



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 23/2014 i RES 24/2014

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases

DCASE 2014/20218

– RES 23/2014: Acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació

– RES 24/2014: Resolució d'adjudicació

Servei de Salut de les Illes Balears – Hospital Universitari Son Espases

Recurrent: Industrial de Elevación, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 22 d'agost de 2014 pel qual s'inadmet el recurs especial en matèria de contractació interposat per Industrial de Elevación, SA, contra l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació, i es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'adjudica el contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases

Fets

1. El 10 de març de 2014, el director gerent de l'Hospital Universitari Son Espases va aprovar l'expedient de contractació, els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases, per procediment obert. L'anunci de licitació es va publicar en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* el 24 d'abril.
2. El 16 de maig de 2014, la Mesa de Contractació va obrir els sobres que contenien la documentació de caràcter general de les empreses que es varen presentar a la licitació, i va admetre totes les empreses a la licitació. A continuació, va obrir els sobres número 2 i 3, que contenien, respectivament, la



proposició econòmica i la proposició tècnica, i, atès que les ofertes de les empreses Malift, SL, i Ascensores Aspe, SA, tenien valors anormals o desproporcionats, va acordar requerir-les perquè justificassin la seva oferta.

3. El 20 de juny de 2014, la Mesa de Contractació es va reunir per analitzar l'informe tècnic sobre la justificació presentada per l'empresa Ascensores Aspe, SA, valorar les ofertes avaluables mitjançant criteris objectius i proposar l'adjudicació del contracte. La Mesa va acceptar la justificació de l'empresa Ascensores Aspe, SA, va excloure Malift, SL, del procediment i va proposar a l'òrgan de contractació l'adjudicació del contracte a Ascensores Aspe, SA.
4. El 7 de juliol de 2014, el representant de l'empresa Industrial de Elevación, SA, va presentar a Correus, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació, en el qual sol·licitava l'exclusió de les ofertes presentades per les empreses Ascensores Aspe, SA, i Zardoya Otis, SA, atès que es tracta d'empreses vinculades, i la suspensió de la tramitació del procediment d'adjudicació. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva el 10 de juliol.
5. El 10 de juliol de 2014, el director gerent de l'Hospital Universitari Son Espases va adjudicar el contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases, a l'empresa Ascensores Aspe, SA. Aquesta resolució es va notificar a Industrial de Elevación, SA, el 25 de juliol.
6. El 28 de juliol de 2014, el representant de l'empresa Industrial de Elevación, SA, va presentar a Correus, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució per la qual s'adjudica el contracte. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva el 31 de juliol.
7. D'acord amb l'article 112 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, s'ha donat audiència a tots els interessats en el procediment. El 16 de juliol i el 7 d'agost de 2014, el representant de l'empresa Ascensores Aspe, SA, va presentar diversos escrits d'al·legacions, un en relació amb cada recurs.



Fonaments de dret

1. Els actes objecte de recurs són, d'una banda, l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació i, de l'altra, la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'adjudica un contracte de serveis no subjecte a regulació harmonitzada, tramitat per l'Hospital Universitari Son Espases del Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'actes no susceptibles del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), s'hi pot interposar el recurs administratiu que sigui procedent, que depèn de si l'acte administratiu impugnat posa fi a la via administrativa o no.

Tal com disposen els articles 107, 114 i 116 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, els actes que posen fi a la via administrativa poden ser recorreguts potestativament en reposició, mentre que els actes de tràmit qualificat, que no posen fi a la via administrativa, poden ser recorreguts en alçada davant l'òrgan superior jeràrquic del que els ha dictat.

En aquest sentit, l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació és un acte de tràmit que no té caràcter d'acte de tràmit qualificat, ja que no decideix directament o indirectament el fons de l'assumpte, no determina la impossibilitat de continuar el procediment ni produeix indefensió o perjudici irreparable a drets i interessos legítims.

Per tant, no s'hi pot interposar cap recurs en contra i s'ha d'inadmetre —sense necessitat de fer cap pronunciament sobre la sol·licitud de suspensió que contenia aquest recurs, atès que difícilment es pot suspendre o entendre suspès en via de recurs un acte no susceptible de recurs. El recurs contra l'acta tracta una qüestió que s'ha d'al·legar o rebatre en el moment que s'impugni la resolució que posi fi al procediment, com així s'ha fet en aquest cas.

En canvi, la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'adjudica el contracte és un acte definitiu dictat per l'òrgan de contractació que posa fi a la via administrativa i, en conseqüència, s'hi pot



interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, d'acord amb l'apartat 13 de l'article 2 i l'article 7 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva.

L'article 73 de la Llei 30/1992 estableix que:

L'òrgan administratiu que iniciï o tramiti un procediment, sigui quina sigui la forma en què s'hagi iniciat, pot disposar que s'acumuli a altres amb què tingui identitat substancial o connexió íntima.

En aquest cas, com ja hem dit, els recursos interposats per l'entitat recurrent es dirigeixen contra l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluable amb criteris objectius i proposta d'adjudicació i contra la Resolució per la qual s'adjudica el contracte, ambdós actes relatius al mateix contracte de serveis, i es fonamenten en arguments idèntics. Per tant, d'acord amb els principis d'economia processal i agilitat del procediment, és convenient acumular els dos recursos, de manera que se substanciïn en un únic procediment i en una sola resolució.

2. El recurs especial en matèria de contractació que ha interposat el representant de l'empresa Industrial de Elevación, SA, contra la Resolució per la qual s'adjudica el contracte es fonamenta en el fet que, a parer seu, l'adjudicació del contracte a l'empresa Ascensores Aspe, SA, no s'ajusta a dret, atès que tant l'empresa Ascensores Aspe, SA, com l'empresa Zardoya Otis, SA, que també ha participat en el procediment d'adjudicació, són empreses vinculades que pertanyen al mateix grup empresarial, i, encara que posseeixen personalitat jurídica distinta, s'han de considerar com un sol licitador. Per tant, el recurrent considera que el fet que cada una d'aquestes hagi presentat una oferta constitueix un frau de llei i contravé l'article 145.3 del TRLCSP, que prohibeix que un licitador presenti més d'una oferta en un procediment d'adjudicació.

Concretament, el recurrent al·lega el següent:

- Les empreses Zardoya Otis, SA, i Ascensores Aspe, SA, són empreses vinculades que pertanyen al mateix grup empresarial, en el sentit de l'article



42.1 del Codi de comerç, fet que varen declarar ambdues empreses en la documentació de caràcter general que varen presentar en el procediment.

– Ambdues empreses són una mateixa empresa. Tot i que posseeixen personalitat jurídica distinta, constitueixen una única unitat de negoci, i, per tant, s’han de considerar com un sol licitador. El recurrent fonamenta aquesta afirmació en diversos fets.

D’una banda, en el fet que Zardoya Otis, SA, té el control i domini efectiu d’Ascensores Aspe, SA, atès que el cent per cent de les accions d’Ascensores Aspe, SA, són propietat d’Ascensores Eguren, SA, i el cent per cent de les accions d’Ascensores Eguren, SA, pertanyen a Zardoya Otis, SA, i, per tant, i, en definitiva, Zardoya Otis, SA, posseeix tots els drets de vot d’Ascensores Aspe, SA. A més, el recurrent afirma que atès que l’administrador únic d’Ascensores Aspe, SA, és Ascensores Eguren, SA, i al seu torn l’administrador únic d’Ascensores Eguren, SA, és Zardoya Otis, SA, aquesta darrera empresa té el control absolut d’Ascensores Aspe, SA.

D’una altra, en el fet que l’activitat empresarial de Zardoya Otis, SA, Ascensores Aspe, SA, i Ascensores Eguren, SA, és idèntica, segons consta en els Estatuts d’aquestes societats i en els darrers comptes anuals de Zardoya Otis, SA.

D’una altra, en el fet que Ascensores Aspe, SA, té plena dependència de Zardoya Otis, SA, com es desprèn dels darrers comptes anuals de Zardoya Otis, SA, en els quals s’esmenta aquella com a societat dependent d’aquesta.

– Un licitador no pot presentar més d’una proposició en un procediment d’adjudicació d’un contracte. Per tant, atès que Zardoya Otis, SA, i Ascensores Aspe, SA, són en realitat un mateix licitador, el fet que cada una d’aquestes hagi presentat una oferta constitueix un frau de llei i contravé el que disposa l’article 145.3 del TRLCSP, que prohibeix que un licitador presenti més d’una oferta, per la qual cosa és procedent excloure ambdues empreses del procediment.

El recurrent aporta diversos informes sobre les empreses Ascensores Aspe, SA, i Ascensores Eguren, SA, —dels quals es desprèn, d’una banda, que Ascensores Eguren, SA, té el cent per cent del capital d’Ascensores Aspe, SA, que n’és l’administrador únic i que l’objecte social d’ambdues empreses és similar però no idèntic, i, de l’altra, que Zardoya Otis, SA, té el cent per cent del capital



d'Ascensores Eguren, SA, i que n'és l'administrador únic— i un extracte dels comptes consolidats de Zardoya Otis, SA, —en els quals figuren com a empreses dependents Ascensores Aspe, SA, i Ascensores Eguren, SA—, i esmenta, en defensa dels seus arguments, la Sentència de 29 d'octubre de 2007 del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, que es pronuncia en un cas molt semblant al cas objecte de recurs —que va afectar l'empresa Zardoya Otis, SA—, en el sentit que la participació d'una societat matriu i d'una societat filial en un mateix procediment de contractació equival a la presentació d'un sol licitador.

S'ha de dir que l'extracte dels comptes consolidats de Zardoya Otis, SA, que aporta el recurrent coincideix amb el contingut de la declaració responsable que va presentar Zardoya Otis, SA, en el sobre de documentació general, en la qual manifesta que és l'empresa matriu d'un grup en el qual s'integren, entre d'altres, les empreses Ascensores Aspe, SA, i Ascensores Eguren, SA.

Finalment, el recurrent afirma que l'adjudicació del contracte és nul·la, atès que s'ha produït abans que s'hagi resolt expressament el recurs especial en matèria de contractació que va interposar contra l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluable amb criteris objectius i proposta d'adjudicació, de manera que s'ha incomplert l'article 45 del TRLCSP.

Respecte d'aquesta darrera al·legació, s'ha de dir que el precepte invocat —que disposa que una vegada interposat el recurs especial en matèria de contractació, si l'acte objecte de recurs és el d'adjudicació, queda en suspens la tramitació de l'expedient de contractació— no és d'aplicació al cas, atès que ni el recurs especial en matèria de contractació que es va interposar és el que preveu l'article 40 del TRLCSP ni l'acte objecte d'impugnació era l'adjudicació del contracte.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que s'anul·li l'adjudicació del contracte.

3. El representant de l'empresa Ascensores Aspe, SA, adjudicatària del contracte, va presentar diversos escrits d'al·legacions, un en relació amb cada un dels recursos que havia presentat el representant de l'empresa Industrial de Elevación, SA.

En el primer escrit d'al·legacions, el representant de l'adjudicatària manifesta que el seu capital social està íntegrament controlat per Ascensores Eguren, SA, que forma part del grup Zardoya Otis, SA, però que les tres empreses tenen personalitat jurídica diferent, gestors diferents, seus socials diferents, estan subjectes a convenis col·lectius diferents i no hi ha confusió entre els seus treballadors. A més, afirma que no consoliden els balanços, tenen una política



comercial diferent, amb marques i noms comercials diferents, i tenen títols habilitadors diferents. Entén que la pretensió de considerar Ascensores Aspe, SA, i Zardoya Otis, SA, com un sol licitador trenca els principis mercantils i els registrals. Aporta, en defensa dels seus arguments, la Resolució 527/2014, d'11 de juliol, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals.

En el segon escrit, el representant de l'adjudicatària manifesta que Ascensores Aspe, SA, i Zardoya Otis, SA, no són el mateix licitador, sinó que són dues empreses dotades de personalitat jurídica diferent, i que, per tant, no es pot considerar que les seves ofertes les hagi formulat un mateix licitador, motiu pel qual considera que el recurs s'ha de desestimar. A més, manifesta que l'article 145.4 del TRLCSP no prohibeix que les empreses d'un grup participin en un mateix procediment d'adjudicació, sinó que el que prohibeix és que la participació d'empreses d'un grup distorsioni la competència per mitjà de la formulació d'ofertes temeràries o desmesurades. Seguidament, s'estén en consideracions sobre les ofertes amb valors anormals o desproporcionats que res no tenen a veure amb el recurs i conclou que atès que les ofertes presentades per Ascensores Aspe, SA, i Zardoya Otis, SA, no són temeràries no es pot excloure l'oferta d'Ascensores Aspe, SA, i que, a més, el recurrent no ha acreditat que s'hagi alterat o distorsionat la competència.

4. La qüestió de fons que es planteja en el cas objecte de recurs és determinar si dues empreses vinculades en els termes que estableix el Codi de comerç poden presentar sengles proposicions en un mateix procediment de contractació o si, en cas que ho facin, s'han de considerar com un únic licitador i, per tant, d'acord amb l'article 145 del TRLCSP, se'ls ha d'excloure del procediment.

Passem a analitzar a continuació els preceptes que regulen aquesta qüestió i els diferents pronunciaments sobre això.

5. L'article 145 del TRLCSP, sota l'epígraf "Proposicions dels interessats", regula diverses qüestions relatives a les proposicions, d'entre les quals cal destacar, a l'efecte de resoldre el recurs, els apartats 3 i 4, que es refereixen, respectivament, al principi de proposició única i a la presentació d'ofertes per part d'empreses vinculades.

El principi de proposició única, tradicional en el dret espanyol de la contractació pública, suposa que, com a regla general, cada licitador només pot presentar una proposició. L'apartat 3 de l'article 145 recull aquest principi, com també diverses precisions a aquest, en els termes següents:



Cada licitador no pot presentar més d'una proposició, sense perjudici del que disposen l'article 147 sobre admissibilitat de variants o millores i l'article 148 sobre presentació de nous preus o valors en el si d'una subhasta electrònica. Tampoc pot subscriure cap proposta en unió temporal amb altres si ho ha fet individualment o figurar en més d'una unió temporal. La infracció d'aquestes normes dóna lloc a la no-admissió de totes les propostes subscrietes per ell.

La finalitat d'aquest principi és la de garantir que els que participen com a licitadors en un procediment d'adjudicació d'un contracte concorrin en igualtat de condicions, de manera que es compleixin els principis de concurrència, transparència i secret de les proposicions que regeixen en matèria de contractació pública, principis que es podrien veure afectats si un licitador pot presentar més d'una oferta, atès que aquest fet el col·locaria en una situació objectiva d'avantatge en relació amb la resta de licitadors i podria afavorir la manipulació del procediment i de l'adjudicació del contracte.

A més, cal tenir en compte que el contracte s'ha d'adjudicar a l'oferta més avantatjosa i que un mateix licitador no pot presentar al mateix temps dues o més ofertes més avantatjoses perquè no pot licitar contra ell mateix, com han assenyalat el Tribunal Superior de Justícia de La Rioja en la Sentència de 29 de juliol de 2002 i el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat de Madrid en la Resolució 3/2012, de 18 de gener. I que la presentació de diverses ofertes per un mateix licitador pot tenir com a finalitat la d'excloure altres ofertes o la de minvar la puntuació de la resta de licitadors, i posar així en perill el compliment del mandat d'adjudicar el contracte a l'oferta que satisfaci millor l'interès general.

En conseqüència, el TRLCSP preveu, com a efecte de la vulneració del principi de proposició única, la no-admissió de totes les ofertes presentades pel mateix licitador.

Arribats a aquest punt, el problema que planteja aquest precepte és determinar quan ens trobam davant d'un sol licitador.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ha adoptat el criteri de la personalitat jurídica diferenciada per considerar que no hi ha proposicions simultànies, i s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en els informes 56/99, de 21 de desembre, 32/05, de 26 d'octubre, 53/07, de 24 de gener de



2008, i 48/11, d'1 de març de 2012. Concretament, en l'Informe 53/07 va manifestar el següent:

el análisis detenido de los preceptos que regulan la presentación de ofertas en una licitación cualquiera que sea la forma en que se lleve a efecto, no permite considerar que la presentación de ofertas por dos licitadores pertenecientes a un mismo grupo de empresas pueda ser considerado como oferta simultánea, mucho menos cuando la misma pertenencia al grupo de las diferentes empresas no pasa de ser una sospecha.

[...] la ley habla de un mismo licitador, lo que excluye, lógicamente, el caso en que la propuesta sea suscrita por personas jurídicas independientes. Queda así, de manifiesto el hecho de que la Ley no atribuye a las propuestas presentadas por diferentes personas jurídicas en una licitación la consideración de propuestas simultáneas, aún en el caso de que todas ellas pertenezcan de modo indubitado a un solo grupo empresarial.

No obstant això, com veurem més endavant, aquest criteri pot quedar desvirtuat per mitjà de la tècnica de l'”aixecament del vel”, de construcció jurisprudencial.

6. La presentació d'ofertes per part d'empreses vinculades es regula en l'apartat 4 de l'article 145 del TRLCSP, que disposa el següent:

En els contractes de concessió d'obra pública, la presentació de proposicions diferents per empreses vinculades suposa l'exclusió del procediment d'adjudicació, a tots els efectes, de les ofertes formulades. No obstant això, si sobrevé la vinculació abans que conclougui el termini de presentació d'ofertes, o del termini de presentació de candidatures en el procediment restringit, pot subsistir l'oferta que determinin de comú acord les dites empreses.

En els altres contractes, la presentació de diferents proposicions per empreses vinculades produeix els efectes que es determinin reglamentàriament en relació amb l'aplicació del règim d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats que preveu l'article 152.

Es consideren empreses vinculades les que estiguin en algun dels supòsits que preveu l'article 42 del Codi de comerç.

Així doncs, d'acord amb aquest precepte, la presentació de proposicions per empreses vinculades té conseqüències jurídiques diferents en funció del tipus de contracte de què es tracti. En el cas dels contractes de concessió d'obra pública, aquest fet determina l'exclusió del procediment de les ofertes de les empreses vinculades, mentre que en la resta de contractes l'únic efecte que preveu està



relacionat amb l'aplicació del règim d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats que s'hagi previst reglamentàriament. Per tant, no preveu com a conseqüència l'exclusió de les ofertes.

Aquesta interpretació està en la línia del que preveia la legislació de contractes vigent amb anterioritat, que havia estat objecte d'anàlisi per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en els informes 56/99, de 21 de desembre, 32/05, de 26 d'octubre, i 53/07, de 24 de gener de 2008, esmentats en el fonament de dret anterior, i també en els informes 34/12 i 35/12, ambdós de 14 de desembre, en relació amb la normativa actualment vigent.

En aquest mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Suprem en la Sentència de 24 d'octubre de 2011, en la qual manifesta el següent:

Es más, tanto de lo previsto en los artículos 83.3 y 86.4 del Texto Refundido [de la Llei de contractes de les administracions públiques], como en el artículo 86 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 -en las redacciones aplicables-, se deduce la posibilidad de que empresas pertenecientes al mismo grupo puedan presentar proposiciones individuales, ya que, sin prohibir tal posibilidad, la única limitación que contienen está prevista en lo relativo al precio de las ofertas para los supuestos en los que la forma de adjudicación del contrato fuese la subasta, o bien cuando siendo aquella el concurso, el precio ofertado fuera uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación.

S'ha de dir que, tot i així, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat apunta, en l'Informe 35/12, que el fet que dues o més empreses d'un mateix grup concorrin en un procediment pot generar la sospita que amb això es pretén aconseguir un fi contrari als principis que inspiren la normativa en matèria de contractació pública.

Atès que l'apartat 4 de l'article 145 del TRLCSP no ha estat objecte de desplegament reglamentari específic, cal atènyer-se al que disposa el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, l'article 86 del qual, sota l'epígraf "Valoració de les proposicions formulades per diferents empreses que pertanyin a un mateix grup", disposa el següent:

1. Als efectes del que disposa l'article 83.3 de la Llei [de contractes de les administracions públiques], quan empreses que pertanyin a un mateix



grup, entenent-se com a tals les que es trobin en algun dels casos de l'article 42.1 del Codi de comerç, presentin diferents proposicions per concórrer individualment a l'adjudicació d'un contracte, només s'ha de tenir en compte, per aplicar el règim d'apreciació d'ofertes desproporcionades o temeràries, l'oferta més baixa, i es produeix l'aplicació dels efectes derivats del procediment establert per a l'apreciació d'ofertes desproporcionades o temeràries, respecte de les altres ofertes formulades per les empreses del grup.

2. Quan societats en què concorri algun dels casos alternatius que estableix l'article 42.1 del Codi de comerç presentin diverses proposicions, respecte dels socis que les integren, pel que fa a la valoració de l'oferta econòmica s'apliquen les mateixes regles que estableix l'apartat anterior.

3. Als efectes del que disposen els dos apartats anteriors, les empreses del mateix grup que concorrin a una mateixa licitació han de presentar una declaració sobre els punts que aquests esmenten.

4. Als efectes del que disposa l'article 86.4 de la Llei, els plecs de clàusules administratives particulars poden establir el criteri o els criteris per fer la valoració de les proposicions formulades per empreses que pertanyin a un mateix grup.

Per tant, en el cas que en determinats licitadors que participen en un mateix procediment d'adjudicació concorri alguna de les circumstàncies que preveu l'apartat 1 de l'article 42 del Codi de comerç, només s'ha de tenir en compte, per aplicar el règim d'apreciació d'ofertes desproporcionades o temeràries, l'oferta més baixa de les presentades per les empreses vinculades.

En definitiva, es pot afirmar que la normativa en matèria de contractació permet que les empreses vinculades presentin ofertes diferents en un procediment d'adjudicació, llevat del cas que es tracti d'un contracte de concessió d'obra pública, i regula quines són les conseqüències jurídiques d'aquest fet, que se circumscriuen a l'àmbit de l'apreciació d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats.

7. El concepte d'empreses vinculades es troba en l'apartat 1 de l'article 42 del Codi de comerç, publicat pel Reial decret de 22 d'agost de 1885.

Aquest precepte regula el règim de presentació de comptes anuals consolidats de les societats que tenen la consideració de grup i defineix què s'ha d'entendre per grup. Concretament, l'apartat 1 disposa que:



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

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

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

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.

Així doncs, hi ha un grup d'empreses quan una societat té o pot tenir, directament o indirectament, el control d'una altra o d'altres. Aquest article identifica diverses situacions la concurrència d'alguna de les quals permet presumir que una societat en controla una altra.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya va afirmar, en l'Informe 13/2009, de 30 de setembre, que, d'acord amb aquest precepte i amb les directives comunitàries, les circumstàncies que han de concórrer per considerar que estam davant d'empreses vinculades, són les següents:

- L'existència d'un control o la simple possibilitat jurídica de poder influir en les decisions de la societat dominada o filial per part de la societat matriu, i



– la direcció unitària o efectiva de la societat matriu o la seva influència directa sobre les societats dominades o filials.

I que, en definitiva, es pot considerar que en el cas de les societats vinculades hi ha una societat dominant que irradia el seu poder sobre les altres i imposa la seva voluntat, i que s'estableix, en essència, una relació de dependència o filiació.

8. En l'àmbit comunitari, l'article 63 de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis – de la qual la normativa espanyola és transposició, i que ha estat derogada, amb efectes a partir del 18 d'abril de 2016, per la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE– conté, entre les normes aplicables als contractes adjudicats pels concessionaris que no són poders adjudicadors, una definició d'empreses vinculades en els termes següents:

Se entenderá por «empresa vinculada» cualquier empresa en la que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulan.

Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, se encuentre en una de las siguientes situaciones con respecto a otra empresa:

- a) tenga en su poder la mayoría del capital suscrito de la empresa; o bien
- b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o bien
- c) pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

S'ha de dir que ni la Directiva 2004/18/CE ni la Directiva 2014/24/UE no estableixen cap limitació a la possibilitat que empreses vinculades concorrin a un mateix procediment d'adjudicació, en línia amb les anteriors directives de contractació.

De fet, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha manifestat en les sentències de 19 de maig de 2009, dictada en l'assumpte C-538/07, i de 23 de desembre de 2009, dictada en l'assumpte C-376/2008, que, tot i que entén que una mesura d'aquest tipus té per objectiu evitar tota col·lusió potencial entre els participants



en un procediment i garantir així la igualtat de tracte i la transparència del procediment, seria contrari al dret comunitari que un estat membre aprovàs una disposició en què s'establís l'exclusió automàtica del procediment d'adjudicació d'un contracte públic de les empreses vinculades que hi concorrin per separat.

Concretament, la primera de les sentències esmentades manifesta que:

29 Por lo tanto, debe declararse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que extiende la prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas situaciones en las que la relación de control entre las empresas en cuestión no tiene incidencia alguna sobre su comportamiento en el marco de dicho procedimiento, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

30 Tal normativa, basada en una presunción iuris et de iure según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. I-1559, apartados 33 y 35, así como Michaniki, antes citada, apartado 62).

31 Procede señalar, a este respecto, 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. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, 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.

32 En este contexto, la cuestión de 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. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata,



debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos.

I conclou 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.

Així doncs, el Tribunal de Justícia considera que la presumpció que les empreses vinculades, pel mer fet de ser-ho, influeixen necessàriament en les ofertes respectives que es presentin en un mateix procediment d'adjudicació vulnera el principi de proporcionalitat, en la mesura que no s'atorga a aquestes empreses la possibilitat de demostrar que no s'ha produït aquesta influència. En conseqüència, s'ha de verificar cas per cas si la relació de control entre les empreses ha influït en el seu comportament en el procediment, cas en què sí que seria possible excloure les empreses de la licitació.

9. Com hem vist, tant la normativa espanyola com la comunitària preveuen que les empreses vinculades puguin participar en una mateixa licitació, llevat del cas que es tracti d'un contracte de concessió d'obra pública. Per tant, es pot afirmar, amb base en el criteri de la personalitat jurídica diferenciada, la literalitat del TRLCSP i la jurisprudència comunitària, que, amb caràcter general, no es prohibeix que dues o més empreses vinculades participin en un mateix procediment —llevat, com hem dit, que es tracti d'un contracte de concessió d'obra pública— i que, per tant, no es pot considerar que la participació d'aquestes empreses vulneri el principi de proposició única.

En aquest sentit, cal tenir el compte el contingut de les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea esmentades abans, com també diverses sentències espanyoles, com ara la Sentència de 23 de setembre de 2004 del Tribunal



Superior de Justícia de Canàries i la Sentència de 15 de gener de 2009 del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat de Madrid.

Altres sentències adopten un criteri més restrictiu i consideren que la presentació d'ofertes simultànies en un mateix procediment per part d'empreses vinculades constitueix un frau de llei i que, en conseqüència, s'han d'excloure automàticament del procediment. Aquestes opinions es fonamenten en el fet que les empreses vinculades formen una unitat de negoci que permet considerar que són un sol subjecte, i en el fet que s'ha de garantir el secret de les proposicions i el principi d'igualtat, i propugnen l'aplicació de la tècnica de l'"aixecament del vel", que té l'origen en la Sentència de 28 de maig de 1984 del Tribunal Suprem i que s'explica amb detall en la Sentència de 3 de juny de 2004 d'aquest mateix Tribunal. La finalitat d'aquesta tècnica es la de descobrir si sota l'aparença de la personalitat jurídica de societats o empreses aparentment diferents ens trobam en realitat davant una mateixa persona.

Dues sentències del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat de Madrid són representatives d'aquesta opinió.

El Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la Sentència de 8 de gener de 2007, manifesta, en relació amb l'article 80 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny —antecedent immediat de l'article 145.3 del TRLCSP—, que:

El sentido del precepto transcrito es garantizar que quienes participan como licitadores en las subastas y concursos para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, concurren en igualdad de condiciones, haciendo posible con ello el cumplimiento de los principios de igualdad y concurrencia que rigen de modo incondicionado en esta materia, entre otras razones por el principio de [igualdad] de trato que las Directivas europeas sobre contratos públicos exigen, igualdad de trato que pasa porque los licitadores tengan las mismas oportunidades e información, lo que supone que cada licitador pueda presentar una sola oferta, ya que en caso contrario el licitador que presenta más de una oferta se encuentra en una posición de ventaja sobre los licitadores que solo presentan una oferta, colocando de partida a estos últimos en una situación objetiva de desventaja, con el riesgo de manipulación del procedimiento de adjudicación por el licitador que hace más de una oferta mediante el uso de una de las ofertas que presenta con la finalidad de excluir las ofertas del resto de los licitadores, o con el exclusivo fin de restar puntuación a los demás licitadores. En esta sentido la efectividad del mandato del artículo 80 no solo impide que un mismo licitador, sea persona física o jurídica, presente en un determinado procedimiento de



adjudicación más de una proposición, sino que veda también que el mismo licitador haga más de una proposición mediante el mecanismo de interponer una o varias personas jurídicas que bajo la cobertura formal de la diferente personalidad jurídica, denominación social y patrimonio propio, distinta del resto de las personas físicas o jurídicas que concurren, permita en el fondo conseguir lo que el artículo prohíbe a saber, que cada licitador presente más de una oferta, lo que constituye un supuesto acabado de fraude de ley.

Para analizar si en un caso determinado las proposiciones que presentan dos personas jurídicas distintas en un mismo procedimiento de adjudicación, son en realidad varias proposiciones de un mismo licitador, la jurisprudencia acude ya 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, nos encontramos en realidad con una o varias personas físicas o jurídicas que son unas y las mismas en tales sociedades o empresas diferentes. En estos casos si se comprueba esa identidad, y al tiempo el Derecho aplicable impone o prohíbe por ejemplo que un mismo licitador presente en un determinado procedimiento de adjudicación de un contrato más de una proposición, la única forma de conseguir la efectividad de la prohibición o el mandato es levantar el velo que constituye la personalidad jurídica de cada sociedad, para averiguar si las personas que tienen el control y el dominio efectivo de las diferentes sociedades son las mismas, o en otras palabras si tras la pantalla de la distinta personalidad jurídica, se oculta un mismo licitador. Esa técnica del levantamiento del velo en el caso del artículo 80 del TRLCAP, permite la apreciación del control y dominio efectivo de las distintas sociedades licitadoras por la misma persona o sociedades, sin necesidad de hacerlo mediante un procedimiento o análisis rígido, bastando que el Juez o Tribunal concluyan que se da ese dominio y control efectivos mediante un análisis conjunto y racional de los datos de hecho existentes, que es como ha procedido la Sala para concluir que el control y dominio efectivo de Autocares Juliá, S.L. y de Camponevado, S.L., lo tienen las mismas personas.

El mateix Tribunal, en la Sentència de 29 d'octubre de 2007, amb referència al mateix precepte, manifesta que:

Así las cosas esta situación de creación, posesión de la totalidad del 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 alguna para [la] duda, que la sociedad filial, aunque goce de personalidad jurídica y patrimonio propios distintos de la sociedad matriz, no es [más] que un instrumento en manos de ésta 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 filial 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.

[...]

El artículo 80 dispone que cada licitador no podrá presentar más de una proposición, de forma que la cuestión a resolver es si dos sociedades con el grado de vinculación que acabamos de describir, pueden ser consideradas licitadores distintos, y la Sala concluye que si se entiende por licitador -en un procedimiento de concurrencia competitiva como son los concursos y las subastas- a aquel que presenta una proposición para que se le adjudique un contrato administrativo en un procedimiento en el que compite con otros licitadores que a su vez presentan sus propias ofertas - pues [es] la finalidad del artículo 80 del TRLCAP, la de conseguir que los licitadores concurren a la contratación en igualdad de condiciones-, en el presente caso la sociedad dominante y la filial constituyen un único licitador y no dos licitadores distintos, que por tanto al presentar dos ofertas da lugar a la consecuencia jurídica que establece el artículo 80 para estos casos esto es, la no admisión de las dos propuestas suscritas por ese único licitador.

Aquesta darrera Sentència és la que esmenta el recurrent en l'escrit de recurs.

10. L'empresa Ascensores Aspe, SA, a més d'afirmar en els escrits d'al·legacions que les empreses Zardoya Otis, SA, Ascensores Aspe, SA, i Ascensores Eguren, SA tenen personalitat jurídica diferent, gestors diferents, seus socials diferents, estan subjectes a convenis col·lectius diferents, no hi ha confusió entre els seus treballadors, no consoliden els balanços, tenen una política comercial diferent, amb marques i noms comercials diferents, i tenen títols habilitadors diferents, fa esment de la Resolució 527/2014, d'11 de juliol, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals. Aquesta Resolució manifesta el següent:

Octavo. Con cuanto antecede, este Tribunal no está negando la posibilidad de acudir a la doctrina del levantamiento del velo en los casos en los que, pese a concurrir entidades formalmente distintas entre sí, la existencia de las mismas sea meramente aparente, a modo de pantalla para disimular una realidad unitaria subyacente y conseguir un propósito



fraudulento (cfr.: SSTS, Sala I, 28 de mayo de 1984, 11 de noviembre de 1995, 31 de octubre de 1996 y 3 de junio de 2004, entre otras). En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, “para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad” (SSTS, Sala I, 5 de abril de 2001 y 27 de septiembre de 2006), lo que, en supuestos como en el ahora analizado, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador, a fin de aplicar las consecuencias que el TRLCSP y los pliegos respectivos pudieran prever para dicha hipótesis.

Obviamente, no rechazamos esta doctrina, basada en principios tan fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico como la equidad en la aplicación de las normas jurídicas (artículo 3.2 CC), la regla de la buena fe en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC), la prohibición del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2 CC) o, en fin, la negación de los efectos al fraude de ley (artículo 6.4 CC). Por el contrario, lo que aquí se mantiene es que 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 ellas como si fueran una sola. Esta tesis - que es, en último término, la que postula el recurso- es inasumible no sólo desde el punto de vista del TRLCSP, que admite que sociedades de un mismo grupo puedan concurrir a un mismo contrato, salvo que se trate del de concesión de obra pública (artículo 145.4 TRLCSP), sino desde la perspectiva del Derecho Comunitario, pues, como indica la STJCE, Sala Cuarta, de 19 de mayo de 2009 (C-538/07), éste:

<<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.>>

He ahí el dato decisivo, al que ha de atenderse: si las empresas actúan o no en la realidad de manera independiente. Para determinarlo, el órgano de contratación -y, en su caso, este Tribunal- podrá servirse de multitud de criterios tales como 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), etc., pero siempre teniendo 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 del velo.

Pues bien, en el caso que nos concierne, la recurrente se ha limitado a indicar que “THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.” y “ASEL ASCENSORES” forman parte de un mismo grupo empresarial, extremo que, como ya se ha dicho, no es negado por la primera, pero que no es suficiente para obviar la personalidad jurídica propia e independiente de las compañías en cuestión que proclaman los artículos 1 y 116 del Código de Comercio y 33 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). Para ello, y como impone el artículo 44.4 TRLCSP, debería haber indicado -y probado- las circunstancias o hechos que permitieran colegir la “inconsistencia de la personalidad jurídica” de aquéllas (STS, Sala I, 22 de noviembre de 2000) o que una u otra son sociedades “de solo fachada” (STS, Sala I, de 30 de julio de 2002), carga que no puede ser asumida por este Tribunal sin desnaturalizar los principios configuradores del recurso especial, y en particular el de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP), que exige que el recurrente individualice su pretensión y haga constar las razones en las que la sustente (cfr.: Resolución 300/2014).

Així doncs, amb aquests arguments el Tribunal s’oposa a una exclusió automàtica de les societats que formen part d’un grup empresarial.

11. Tot i que la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 29 d’octubre de 2007 es refereix a un cas molt semblant al cas objecte de recurs, tant pel que fa al tipus de relació entre les empreses del grup que participen en el procediment com perquè una de les empreses afectades és l’empresa Zardoya Otis, SA, també hi ha diferències, com ara que en el cas que analitza la Sentència l’altra empresa afectada havia estat creada per Zardoya Otis, SA, mentre que en el cas objecte de recurs l’empresa Ascensores Aspe, SA, era una empresa que ja operava en el sector amb anterioritat a l’adquisició per part de l’empresa Zardoya Otis, SA.

A més, malgrat que en el cas que ara ens ocupa s’ha acreditat que ambdues empreses formen part d’un mateix grup empresarial i que Zardoya Otis, SA, és l’empresa matriu del grup en el qual és Ascensores Aspe, SA, el recurrent no ha acreditat que en el procediment d’adjudicació a què es refereix el recurs la relació de control entre les empreses hagi influït en el contingut de les ofertes que han presentat, o que la personalitat jurídica d’Ascensores Aspe, SA, sigui inconsistent, o que aquesta empresa sigui una mera façana.



El Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte objecte de recurs disposa, en la clàusula 12.6, que cada interessat pot presentar només una oferta i, en la clàusula 14.1.1 g, que els licitadors han de presentar en el sobre núm. 1, que conté la documentació general de les empreses, la declaració expressa relativa al grup empresarial al qual pertany l'empresa i comprensiva de totes les societats que pertanyen a un mateix grup, en els termes que estableix l'article 42 del Codi de comerç, quan diverses empreses del grup participin en el procediment.

Per tant, atès que ni la normativa ni el Plec no prohibeixen que les empreses vinculades participin en un mateix procediment i que, a més, en aquest cas no s'ha acreditat que la relació de control entre Zardoya Otis, SA, i Ascensores Aspe, SA, hagi influït en el contingut de les ofertes que han presentat, es pot considerar que la participació d'ambdues empreses no ha vulnerat el principi de proposició única ni cap altre principi que regeixen la contractació pública.

12. Com ja hem vist, la normativa en matèria de contractació no prohibeix que dues empreses vinculades presentin sengles proposicions en un procediment d'adjudicació, sens perjudici que l'aplicació de la doctrina de l'"aixecament del vel" permeti determinar que realment actuen com un sol licitador. Tot i això, aquesta possibilitat —que dues empreses vinculades participin en un mateix procediment— s'ha d'analitzar també en vista de la normativa en matèria de defensa de la competència, atès que pot propiciar els acords col·lusoris entre licitadors.

Aquesta Junta Consultiva va analitzar les pràctiques col·lusòries en l'àmbit de la contractació en l'Informe 5/2013, de 15 de novembre, i va manifestar que la col·lusió entre licitadors o *bid rigging* es produeix quan diverses empreses es posen d'acord per fixar el preu o qualsevol altra condició comercial, o per repartir-se el mercat, amb l'objectiu d'obtenir més beneficis del procediment de contractació; mentre que, en absència d'aquesta col·lusió, els empresaris haurien competit sense compartir informació entre si.

El capítol 3 de la Guia sobre contractació pública i competència elaborada l'any 2011 per la Comissió Nacional de la Competència analitza i defineix la col·lusió entre licitadors, explica, entre altres aspectes, quines són les formes que pot adoptar la col·lusió entre els licitadors i quin tipus de tècniques s'utilitzen per dur-la a terme, i enumera una sèrie d'indicadors que poden ajudar els òrgans de contractació a detectar si hi ha hagut col·lusió entre els licitadors i a decidir si han d'iniciar una investigació detallada. Un d'aquests indicadors és precisament



la presentació d'ofertes per part de diverses empreses vinculades o d'un mateix grup. La Comissió afirma que, si bé aquesta situació pot estar permesa per la normativa, la pertinença a un mateix grup empresarial pot facilitar la coordinació de les seves estratègies.

La Guia per a la prevenció i detecció de la col·lusió en la contractació pública elaborada l'any 2010 per l'Autoritat Catalana de la Competència assenyalava que una de les variables que haurien de permetre ponderar la probabilitat real de col·lusió és la vinculació estructural entre empreses. Considera que les relacions entre empreses afavoreixen la col·lusió, principalment, perquè, d'una banda, les participacions creuades entre empreses i la presència creuada dels seus membres pot contribuir a incrementar els incentius de les empreses per maximitzar els beneficis conjuntament i, de l'altra, es facilitarà el control dels acords.

Cal recordar que l'única pauta d'actuació que el TRLCSP ofereix als òrgans de contractació que sospitin que les empreses que participen en un procediment han adoptat acords col·lusoris —amb independència que estiguin vinculades o no—, és la que preveu la disposició addicional vint-i-tresena, segons la qual ho han de posar en coneixement de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència.

En aquest sentit, no hi ha dubte que si en el cas que ens ocupa s'hagués apreciat que hi ha hagut una conducta col·lusòria, s'hauria d'haver posat en coneixement de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència. En qualsevol cas, això no afectaria a la resolució d'aquest recurs.

13. Un cop examinat el contingut del recurs, el Plec de clàusules administratives particulars, els documents que hi ha a l'expedient, el procediment seguit i la Resolució per la qual s'adjudica a Ascensores Aspe, SA, el contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases, no consta que l'òrgan de contractació hagi actuat de manera arbitrària, ni s'adverteix que el Plec de clàusules administratives particulars o la normativa hagin estat vulnerats en cap aspecte.

En conseqüència, no s'aprecia la concurrència de cap vici que pugui determinar la nul·litat de ple dret o l'anul·labilitat de la Resolució objecte del recurs.

Per tot això, dict el següent



Acord

1. Acumular els recursos especials en matèria de contractació interposats per l'empresa Industrial de Elevación, SA, contra l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació, i contra la Resolució d'adjudicació del contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases.
2. Inadmetre el recurs especial en matèria de contractació interposat contra l'acta de la Mesa de Contractació de qualificació d'ofertes avaluables amb criteris objectius i proposta d'adjudicació del contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases, atès que es tracta d'un acte de tràmit no qualificat que no és susceptible de recurs.
3. Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per Industrial de Elevación, SA, contra la Resolució del director gerent de l'Hospital Universitari Son Espases per la qual s'adjudica el contracte del servei de manteniment dels aparells elevadors dels centres del Sector Sanitari Ponent, dependents de l'Hospital Universitari Son Espases i, en conseqüència, confirmar l'acte.
4. Notificar aquest Acord a les persones interessades i al director gerent de l'Hospital Universitari Son Espases.

Interposició de recursos

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.