

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE EXTREMADURA

Informe nº 1/2014, 19 de junio de 2014

I. ANTECEDENTES DE HECHO

La Secretaría General de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo, de conformidad con lo establecido en el Decreto 6/2003, de 28 de enero, por el que se crea la junta Consultiva de Contratación Administrativa y se regula el Registro Oficial de Licitadores y Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma, formula la siguiente consulta:

“El 6 de mayo de 2014 se constituyó la mesa de contratación en cuarta sesión para la contratación de la obra "mejora de la seguridad vial en la carretera EX I 09, p.k 22+900 (CORIA) EXP: OBROS 14026. En la citada sesión la mesa analizó la reclamación presentada por uno de los licitadores y acordó por unanimidad proponer al Órgano de Contratación que solicite informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del arto 86.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas cuando concurren empresas pertenecientes al mismo grupo integradas en UTE con empresas ajenas al grupo, suspendiendo el estudio de los informes técnicos de las justificaciones de baja desproporcionadas de las empresas que se encontraban en tal circunstancia y posponiendo la continuación del procedimiento hasta que esa Junta Consultiva evacue informe sobre los extremos solicitados.

La Cláusula H.3 del Cuadro Resumen de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, indica que "en los casos anteriores si empresas pertenecientes a un mismo grupo, en la forma en que se define al grupo de empresas el artículo 42 del Código de Comercio , presentasen distintas proposiciones se tomará, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas anormales o con valores desproporcionados, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas anormales o desproporcionadas a las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo".

El artículo 86.1 del Reglamento General dispone que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presentan distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de

los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo".

No plantea problemas su interpretación en el caso de la licitación en solitario de empresas pertenecientes al mismo grupo, pero sí surgen problemas si una empresa, que forma parte de un grupo al que pertenece otro licitador, oferta en régimen de Unión Temporal de Empresas con una tercera ajena al grupo.

Hasta este momento las mesas de contratación constituidas en la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo han manteniendo la postura de efectuar una interpretación literal del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y considerar que no es de aplicación a las uniones temporales constituida por dos o más empresas, una de las cuales se encuentra vinculada a un determinado grupo, tal y como señalan los Informes de la Abogacía del Estado de fechas 25 de mayo de 2007 y 2 de julio de 2009; la resolución 137/20 II de II de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Acuerdo 8/2013, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

"El fundamento de este artículo no es otro que evitar la manipulación que de la presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo pueda derivarse para la determinación del límite cuantitativo a partir del cual una oferta debe considerarse anormalmente baja o desproporcionada. Tal presunción no puede afectar a las uniones temporales de empresas integradas por entidades de las que no todas están vinculadas al grupo en cuestión, toda vez que el contenido de la oferta económica se determinará por acuerdo de todas las integrantes y no atendiendo a instrucciones de la matriz del grupo.

La unidad de decisión o dependencia exigida en el artículo 86. I RGLCAP Y 145.4 TRLCSP no concurre cuando la sociedad dominante ejerce el control sobre sólo una de las empresas de la UTE pero no sobre el resto de las que la componen, de ahí que no concurren en tales casos los presupuestos a los que el artículo 86. I RGLCAP supedita la posibilidad de apreciar concertación o fraude empresarial.

El órgano de contratación carece de base normativa para, bajo la apariencia de meras sospechas, apreciar la existencia de concertaciones o fraudes entre empresas no vinculadas, pues las presunciones de la naturaleza de la que se sanciona en el artículo 86. I RGLCAP sólo se establecen por Ley".

Por todo lo expuesto y dado que el artículo 86.1 del RGLCAP no contempla el supuesto que se examina (conurrencia a una licitación de una empresa y de otra del mismo grupo pero no aisladamente, sino constituyendo esta última una unión temporal formada con otra u otras empresas completamente ajenas al grupo en cuestión), la Abogacía General del Estado aconseja que "si se considera que este vacío legal puede dar lugar a una proliferación de concertaciones y fraudes en la presentación de proposiciones lo

conveniente es, de lege ferenda, regular expresamente estos supuestos, bien estableciendo en una norma legal o reglamentaria una presunción de concertación o fraude en tales casos, aun cuando no concurren los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio, bien precisando los supuestos en los que el órgano de contratación podrá apreciar, caso por caso, la existencia de concertación o fraude, de tal forma que las empresas que decidan acudir a las licitaciones constituyendo unían es temporales sepan, con carácter previo a la adopción de dicha decisión, que, pese a no integrar grupo empresarial con ninguna de las restantes empresas licitadoras, podrán verse afectadas en la forma prevista en el artículo 86 del RGLCAP si alguna de las restantes empresas de la unión temporal que constituyan sí integra un grupo empresarial con otra de las empresas licitadora" (informe de la Abogacía del Estado de 2 de julio de 2009).

No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 34/2012, de 14 de diciembre, sobre la interpretación del artículo 86 del RLCAP, mantienen que la principal duda interpretativa se refiere a la expresión "individualmente", que se contiene en el artículo 86.1 del citado Reglamento, el cual concretamente reza: "A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley (equivalente al artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de las ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo".

La Junta Consultiva entiende que debe hacerse una interpretación finalista o teleológica del artículo 86.1 del Reglamento porque es más acorde con la interpretación que el TJUE viene haciendo del régimen de derecho comunitario en materia de ofertas anormalmente bajas y sirve mejor al objetivo que persiguió el legislador de evitar la manipulación por parte de empresas vinculadas del umbral de anormalidad, contribuyendo a la realización del principio de libre concurrencia que impone el Derecho comunitario y también el nacional.

Igualmente la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía en su informe 1/2012, de 24 de febrero, sobre interpretación de la expresión "concurrir individualmente" contenida en el artículo 86.1 del Reglamento general, se decanta por una interpretación finalista o teleológica del citado precepto: "lo que queda patente con esta regulación es el temor del legislador de que la presentación de proposiciones a un mismo contrato por empresas de un mismo grupo se dirija de modo organizado a desequilibrar el sistema de valoración económica de las proposiciones y trata de evitar acuerdos entre ellas a la hora de formular las ofertas tendentes a alterar la baja y lograr la adjudicación del contrato".

En consecuencia concluye que "la expresión concurrir individualmente contenida en el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, se debe interpretar en el sentido que en una licitación concurren separadamente empresas del mismo grupo ya sea de forma individual o en una unión de empresarios".

Se plantean, en conclusión, dos posibles interpretaciones de la expresión "individualmente" del artículo 86.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas a las ofertas presentadas por empresas que forman parte de un mismo grupo integradas en Unión Temporal de empresas con otras que no forman parte de tal grupo en los términos señalados en el artículo 42.1 del Código de Comercio:

- 1) Una interpretación literal, que conduciría a la inaplicación del artículo 86.1 del Reglamento ya que en una UTE no se licita individualmente sino solidariamente.
- 2) Una interpretación finalista del artículo 86 del Reglamento que busca evitar la alteración por los licitadores de los umbrales de presunción de temeridad.

Por todo ello y ante las dudas suscitadas sobre la correcta interpretación y alcance del artículo 86.1 del Reglamento General y su importancia en orden a unificar criterios interpretativos en la actuación de las mesas de contratación que se celebren en la Administración autonómica, se plantea ante esa junta Consultiva la siguiente cuestión:

¿Qué interpretación debe darse al artículo 86.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las ofertas presentadas por empresas que forman parte de un mismo grupo integradas en Unión Temporal de empresas con otras que no forman parte de tal grupo en los términos señalados en el artículo 42.1 del Código de Comercio? :

- 1) Una interpretación literal del precepto de manera que no sería de aplicación la exclusión de la oferta más alta de las dos empresas del grupo, ya que en una UTE no se licita individualmente sino solidariamente con otra u otras.
- 2) Una interpretación finalista de la norma de tal forma que cuando concurren a una licitación pública 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 apreciación de las ofertas anormales o desproporcionadas, la oferta más baja, y ello con independencia de que presenten su proposición en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al Grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

Dado que este tipo de incidencia está ocurriendo en otras licitaciones, afectando al procedimiento de adjudicación, rogaría que en la medida de lo posible se atendiese esta consulta con la mayor celeridad posible.”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 6/2003, de 28 de enero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y regula el Registro Oficial de Licitadores y Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, corresponde a esta:

“2. Informar sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sean sometidas por las diferentes Consejerías de la Junta de Extremadura, de sus Organismos Públicos y de las restantes Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración Autonómica.”

SEGUNDA.- Entrando en el fondo de la cuestión planteada hemos de partir del concepto de empresas vinculadas. Según el artículo 145.4, párrafo 3º, del RD 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (a partir de ahora TRLCSP), queda determinado en el artículo 42.1 de nuestro Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, en los términos siguientes:

“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.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

Analizado el anterior concepto, hemos de preguntarnos: ¿pueden participar las empresas vinculadas con total libertad y sin ninguna restricción en un concurso público?. La respuesta no es baladí, mucho menos pacífica. Dos son las teorías enfrentadas, tal y como apunta la propia consulta:

1. La más restrictiva, que considera que la presentación de ofertas simultáneas, en un mismo concurso y por empresas vinculadas, constituye un fraude de ley y, en consecuencia, deben de ser automáticamente excluidas del procedimiento de adjudicación. Este posicionamiento es justificado en base a un doble criterio:

La imposibilidad de que cada licitador presente más de una proposición -art.145.4 TRLCSP-. En este caso, aunque aparentemente se traten de varias sociedades, realmente nos hallamos ante una unidad de negocio que permite considerar un solo sujeto.

Artículo 145.4 del TRLCSP:

“En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. (...)”.

Si bien es cierto que el anterior precepto tan sólo hace referencia a los contratos de concesión de obra pública, según esta corriente y a la vista del artículo 145.2 TRLCSP, no constituye obstáculo alguno para extrapolar dicha conclusión a todos los contratos administrativos, porque la obligación de garantizar que los licitadores opten a los contratos de concesión de obra pública en igualdad de condiciones, rige también en el resto de contratos administrativos. (Por todas y “ad exemplum”, STSJ de Madrid núm. 709/2007, de 29 de octubre, RJCA 2008\72).

2. Existe una segunda corriente más flexible y posiblemente más coherente y autorizada que la anterior, que ha sido impulsada y gestada por nuestros socios europeos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 2009, en el asunto C-538/07). Para el TJCE no es conforme a

derecho comunitario que una norma nacional prevea la exclusión sistemática del procedimiento de contratación por el simple hecho de que los licitadores sean empresas vinculadas.

Según este Tribunal, extender la prohibición de participar en un mismo procedimiento a todas las situaciones en las que haya vinculación empresarial, incluso a aquellas en las que no han tenido incidencia alguna sobre las ofertas presentadas, es ir más allá de lo necesario para garantizar la aplicación de los principios de igualdad y de transparencia. Concluye, y he aquí lo verdaderamente importante, que si la relación de control no ha influido o perjudicado en el contenido de las respectivas ofertas, no es suficiente para excluirlas automáticamente.

Pues bien, este es el criterio que parece más acorde con los principios del TRLCSP. Se trataría de analizar caso por caso y en profundidad la vinculación existente entre las empresas del grupo que participan en el mismo concurso, al objeto de detectar si se trata en realidad de varias proposiciones de un mismo licitador.

A tal efecto, la Jurisprudencia acude desde hace tiempo al mecanismo o técnica conocida como “levantamiento del velo”, que trata de descubrir si bajo la apariencia de la personalidad jurídica de sociedades o empresas aparentemente distintas y sin relación alguna entre ellas, se encuentra el mismo sujeto. De darse esta circunstancia, estaríamos ante un fraude de ley, puesto que se infringiría el artículo 145.3 TRLCSP, ya que se estaría permitiendo que un mismo licitador presentara más de una oferta, encontrándose en una posición de ventaja sobre el resto de licitadores, generándose entonces un importante riesgo de manipulación del procedimiento de adjudicación, propiciando, a su vez, la aparición de pactos colusorios y vulnerándose, en cualquier caso, principios tan elementales como el de concurrencia competitiva, igualdad, transparencia, deber de secreto...

Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 709/2007, de 29 de octubre, RJCA 2008\72, se plantea que en un mismo concurso para la adjudicación de un contrato administrativo de servicios, se presentan tres licitadores, siendo así que uno de ellos -Elevadores Express, SL-, que luego resultó ser el adjudicatario, es una sociedad constituida mediante escritura pública por otro de los licitadores -Zardoya Otis, S.A., suscribiendo esta última la totalidad de las acciones de la primera, ostentando, por tanto, su control y dominio efectivo, lo que se concreta, entre otras cosas, no sólo en que Zardoya Otis, S.A. posee la totalidad de los derechos de voto de la sociedad por ella creada, y, en consecuencia, los correspondientes derechos políticos y económicos, sino que, además, es su administrador único, como resulta de la escritura de constitución y de los Estatutos de Elevadores Express, S.L. que figuran en el expediente administrativo, a lo que se añade que el objeto de las dos sociedades -dominante y dominada- es exactamente el mismo, compartiendo diseño, fabricación, venta, instalación, mantenimiento y reparación de todo tipo de aparatos elevadores y similares, así como la importación y exportación de maquinaria y equipo relacionado con los aparatos referidos.

A la vista de los hechos referidos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid expone:

“Así las cosas esta situación de creación, posesión de la totalidad de capital social y Administración por una sociedad matriz de otra sociedad filial que tiene el mismo objeto social que la sociedad matriz y lleva a cabo por tanto sus mismas actividades, permite concluir sin margen alguno para la duda, que la sociedad filial, aunque goce de personalidad jurídica y patrimonio distinto de la sociedad matriz, no es más que un instrumento en manos de esta que carece de cualquier autonomía de decisión y funcionamiento, y que tal instrumento se dedica a las mismas actividades que la sociedad dominante, de forma que desde el punto de vista económico y patrimonial las dos sociedades son en realidad una misma empresa, y que los objetivos, la estrategia, la actividad industrial y la mercantil de la sociedad filial son los que fija la sociedad matriz, o ,en otras palabras, que la sociedad filiar existe en la medida en que así lo ha querido la sociedad matriz, que la constituyó por razones económicas, estratégicas, fiscales o de otro tipo, y que por esta misma razón puede desaparecer cuando la sociedad matriz lo considere conveniente, en cuyo momento la actividad de la sociedad filial- sus bienes y derechos, su clientela (fondo de comercio), pasarán de forma automática a la sociedad dominante”.

Finalmente, concluye:

“En supuestos como éste, el derecho positivo – y no sólo la jurisprudencia mediante las técnicas del fraude de Ley y levantamiento del velo- ha considerado que al margen de la distinta personalidad jurídica, nos hallamos ante una unidad de negocio que permita considerar un solo sujeto”.

“En casos como el que acabamos de describir, la presentación de sociedad dominante y filial a un mismo concurso, presentando cada una de ellas su oferta, permite concluir, sin duda alguna, que no se trata de dos licitadores distintos, sino de un solo licitador- la sociedad matriz- que decide porque así le conviene presentar dos proposiciones, la suya y la de su sociedad filial”.

Esa adjudicación a un único licitador lo consideró la Comisión Permanente de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña a través de su Informe 8/2002, de 1 de octubre, como el principio de adjudicatario único.

Pero junto a ese principio, la contratación pública está oxigenada por una pluralidad de principios que tienen un carácter transversal.

Las normas de la Unión Europea sobre contratación pública, a cuyos requerimientos debe adaptarse nuestra normativa interna, han tenido y siguen teniendo como uno de sus principales objetivos la defensa a ultranza de la transparencia, la no discriminación y la objetividad, y ello con el fin de preservar, también en la

contratación pública, la libre competencia entre quienes concurren o pretendan concurrir a las licitaciones públicas, impidiendo cualquier privilegio, pues ese postulado de la libre competencia en el Mercado Interior es uno de los fundamentos de la Unión Europea [en este sentido debemos resaltar el Considerando número 2 de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (en adelante, Directiva 2004/18/CE), postulados que igualmente se resaltan en la nueva Directiva sobre contratación pública, que deroga la actualmente vigente y que se encuentra en periodo de transposición a los ordenamientos estatales].

Junto a los citados principios básicos que rigen la contratación pública hemos de incluir otros dos ya tradicionales en nuestras normas sobre contratación pública, el referente al secreto de las proposiciones y el de proposición única. La objetividad y no discriminación de la que hablamos se plasma en el principio de libre concurrencia e igualdad entre los licitadores, y para garantizar que éstos concurren en paridad de condiciones las proposiciones en la contratación pública han de ser secretas hasta el acto formal de su apertura (artículo 145.2 del TRLCSP), lo que impone al ente contratante que desconozca las propuestas hasta ese acto formal, para evitar toda sospecha de parcialidad, así como su desconocimiento por el resto de empresarios, precisamente para mantener la objetividad e igualdad que debe imperar en la contratación.

Respecto al principio de proposición única, que está recogido en el tercer apartado del artículo 145 del TRLCSP, debemos decir que si la finalidad de todo empresario (individual o agrupación de varios a través de una UTE) que concurre a la licitación de un contrato público es la de ser el adjudicatario de ese contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible que ese empresario pueda presentar al 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, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), y, por otro lado, el principio de igualdad tiende a garantizar que los diferentes empresarios que puedan estar interesados en una contratación ostenten las mismas oportunidades, lo que supone que si un licitador puede presentar más de una oferta este hecho le podría colocar en una situación de ventaja en relación con el resto de empresarios que concurren a la contratación y suponer una manipulación del procedimiento y de la adjudicación en cuanto a la selección de la proposición económica más ventajosa.

El efecto derivado de la concurrencia en una licitación de varias propuestas presentadas por un mismo empresario debe ser la no admisión de todas ellas, excepto que se acepte la presentación de variantes o estemos ante una subasta electrónica; por tanto, al tratarse de un elemento esencial el citado principio de proposición única, la adjudicación del contrato a un licitador que haya suscrito en una misma licitación varias proposiciones estará viciada de nulidad, pues todas las propuestas por él suscritas debieron no ser admitidas por la entidad contratante.

Si un licitador no puede presentar más de una proposición, ahora nos debemos preguntar que hemos de entender por un mismo licitador, y ésta pregunta es totalmente procedente puesto que el apartado cuarto del ya reiterado artículo 145 del TRLCSP dispone, por un lado, la exclusión del procedimiento de adjudicación de las ofertas formuladas por empresas vinculadas cuando liciten a un contrato de concesión de obra pública y, por otro lado, que cuando empresas vinculadas liciten a otros contratos que no sean de concesión de obra pública sus proposiciones no serán desestimadas pues únicamente tendrá el efecto que se determine en vía reglamentaria en cuanto al régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados, efecto que actualmente sigue previsto en el Reglamento de 2001, concretamente en su artículo 86.

Una empresa puede tener una posición dominante en otra u otras, o una posición a través de la cual pueda influir en las decisiones de esta o estas, lo que en la práctica puede, aunque no obligatoriamente debe ser así, mediar en el contenido de la proposición a presentar por la o las empresas, podríamos decirlo así, influenciadas cuando todas ellas concurren de forma independiente a una misma licitación; también puede ocurrir que dos o más empresas, estén o no vinculadas, actúen coordinadamente en la confección de sus respectivas proposiciones.

Sobre el concepto de empresas vinculadas, al margen del ya citado primer apartado del artículo 42 del Código de Comercio, que desde el año 2007 define al grupo como aquel en el que una sociedad ostenta o puede ostentar, de forma directa o indirecta, el control de otras u otras, es oportuno acudir a la interpretación ha realizado la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 13/2009, de 30 de septiembre, afirmando que “se puede considerar que en el caso de las sociedades vinculadas existe una sociedad dominante que irradia su poder sobre las otras e impone su voluntad y que se establece, en esencia, una relación de dependencia o filiación”.

Si bien el TRLCSP, y excepto para los contratos de concesión de obras públicas, no prohíbe que empresas vinculadas concurren separadamente a una contratación pública, pues como reiteradamente ha señalado la Junta Consultiva Estatal a través de sus informes impera el carácter de la personalidad jurídica independiente de cada una de esas empresas y asimismo lo ha admitido nuestro Tribunal Supremo a través de su sentencia de 24 de octubre de 2011, ni tampoco lo prohíbe la Directiva 2004/18/CE pues, como dice el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de su jurisprudencia, concretamente en sus sentencias de 19 de mayo, Asunto C-538/07, y 23 de diciembre, Asunto C- 376/08, ambas del año 2009, sería contrario al Derecho comunitario una medida que tienda a excluir automáticamente del procedimiento de licitación a empresas vinculadas que concurren separadamente a una licitación, pues ese mismo Derecho tiende a garantizar la participación más amplia posible de empresarios en un procedimiento de adjudicación, esa falta de prohibición no quiere decir, tal como ese mismo Tribunal de Justicia señala en su primera de esas dos sentencias, que no debemos ser ajenos a que una relación de vinculación entre empresas puede influir en el contenido de sus ofertas presentadas por

separado, por lo que ello exige un examen y una apreciación de los hechos, pero supuesto a supuesto: la constatación de tal influencia, sin importar la forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión.

TERCERA.- En el caso concreto sobre el que se realiza la consulta supone un paso más y determinar cuándo concurre dicha influencia en la participación de empresas vinculadas con proposiciones diferentes y una de ellas en unión temporal de empresas con otra ajena al grupo. La figura de la UTE viene regulada en el artículo 59 del TRLCSP:

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que especificará esta circunstancia.

2. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

3. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Aplicando la doctrina expuesta, el órgano de contratación deberá examinar si concurren circunstancias acreditativas suficientes de la referida "capacidad de influir" en las decisiones de la UTE o no. No puede

delimitarse una regla matemática que permita discernir la concurrencia de las circunstancias apuntadas, es evidente que si la participación de la empresa vinculada es superior a la de los restantes integrantes de la UTE puede considerarse “probada” su capacidad de influir”, en caso contrario, habría que acudir a otros elementos y, si no puede probarse tal posición dominante, simplemente deberá investigar sobre la posible concurrencia de pactos colusorios y derivarlo a la Comisión Nacional de Defensa de la competencia.

De lo referido podemos concluir diciendo que la presentación de proposiciones simultáneas por empresas vinculadas no puede, a excepción de los supuestos del 145 del TRLCSP, a priori, suponer la exclusión de las ofertas presentadas por vulneración del principio de proposición única, salvo que se demuestre la posición dominante y de control de una de ellas sobre la otra. Extrapolado a las empresas que pudieran licitar en UTE deberemos examinar la concurrencia de idénticas circunstancias para considerar que se vulnera el referido principio de proposición única e igualdad entre los licitadores.

CUARTA.- En lo que respecta a la aplicabilidad del artículo 86.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas a las ofertas presentadas por empresas que forman parte de un mismo grupo integradas en Unión Temporal perteneciendo una de ellas a un grupo vinculado de empresas que licita también individualmente en el mismo procedimiento, hemos de aplicar idéntica fundamentación a la seguida hasta el momento: primero será preciso demostrar la posición dominante de la empresa vinculada dentro de la UTE (debiendo tener un compromiso de participación superior al de los restantes componentes –superior al 50% si son dos, al 33,33% si son tres...), una vez probada esta, si además concurren las circunstancias descritas de posición dominante de la empresa vinculada que licita individualmente, será motivo de exclusión de ambas ofertas. De no concurrir esta segunda circunstancia, pero sí poder considerar vinculadas la UTE y la empresa que licita individualmente, resultará de aplicación la previsión del artículo 86.1 del RD 1098/2001.

QUINTA.- Por último, si, analizada la situación de la posición de la empresa vinculada dentro de la UTE no se llegara a la conclusión de posición dominante, se precizaría descartar la existencia de prácticas colusorias entre empresas: el TRLCSP prohíbe a las empresas que concurriendo por separado a una contratación presenten su correspondiente proposición actuando en contra, violando, los principios de libre competencia, de igualdad entre los licitadores, de transparencia, de proposición única y de secreto de las proposiciones; por tanto si entre empresas, que pueden o no tener una relación de control o de vinculación, que han concurrido por separado a una contratación y que objetivamente se aprecia, tras el correspondiente examen de los hechos por el órgano de contratación o por el correspondiente tribunal, que han confeccionado conjunta y coordinadamente sus respectivas proposiciones, ese órgano de contratación, o tribunal, debe excluirlas de la licitación. No obstante, debemos ser conscientes que en la mayoría de los casos el probar esa confección conjunta o coordinada no resultará una labor sencilla pues el solo hecho de probar la vinculación, en el supuesto de un grupo de empresas, es, desafortunadamente, arduo y complejo.

Este tema de la concurrencia por separado de empresas, que pueden o no estar vinculadas, y que confeccionan conjuntamente sus respectivas proposiciones nos lleva seguidamente a poder tratar sucintamente el de los acuerdos colusorios.

Los acuerdos colusorios entre licitadores que participan por separado en una licitación pública también están vedados por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, correspondiendo a los órganos de la competencia (Comisión Nacional de la Competencia –CNC- o, en su caso, los respectivos órganos de las Comunidades Autónomas) la responsabilidad de analizar y, en su caso, sancionar ese tipo de conductas, de ahí lo estatuido en la disposición adicional vigésimo tercera del TRLCSP.

En la interesante Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC, su apartado III está dedicado a la colusión entre oferentes a licitaciones (apartado que la Junta Consultiva Estatal en su Informe 53/2010, de 10 de diciembre, señaló, si bien en relación al proyecto de guía que le adjuntó esa Comisión, que las consideraciones que constituyen la parte III de la Guía sí podrían entenderse que caen dentro del ámbito competencial de la Comisión por contener pautas dirigidas a los entes del sector público que contratan con sujeción a la legislación de contratación pública. Dichas pautas pretenden formar a las personas responsables de la contratación en estos entes acerca de los indicios de prácticas colusorias), y en él consta que la colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública.

Si bien respecto a los acuerdos colusorios entre empresas no vinculadas no hay objeción a su sanción por los órganos de la competencia, no ocurre lo mismo cuando se trata de empresas vinculadas dado que, como señala la CNC a través de sus actuaciones de investigación, al no ser operadores económicos independientes entre sí sus actuaciones conjuntas no afectan al interés público de la libre competencia.

No obstante, dentro del apartado III de su señala Guía la CNC da importancia en materia de colusión a los vínculos contractuales o estructurales entre empresas, y señala como un indicador a tener en cuenta la presentación de ofertas por empresas vinculadas o de un mismo grupo que concurren por separado, y que si bien esta actuación está permitida por nuestra normativa la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias y, por tanto, revelar la existencia de acuerdos colusorios (así, páginas 31 y 38 que forman parte de aquel apartado III de la citada Guía).

La citada Guía de la CNC considera como un indicador de acuerdos colusorios la concurrencia a una contratación pública de empresas vinculadas pero cada una de estas por separado, pudiendo resultar de aplicación la normativa antitrust a las conductas colusorias entre empresas del grupo, como es la posibilidad de competir entre esas empresas, posibilidad que puede deducirse de los principios constitucionales y

comunitarios de libertad de empresa y de impulso a la libre competencia, y concurrir a una contratación pública no deja de ser una competición entre los diferentes licitadores para conseguir la adjudicación de un contrato público, objetivo éste último que lo logrará solo un licitador, debiéndolo alcanzar en un plano de igualdad entre todos y cada uno de los operadores económicos que concurren a la licitación, igualdad que no admite excepciones, y de esta forma, junto a otras, la contratación pública se abre a la competencia.