

Astº. Informe Jurídico relativo al Grupo empresarial
Expte: Alumbrado exterior Calle Galicia-Metroguagua Tramo IV: Pio XII con CC.348
Ref.: MMC/LPC. Doc. 2019-04-25

Asunto: Informe jurídico relativo a la documentación presentada por las mercantiles Sice SA, Lumican SA y Imesapi SA en contestación al requerimiento efectuado con fecha 27 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES. –

I.- Con fecha 19 de febrero de 2019 GEURSA, publico en la plataforma de contratación del estado el pliego correspondiente al proyecto denominado “Alumbrado exterior Calle Galicia- Metroguagua- Tramo VI. Pio XII”. Siendo el importe base de licitación de 163.031,35 €. Y el plazo de ejecución del contrato de cuatro meses.

II.-Terminado el plazo de presentación de las ofertas, se procedió por parte de la mesa de contratación a la apertura del sobre único referido a la documentación administrativa y económica, siendo las empresas presentadas al proceso de licitación las que a continuación se detallan:

EMPRESAS LICITADORAS
CLEAN CANARY ENERGY SL
ELEC NOR SA
ELECTRIMEGA SLU
IMESAPI S. A
INSAE, S. A
LUMICAN SA
SOCIEDAD IBERICA DE CONST. ELECTRICAS SA
XIFRAM SL

III.- Con fecha 13 de marzo de 2019 y tras analizar la documentación presentada por los distintos licitadores, se constató la presentación de distintas ofertas correspondientes a empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial en concreto se detectaron los siguientes:

GRUPO EMPRESARIAL	EMPRESAS OFERTANTES PERTENEIENTE AL GRUPO	EMPRESA OFERTANTE PERTENEICIENTE AL GRUPO	EMPRESA OFERTANTE PERTENEICIENTE AL GRUPO
ACS. SERVICIOS COMUNICACIONES Y ENERGIA SL	IMESAPI SA	LUMICAN SA	SICE SA

IV.- A fin de poder determinar si nos encontrábamos ante la presentación de varias proposiciones presentadas por un único licitador, se requirió a distintas empresas ofertantes vinculadas al Grupo empresarial, la presentación de la documentación acreditativa del órgano de gobierno o administración de cada una de ellas, a fin de determinar la existencia de una unidad de gobierno.

V.- Consta en el expediente administrativo, que la mercantil Lumican SA y la mercantil Imesapi SA con fecha 2 de abril de 2019 a través de la plataforma de contratación presentaron escrito de alegaciones frente al requerimiento efectuado y aportaron la documentación que estimaron más oportuna en defensa de sus intereses.

VI.- Considerando el departamento jurídico insuficiente la documentación presentada en aras de determinar la posibilidad de la existencia de un fraude de ley, se solicitó al registro mercantil la siguiente documentación:

- Nota Simple informativa de la mercantil IMESAPI SA., que se adjunta a este informe como **documento número uno**
- Nota Simple informativa de la mercantil GRUPO IMESAPI SL., que se adjunta a este informe como **documento número dos**
- Nota Simple informativa de la mercantil LUMICAN SA., que se adjunta a este informe como **documento número tres**
- Nota Simple informativa de la mercantil ELECTRONIC TRAFIC SA., que se adjunta a este informe como **documento número cuatro**
- Nota Simple informativa de la mercantil SICE SA., que se adjunta a este informe como **documento número cinco**
- Nota Simple informativa de la mercantil ACS SERVICIOS COMUNICACIONES Y ENERGIA SL., que se adjunta a este informe como **documento número seis**
- Depósito de cuentas anualidad 2017 IMESAPI SA., que se adjunta a este informe como **documento número siete**
- Depósito de cuentas anualidad 2017 LUMICAN SA., que se adjunta a este informe como **documento número ocho**
- Depósito de cuentas anualidad 2017 SICE SA., que se adjunta a este informe como **documento número nueve**

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

I. El principio de proposición única y la presentación de ofertas por empresas vinculadas en un mismo procedimiento de contratación.

El concurso público que nos ocupa se rige principalmente por el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante el Pliego), por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y por el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) en lo que no se oponga a lo dispuesto en la LCSP.

La cláusula 18, del Pliego establece que:

*“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición. Tampoco podrá suscribir ninguna proposición en unión temporal con otros empresarios si lo ha hecho individualmente o figura en más de una unión temporal. **La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las proposiciones por él suscritas.**”*

Y la cláusula 20.3 del Pliego establece que:

“Las 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 y que presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación, o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo con las que y con las cuales concurren en unión temporal deberán presentar declaración en la que hagan constar esta condición.

También deberán presentar declaración explícita, respecto de los socios que lo integran, aquellas sociedades que, presentando distintas proposiciones, concurren en alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código del Comercio.”

El principio de proposición única en las licitaciones públicas se formula en el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) en los siguientes términos:

«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».

El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de facilitar a todos los licitadores su concurrencia en condiciones de igualdad, evitando la posibilidad de favorecer situaciones de ventaja de alguno de ellos o los riesgos de manipulación del procedimiento. Como se señala en la Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, del 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».

En definitiva, la finalidad última del principio de proposición única es la garantía de los principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones.

El 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).

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.

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 C-538/07, 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):

« 3. 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 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»

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.

II. La vinculación empresarial. El concepto de grupo empresarial.

El artículo 149.3 LCSP no desarrolla el concepto de vinculación empresarial. Se limita a referir esta vinculación a la noción de «empresas que pertenezcan a un mismo grupo» y a remitirse para la determinación de este concepto a la normativa mercantil y, en concreto, al artículo 42.1 del Código de Comercio (en adelante, CdC), conforme al cual:

«... 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».

La consulta 4 del Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, BOICAC) n.º 92, de diciembre de 2012, refiere el concepto de grupo de empresas del artículo 42 CdC a la idea de «control entre sociedades o de una sociedad sobre una empresa», señalando que «...la relación de subordinación a que se refiere el artículo 42 del CdC es la consecuencia lógica de poseer la mayoría de los derechos de voto de una sociedad, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto

Sin embargo, no es menos cierto que el artículo 42 del CdC contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta hipótesis una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas entidades de propósito especial, para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar es la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra. A tal efecto y para facilitar la tarea de identificar estos supuestos, el artículo 2, apartado 2, de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas (NFCAC), desarrolla el concepto de control sin participación.

En este contexto regulatorio, en principio, cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso». En el mismo sentido se pronuncia la reciente Consulta 1 del BOICAC n.º 115 de septiembre de 2018.

Sin embargo, el concepto de vinculación empresarial no se subsume en el de grupo de empresas, sino que tiene un carácter más amplio. Así, puede suceder que determinadas sociedades que no merecen la consideración de grupo empresarial, a los efectos del artículo 42 CdC, sin embargo, sí puedan entenderse como vinculadas a otros efectos, por ejemplo, a los del Plan General de Contabilidad. En este sentido la mencionada consulta 4 del BOICAC n.º 92, de diciembre de 2012 recordaba que «...la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, dispone que a efectos de la presentación de las cuentas anuales individuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del CdC, o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias».

En conclusión, bajo el concepto de vinculación empresarial pueden entenderse incluidas no solo las relaciones de control en el sentido estricto del artículo 42 CdC (en el que se incluyen no solo las sociedades vinculadas por una relación de subordinación derivada de la posesión de la mayoría de los derechos de voto, así como las entidades de propósito especial en las que el control se puede ejercer sin participación), 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.- Proposición única, pactos colusorios y fraude de ley, levantamiento del velo.

La LCSP permite la participación de dos o más empresas vinculadas en las licitaciones públicas, bien porque formen parte de un grupo empresarial a los efectos del artículo 42 CdC o bien porque tengan algún otro tipo de relación empresarial entre ellas 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.

Así, 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.

Afirma la STJUE de 17 de mayo de 2018, Asunto C-531/16 que «...la constatación de que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento 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»

La Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid afirma que «la contratación pública es un ámbito de indudable importancia económica inspirado, entre otros, en los principios comunitarios de libertad de empresa y de impulso a la libre competencia. Concurrir a una licitación pública no deja de ser una competición entre operadores económicos para conseguir la adjudicación de un contrato. Ésta debe recaer en la oferta económicamente más ventajosa que haya sido presentada por un único empresario que concurre a la licitación de forma individual o en unión temporal de empresas. La proposición debe haber sido elaborada de forma independiente, sin encubrir actuaciones conjuntas dirigidas a pervertir el procedimiento de contratación. Esto atenta contra la esencia de la contratación pública que es conseguir una gestión eficiente de los fondos públicos mediante la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Los perjuicios de esta práctica trascienden al ámbito puramente administrativo ya que dañan doblemente a los ciudadanos: como consumidores, pues afecta negativamente a la competencia y como contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública».

En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, ya se ha pronunciado en varias ocasiones con respecto al problema ahora suscitado, valga por todas sus resoluciones números 51/2015, de 22 de diciembre y 149/2016, de 14 de noviembre, en las cuales se concluye lo que sigue: “Ciertamente es que la sentencia número 709/2007, de 29 de octubre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA 2008/72), que invoca la recurrente, concluye que la prohibición de admitir ofertas de empresas vinculadas establecida para los contratos de concesión de obra pública, debe entenderse aplicable al resto de los contratos, en aras del principio de igualdad de trato, pero ha de constatarse que a la expuesta interpretación restrictiva del artículo 145.4 se opone la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual en sus sentencias de 19 de mayo de 2009 (asunto C-538/07) y de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-376/08), mencionadas por la propia recurrente, concluye 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 la licitación”.

Cabe señalar que lo que viene a sentar la antedicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es que no puede pretenderse que opere, con carácter general una exclusión sistemática, basada en el hecho de que se hayan presentado proposiciones a una misma licitación por empresas vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo, sino que, habrá de determinarse, supuesto a supuesto, si dicha vinculación no impide que las sociedades licitadoras concurren libremente y formulen con independencia sus proposiciones o si, por el contrario, supone un control e influencia de una empresa sobre las otras de tal magnitud que haya determinado el contenido de sus ofertas, operando, en este último caso, la aplicación de la doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo”, sentada por nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias (baste por todas ellas, la STS de 3 de junio de 2004, Roj 3854/2004, o la STS de 27 de septiembre de 2006, Roj 5545/2006), de manera que se pueda traspasar la apariencia de personalidades jurídicas distintas, cuando la misma oculte o disimule la existencia de una realidad unitaria subyacente con el objetivo de conseguir un propósito fraudulento, impidiéndose en tal caso que concurren a la licitación las empresas afectadas por dicha circunstancia.”.

En la misma línea doctrinal antedicha se han pronunciado, como invoca el órgano de contratación, tanto la Sala de lo Contencioso Administrativo de Audiencia Nacional, como las de los Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Si se produce esta actuación conjunta o coordinada de dos o más licitadores dentro de un mismo procedimiento de contratación nos encontraríamos ante un fraude de ley proscrito por el artículo 6.4 del Código Civil, conforme al cual «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 debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir». El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia 709/2007, de 29 de octubre, entendió probado el fraude de ley en una licitación al considerar acreditada la existencia de una unidad de negocio entre dos empresas participantes en el procedimiento, lo que suponía una infracción de la prohibición de doble oferta.

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).

Estamos, en definitiva, ante una cuestión de prueba que compete apreciar al órgano de contratación.

En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son autónomas ni independientes, recuerda la antes citada Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que «en derecho cabe diferenciar entre indicio, evidencia y prueba. El indicio como elemento que presenta alguna relación con la infracción por sí solo no adquiere fuerza probatoria y se utiliza ante la insuficiencia o falta de pruebas directas que permitan concluir la existencia de la conducta ilegal. La justicia como principio y fin del derecho tiene como elemento esencial la verdad como reflejo de la realidad objetiva y muchas veces el ilícito se determina de forma indirecta con pruebas indiciarias o presunciones. Sobre los indicios la jurisprudencia ha establecido que lo característico de este medio de prueba es que su objeto no es directamente el hecho ilegal sino otros hechos intermedios que permiten llegar al primero a través de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar. Para que los indicios se puedan convertir en prueba indiciaria la jurisprudencia exige como requisitos:

- Que los indicios sean plurales. Si estos son numerosos obtendremos resultados más objetivos y la variedad de indicios permitirá verificar el grado de conexidad. Cada indicio encontrado determina una probabilidad sobre la conducta del ilícito y refuerza el carácter probatorio.

- Los indicios han de estar directamente vinculados al hecho a probar. Aun siendo periféricos respecto al hecho deben estar directamente vinculados.

- Los indicios deben estar vinculados entre sí de modo que se refuercen y no excluyan el hecho consecuencia».

La Resolución nº 950/2015, de 16 de octubre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales detalla alguno de los indicios que pueden ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación al objeto de verificar si las empresas actúan o no en la realidad de manera independiente «...las circunstancias de su constitución, el parentesco entre quienes desempeñan los cargos de administración social o el domicilio de las compañías (STSJ Cataluña 20 de marzo de 2002), la titularidad del capital social (STSJ Valencia 10 de noviembre de 2001 y STSJ Castilla y León, Sala Valladolid, 15 de julio de 2003), la coincidencia del objeto social y la actividad a la que se dedican (STSJ Canarias, Sala Las Palmas, 23 de diciembre de 2009) ...», pero teniendo siempre en cuenta que «...el solo cumplimiento de las condiciones del artículo 42 del Código de Comercio –que delimita el concepto de grupo empresarial- no permite el recurso a la doctrina del levantamiento de velo».

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...).

Cabe añadir una nueva perspectiva a lo hasta aquí expuesto ya que los acuerdos de esta naturaleza entre licitadores que participan de forma separada en una licitación pública están asimismo prohibidos por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia cuyo artículo 1.1 determina qué se entiende por «conductas colusorias»:

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

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

Una conducta colusoria puede llegar a constituir una infracción grave o muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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 al ordenarse a los órganos de contratación, Juntas Consultivas y Tribunales Administrativos de Contratación Pública que notifiquen a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia «... cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación».

El conjunto de exigencias que impone la nueva LCSP de 2017 a los órganos de contratación se verá notablemente reforzado cuando resulte de plena aplicación la previsión de suspensión del procedimiento de contratación que se contiene en el artículo 150.1 párrafo tercero LCSP, que deberá ser acordada por el órgano de

contratación en caso de detectar indicios fundados de conductas colusorias. Tal previsión no se encuentra todavía en vigor ya que requiere la previa vigencia de la disposición reglamentaria por la que se desarrolle tal procedimiento (Disposición Final 16ª LCSP).

IV.- Análisis de las ofertas presentadas por las mercantiles Sice SA, Imesapi SA y Lumican S.A.

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.

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.

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

Del estudio de la documentación solicitada al Registro Mercantil, resulta notorio la pertenencia de citadas empresas Sice SA, Lumican SA y Imesapi SA al GRUPO ACS SERVICIOS COMUNICACIONES Y ENERGIA SL las cuales forman un grupo de sociedades a efecto de lo dispuesto en el artículo 42 del Ccom.

Llegados a este punto, ha de analizarse por el órgano de contratación, en el concreto supuesto que nos ocupa si se dan las premisas necesarias para entender aplicable la indicada doctrina del "**levantamiento del velo**", debiendo, con base en la documentación que obra en el expediente contractual de GEURSA, señalarse lo siguiente:

1º.- Queda constatado que tanto SICE SA, como LUMICAN S.A y la mercantil IMESAPI SA pertenecen al mismo grupo empresarial denominado "Grupo ACS".

2º.- Queda constatado que la sociedad dominante última de las tres mercantiles citadas es la mercantil ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS SA., esta última no ha presentado oferta al proceso de licitación.

3º.- Queda constatado que el Administrador de la mercantil IMESAPI SA es el GRUPO IMESAPI SL, siendo su representante Don Carlos Diaz Hidalgo.

4º.- Queda constatado que el Administrador de la mercantil LUMICAN SA es la mercantil ELECTRONIC TRAFIC SA, siendo su representante Don José Antonio Fernández García.

5º.- Queda demostrado que el Administrador de la mercantil SICE SA es la mercantil SICE TECNOLOGIA Y SISTEMAS SA, siendo su representante Don Antonio Pérez Hereza.

6º.- Tras analizar las notas simples informativas solicitadas y el depósito de las cuentas de las sociedades al registro mercantil se constata que los administradores y apoderados de las mercantiles Sice SA, Sice Tecnología y Sistemas SA, Lumican SA, Electronic Trafic SA, Imesapi SA, GRUPO Imesapi SL y la mercantil ACS servicios Comunicaciones y Energía SL, no coinciden.

7º.- Queda constatado que los objetos sociales de la mercantil LUMICAN SA y de la mercantil IMESAPI SA son prácticamente idénticos, es decir, que su ámbito de negocio y actividad resulta ser el mismo.

8º.- El Domicilio social de IMESAPI SA es la Avenida de Manoteras nº 26 en Madrid y el Domicilio social de LUMICAN SA es la Calle Agaete esquina Calle Arbejales s/n Urbanización industrial Lomo Blanco en Las Palmas de Gran Canaria.

Dicho lo anterior y a la vista de las circunstancias y la situación acreditadas y puestas de manifiesto por el órgano de contratación, sólo cabe concluir que no existe una verdadera posición de control e influencia entre las distintas mercantil SICE SA, LUMICAN SA e IMESAPI SA, las decisiones y actuaciones de cada una de ellas en modo alguno parecen influenciadas por las otras. Por lo expuesto no resulta aplicable al presente supuesto la doctrina del "levantamiento del velo", al objeto de evitar que concurren a la licitación las citadas mercantiles al no producirse una vulneración del principio de igualdad de los licitadores.

Todos estos indicios nos llevan a la conclusión de que no se ha establecido una coordinación para la presentación de ofertas en fraude de ley, no pudiéndose considerar que en realidad se trate de tres ofertas presentadas por el mismo operador económico en vulneración de lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, lo que comprometería el carácter secreto de las ofertas y el principio de libre competencia recogido en su artículo 1.

Por lo tanto, procede la admisión de las tres ofertas presentadas por SICE SA, LUMICAN SA y IMESAPI SA.

CONCLUSIÓN. - La presentación de la oferta presentada por SICE SA, LUMICAN SA y IMESAPI SA., tras analizar a documentación solicitada al registro mercantil no infringiría lo dispuesto en el artículo 139 de la LSCP, No incurriendo, ni en fraude de ley, ni vulnerando los principios básicos de libre concurrencia, igualdad y transparencia que deben regir en todo concurso público, procediendo en consecuencia **la continuación del procedimiento de licitación**

Es cuanto me cabe informar, salvo mejor criterio fundado en Derecho en Las Palmas de Gran Canaria, a 25 de abril de 2019.

Luis Pérez Cañón
Técnico de GEURSA

