licitación por lo que, la mera vinculación de las meritadas empresas, no puede afectar a la licitación ni puede incidir sobre los precios o la incursión inicial en temeridad de las bajas.”

El órgano de contratación asevera que “queda comprobado que los licitadores referidos en el párrafo anterior son personas jurídicas independientes y distintas, con una actividad diferenciada y con solvencia asimismo independiente. Esto es muy importante al respecto del cumplimiento de lo estipulado en los pliegos, porque, en ningún momento ambas empresas se prestan solvencia ni por vía de UTE ni por vía de integración de la solvencia por medios externos (*ex artículo 75 LCSP*). Es decir, en ningún momento la vinculación de ambas empresas va a perjudicar la correcta ejecución de las prestaciones del contrato de los diferentes lotes”

De forma análoga a como ocurriera en el Recurso nº 206/2022 Resolución nº 228/2022 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID “*sobre cada lote no hay concurrencia de las empresas participadas, las cuales se presentan a lotes diferentes, razón por la cual no puede vulnerarse la prohibición de duplicidad de proposiciones por la vía del levantamiento del velo o del fraude de ley. Cada lote es una licitación y una adjudicación diferente, y las tres sociedades del Grupo de empresas se presentan a lotes diferentes.*”

Como el mismo Tribunal señala en su Resolución 102/2022 “En principio, de acuerdo con la normativa de contratos del sector público, la presentación de ofertas por empresas vinculadas en un mismo procedimiento de contratación no contraviene el principio de proposición única, y se tienen que admitir. Los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública han manifestado que impera el carácter de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas vinculadas o relacionadas y que es este requisito de la diferente personalidad el que es fundamental para considerar la no existencia de proposiciones simultáneas.

Cuestión distinta sería, que se acredite, tras la apertura de las ofertas, la existencia de un fraude de ley, por acreditarse una unidad de negocio que permita considerar un solo operador económico, en cuyo caso se incumpliría la previsión de prohibición de más de una oferta.(...) La reciente STJUE de 8 de febrero de 2018, asunto C-144/17, Lloyd’s of London, en su considerando 38 indica: “Así

pues, el respeto del principio de proporcionalidad exige el examen y la apreciación de los hechos por parte del poder adjudicador, a fin de determinar si la relación existente entre dos entidades ha influido concretamente en el contenido respectivo de las ofertas presentadas en un mismo procedimiento de adjudicación pública...”

Con base en todo lo argumentado, y a la vista de las circunstancias concurrentes, este Tribunal considera que no existen elementos suficientes para considerar que ambas sociedades funcionen en realidad como un único licitador, no pudiendo este Tribunal, con base en cuanto se ha argumentado y a la vista de las alegaciones de todas las partes y de la documentación examinada, concluir que la personalidad jurídica diferenciada de las dos entidades sea “*meramente formal y aparente, ocultando una realidad unitaria subyacente para así conseguir un propósito fraudulento*”, terminología esta utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, Sala I, de 28 de mayo de 1984, 11 de noviembre de 1995, 31 de octubre de 1996 y 3 de junio de 2004, entre otras) para acudir a la doctrina del levantamiento del velo, por lo que se estima procedente la desestimación del recurso, al no haber quedado acreditado que las propuestas han sido formuladas con el fin de alterar la competencia o incluir prácticas colusorias.

RESUELVE

PRIMERO.–Desestimar el Recurso Especial en materia de Contratación presentado por la mercantil INSTITUTO TÉCNICO SUPERIOR DE INFORMÁTICA STUDIUM, S.L., contra la adjudicación de los Lotes 2 (TALLERES DISTRITO CASCO ANTIGUO) y 7 (TALLERES DISTRITO NORTE), del servicio de “**Planificación e impartición de los talleres socioculturales para los cursos 2023–2024 y 2024–2025, organizados por los Distritos Municipales**”, Expediente 2022/001366, tramitado por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, resuelta por el Teniente de Alcalde, delegado del Área de Hacienda, Turismo, Participación Ciudadana y Transformación Digital, con fecha 11/08/2023.

SEGUNDO.– 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 de la LCSP.

TERCERO.– Levantar la suspensión del procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES