



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

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

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases

DCASE 2014/20218

– RES 23/2014: Acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación

– RES 24/2014: Resolución de adjudicación

Servicio de Salud de las Illes Balears – Hospital Universitario Son Espases

Recurrente: Industrial de Elevación, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 22 de agosto de 2014 por el que se inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Industrial de Elevación, SA contra el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación, y se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se adjudica el contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases

Hechos

1. El 10 de marzo de 2014 el director gerente del Hospital Universitario Son Espases aprobó el expediente de contratación, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares y la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases, por procedimiento abierto. El anuncio de licitación se publicó en el *Boletín Oficial de las Illes Balears* el 24 de abril.
2. El 16 de mayo de 2014 la Mesa de Contratación abrió los sobres que contenían la documentación de carácter general de las empresas que se presentaron a la licitación, y admitió a todas las empresas a la licitación. A continuación, abrió los sobres número 2 y 3, que contenían, respectivamente, la proposición económica y la proposición técnica, y, dado que las ofertas de las empresas



Malift, SL y Ascensores Aspe, SA tenían valores anormales o desproporcionados, acordó requerirlas para que justificasen su oferta.

3. El 20 de junio de 2014 la Mesa de Contratación se reunió para analizar el informe técnico sobre la justificación presentada por la empresa Ascensores Aspe, SA, valorar las ofertas evaluables mediante criterios objetivos y proponer la adjudicación del contrato. La Mesa aceptó la justificación de la empresa Ascensores Aspe, SA, excluyó a Malift, SL del procedimiento y propuso al órgano de contratación la adjudicación del contrato a Ascensores Aspe, SA.
4. El 7 de julio de 2014 el representante de la empresa Industrial de Elevación, SA presentó en Correos, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación, en el que solicitaba la exclusión de las ofertas presentadas por las empresas Ascensores Aspe, SA y Zardoya Otis, SA, dado que se trata de empresas vinculadas, y la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva el 10 de julio.
5. El 10 de julio de 2014 el director gerente del Hospital Universitario Son Espases adjudicó el contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases, a la empresa Ascensores Aspe, SA. Esta resolución se notificó a Industrial de Elevación, SA el 25 de julio.
6. El 28 de julio de 2014 el representante de la empresa Industrial de Elevación, SA presentó en Correos, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución por la que se adjudica el contrato. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva el 31 de julio.
7. De acuerdo con el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha dado audiencia a todos los interesados en el procedimiento. El 16 de julio y el 7 de agosto de 2014 el representante de la empresa Ascensores Aspe, SA presentó varios escritos de alegaciones, uno en relación con cada recurso.



Fundamentos de derecho

1. Los actos objeto de recurso son, por una parte, el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación y, por otra, la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se adjudica un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, tramitado por el Hospital Universitario Son Espases del Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Dado que se trata de actos no susceptibles del recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 40 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que sea procedente, que depende de si el acto administrativo impugnado pone fin o no a la vía administrativa.

Tal como disponen los artículos 107, 114 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los actos que ponen fin a la vía administrativa pueden ser recurridos potestativamente en reposición, mientras que los actos de trámite cualificado, que no ponen fin a la vía administrativa, pueden ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los ha dictado.

En este sentido, el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación es un acto de trámite que no tiene carácter de acto de trámite cualificado, ya que no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Por tanto, no puede interponerse ningún recurso en su contra y debe inadmitirse —sin necesidad de hacer ningún pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión que contenía este recurso, dado que difícilmente puede suspenderse o entenderse suspendido en vía de recurso un acto no susceptible de recurso. El recurso contra el acta trata una cuestión que debe alegarse o rebatirse en el momento en que se impugne la resolución que ponga fin al procedimiento, como así se ha hecho en este caso.



En cambio, la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se adjudica el contrato es un acto definitivo dictado por el órgano de contratación que pone fin a la vía administrativa y, en consecuencia, contra el mismo puede interponerse el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y lo tiene que resolver la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, de acuerdo con el apartado 13 del artículo 2 y el artículo 7 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea esta Junta Consultiva.

El artículo 73 de la Ley 30/1992 establece que:

El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

En este caso, como ya hemos dicho, los recursos interpuestos por la entidad recurrente se dirigen contra el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación y contra la Resolución por la que se adjudica el contrato, ambos actos relativos al mismo contrato de servicios, y se fundamentan en argumentos idénticos. Por tanto, de acuerdo con los principios de economía procesal y agilidad del procedimiento, es conveniente acumular los dos recursos, de manera que se sustancien en un único procedimiento y en una sola resolución.

2. El recurso especial en materia de contratación interpuesto por el representante de la empresa Industrial de Elevación, SA contra la Resolución por la que se adjudica el contrato se fundamenta en que, a su parecer, la adjudicación del contrato a la empresa Ascensores Aspe, SA no se ajusta a derecho, dado que tanto la empresa Ascensores Aspe, SA como la empresa Zardoya Otis, SA, que también ha participado en el procedimiento de adjudicación, son empresas vinculadas que pertenecen al mismo grupo empresarial, y, aunque posean personalidad jurídica distinta, deben considerarse como un solo licitador. Por tanto, el recurrente considera que el hecho de que cada una de ellas haya presentado una oferta constituye un fraude de ley y contraviene el artículo 145.3 del TRLCSP, que prohíbe que un licitador presente más de una oferta en un procedimiento de adjudicación.



En concreto, el recurrente alega lo siguiente:

– Las empresas Zardoya Otis, SA y Ascensores Aspe, SA son empresas vinculadas que pertenecen al mismo grupo empresarial en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, hecho que declararon ambas empresas en la documentación de carácter general que presentaron en el procedimiento.

– Ambas empresas son una misma empresa. Aunque poseen personalidad jurídica distinta, constituyen una única unidad de negocio, y, por tanto, deben considerarse como un solo licitador. El recurrente fundamenta esta afirmación en varios hechos.

Por una parte, en el hecho de que Zardoya Otis, SA tiene el control y dominio efectivo de Ascensores Aspe, SA, dado que el cien por cien de las acciones de Ascensores Aspe, SA son propiedad de Ascensores Eguren, SA, y el cien por cien de las acciones de Ascensores Eguren, SA pertenecen a Zardoya Otis, SA, y, por tanto, y, en definitiva, Zardoya Otis, SA posee todos los derechos de voto de Ascensores Aspe, SA. Además, el recurrente afirma que dado que el administrador único de Ascensores Aspe, SA es Ascensores Eguren, SA y a su vez el administrador único de Ascensores Eguren, SA es Zardoya Otis, SA, esta última empresa tiene el control absoluto de Ascensores Aspe, SA.

Por otra, en el hecho de que la actividad empresarial de Zardoya Otis, SA, Ascensores Aspe, SA, y Ascensores Eguren, SA es idéntica, según consta en los Estatutos de estas sociedades y en las últimas cuentas anuales de Zardoya Otis, SA.

Por otra, en el hecho de que Ascensores Aspe, SA tiene plena dependencia de Zardoya Otis, SA, como se desprende de las últimas cuentas anuales de Zardoya Otis, SA, en las que se cita aquella como una sociedad dependiente de esta.

– Un licitador no puede presentar más de una proposición en un procedimiento de adjudicación de un contrato. Por tanto, dado que Zardoya Otis, SA y Ascensores Aspe, SA son en realidad un mismo licitador, el hecho de que cada una de ellas haya presentado una oferta constituye un fraude de ley y contraviene lo dispuesto en el artículo 145.3 del TRLCSP, que prohíbe



que un licitador presente más de una oferta, por lo que procede excluir a ambas empresas del procedimiento.

El recurrente aporta varios informes sobre las empresas Ascensores Aspe, SA y Ascensores Eguren, SA —de los que se desprende, por una parte, que Ascensores Eguren, SA posee el cien por cien del capital de Ascensores Aspe, SA, que es su administrador único y que el objeto social de ambas empresas es similar pero no idéntico, y por otra, que Zardoya Otis, SA posee el cien por cien del capital de Ascensores Eguren, SA y que es su administrador único— y un extracto de las cuentas consolidadas de Zardoya Otis, SA —en las que figuran como empresas dependientes Ascensores Aspe, SA y Ascensores Eguren, SA—, y cita, en defensa de sus argumentos, la Sentencia de 29 de octubre de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se pronuncia en un caso muy parecido al caso objeto de recurso —que afectó a la empresa Zardoya Otis, SA—, en el sentido de que la participación de una sociedad matriz y una sociedad filial en un mismo procedimiento de contratación equivale a la presentación de un solo licitador.

Debe decirse que el extracto de las cuentas consolidadas de Zardoya Otis, SA que aporta el recurrente coincide con el contenido de la declaración responsable que presentó Zardoya Otis, SA en el sobre de documentación general, en la que manifiesta que es la empresa matriz de un grupo en el que se integran, entre otras, las empresas Ascensores Aspe, SA y Ascensores Eguren, SA.

Finalmente, el recurrente afirma que la adjudicación del contrato es nula, dado que se ha producido antes de que se haya resuelto expresamente el recurso especial en materia de contratación que interpuso contra el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación, de manera que se ha incumplido el artículo 45 del TRLCSP.

Respecto de esta última alegación, debe decirse que el precepto invocado —que dispone que una vez interpuesto el recurso especial en materia de contratación, si el acto objeto de recurso es el de adjudicación, queda en suspenso la tramitación del expediente de contratación— no es aplicable al caso, dado que ni el recurso especial en materia de contratación interpuesto es el previsto en el artículo 40 del TRLCSP ni el acto objeto de impugnación era la adjudicación del contrato.

Por todo ello, el recurrente solicita que se anule la adjudicación del contracte.



3. El representante de la empresa Ascensores Aspe, SA, adjudicataria del contrato, presentó varios escritos de alegaciones, uno en relación con cada uno de los recursos presentados por el representante de la empresa Industrial de Elevación, SA.

En el primer escrito de alegaciones el representante de la adjudicataria manifiesta que su capital social está íntegramente controlado por Ascensores Eguren, SA, que forma parte del grupo Zardoya Otis, SA, pero que las tres empresas tienen personalidad jurídica diferente, gestores diferentes, sedes sociales diferentes, están sujetas a convenios colectivos diferentes y no existe confusión entre sus trabajadores. Además, afirma que no consolidan sus balances, tienen una política comercial diferente, con marcas y nombres comerciales diferentes, y tienen títulos habilitantes diferentes. Entiende que la pretensión de considerar a Ascensores Aspe, SA y a Zardoya Otis, SA como un solo licitador rompe los principios mercantiles y registrales. Aporta, en defensa de sus argumentos, la Resolución 527/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En el segundo escrito, el representante de la adjudicataria manifiesta que Ascensores Aspe, SA y Zardoya Otis, SA no son el mismo licitador, sino que son dos empresas dotadas de personalidad jurídica diferente, y que, por tanto, no puede considerarse que sus ofertas las haya formulado un mismo licitador, motivo por el cual considera que el recurso debe desestimarse. Además, manifiesta que el artículo 145.4 del TRLCSP no prohíbe que las empresas de un grupo participen en un mismo procedimiento de adjudicación, sino que lo que prohíbe es que la participación de empresas de un grupo distorsione la competencia mediante la formulación de ofertas temerarias o desmedidas. Seguidamente, se extiende en consideraciones sobre las ofertas con valores anormales o desproporcionados que nada tienen que ver con el recurso y concluye que dado que las ofertas presentadas por Ascensores Aspe, SA y Zardoya Otis, SA no son temerarias no puede excluirse la oferta de Ascensores Aspe, SA, y que, además, el recurrente no ha acreditado que se haya alterado o distorsionado la competencia.

4. La cuestión de fondo que se plantea en el caso objeto de recurso es determinar si dos empresas vinculadas en los términos establecidos en el Código de Comercio pueden presentar sendas proposiciones en un mismo procedimiento de contratación o si, en caso de que lo hagan, deben considerarse como un único licitador y, por tanto, de acuerdo con el artículo 145 del TRLCSP, debe excluirseles del procedimiento.



Pasemos a analizar a continuación los preceptos que regulan esta cuestión y los diferentes pronunciamientos al respecto.

5. El artículo 145 del TRLCSP, bajo el epígrafe “Proposiciones de los interesados”, regula diversas cuestiones relativas a las proposiciones, de entre las cuales cabe destacar, a efectos de resolver el recurso, los apartados 3 y 4, que se refieren, respectivamente, al principio de proposición única y a la presentación de ofertas por parte de empresas vinculadas.

El principio de proposición única, tradicional en el derecho español de la contratación pública, supone que, como regla general, cada licitador solo puede presentar una proposición. El apartado 3 del artículo 145 recoge este principio, así como diversas precisiones al mismo, en los siguientes términos:

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

La finalidad de este principio es la de garantizar que los que participan como licitadores en un procedimiento de adjudicación de un contrato concurren en igualdad de condiciones, de manera que se cumplan los principios de concurrencia, transparencia y secreto de las proposiciones que rigen en materia de contratación pública, principios que podrían verse afectados si un licitador puede presentar más de una oferta, dado que este hecho lo colocaría en una situación objetiva de ventaja en relación con el resto de licitadores y podría favorecer la manipulación del procedimiento y de la adjudicación del contrato.

Además, debe tenerse en cuenta que el contrato debe adjudicarse a la oferta más ventajosa y que un mismo licitador no puede presentar al mismo tiempo dos o más ofertas más ventajosas porque no puede licitar contra sí mismo, como han señalado el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en la Sentencia de 29 de julio de 2002 y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución 3/2012, de 18 de enero. Y que la presentación de varias ofertas por un mismo licitador puede tener como finalidad la de excluir otras ofertas o la de disminuir la puntuación del resto de



licitadores, y poner así en peligro el cumplimiento del mandato de adjudicar el contrato a la oferta que mejor satisfaga el interés general.

En consecuencia, el TRLCSP prevé, como efecto de la vulneración del principio de proposición única, la no admisión de todas las ofertas presentadas por el mismo licitador.

Llegados a este punto, el problema que plantea este precepto es determinar cuándo nos hallamos ante un solo licitador.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha adoptado el criterio de la personalidad jurídica diferenciada para considerar que no hay proposiciones simultáneas, y se ha pronunciado sobre esta cuestión en los informes 56/99, de 21 de diciembre, 32/05, de 26 de octubre, 53/07, de 24 de enero de 2008, y 48/11, de 1 de marzo de 2012. En concreto, en el Informe 53/07 manifestó lo siguiente:

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.

Sin embargo, como veremos más adelante, este criterio puede quedar desvirtuado por medio de la técnica del “levantamiento del velo”, de construcción jurisprudencial.

6. La presentación de ofertas por parte de empresas vinculadas se regula en el apartado 4 del artículo 145 del TRLCSP, que dispone lo siguiente:

En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación



de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

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

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

Así pues, de acuerdo con este precepto, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas tiene consecuencias jurídicas diferentes en función del tipo de contrato de que se trate. En el caso de los contratos de concesión de obra pública este hecho determina la exclusión del procedimiento de las ofertas de las empresas vinculadas, mientras que en el resto de contratos el único efecto que prevé está relacionado con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados que se haya previsto reglamentariamente. Por tanto, no prevé como consecuencia la exclusión de las ofertas.

Esta interpretación está en la línea de lo previsto en la legislación de contratos anteriormente vigente, que había sido objeto de análisis por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en los informes 56/99, de 21 de diciembre, 32/05, de 26 de octubre, y 53/07, de 24 de enero de 2008, citados en el fundamento de derecho anterior, así como en los informes 34/12 y 35/12, ambos de 14 de diciembre, en relación con la normativa actualmente vigente.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2011, en la que manifiesta lo siguiente:

Es más, tanto de lo previsto en los artículos 83.3 y 86.4 del Texto Refundido [de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], 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 aquélla el concurso, el precio ofertado fuera uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación.



Debe decirse que, aún así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado apunta, en el Informe 35/12, que el hecho de que dos o más empresas de un mismo grupo concurren en un procedimiento puede generar la sospecha de que con ello se pretende conseguir un fin contrario a los principios que inspiran la normativa en materia de contratación pública.

Dado que el apartado 4 de artículo 145 del TRLCSP no ha sido objeto de desarrollo reglamentario específico, hay que estar a lo que dispone el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyo artículo 86, bajo el epígrafe “Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo”, dispone lo siguiente:

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley [de Contratos de las Administraciones Públicas], cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.
2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.
3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.
4. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

Por tanto, en caso de que en determinados licitadores que participan en un mismo procedimiento de adjudicación concurre alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio, solo debe tenerse en cuenta, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas



desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja de las presentadas por las empresas vinculadas.

En definitiva, puede afirmarse que la normativa en materia de contratación permite que las empresas vinculadas presenten ofertas diferentes en un procedimiento de adjudicación, excepto en el caso de que se trate de un contrato de concesión de obra pública, y regula cuáles son las consecuencias jurídicas de este hecho, que se circunscriben al ámbito de la apreciación de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

7. El concepto de empresas vinculadas se halla en el apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio, publicado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

Este precepto regula el régimen de presentación de cuentas anuales consolidadas de las sociedades que tienen consideración de grupo y define qué debe entenderse por grupo. En concreto, el apartado 1 dispone 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.

Así pues, existe un grupo de empresas cuando una sociedad tiene o puede tener, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Este artículo identifica diversas situaciones cuya concurrencia permite presumir que una sociedad controla a otra.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña afirmó, en el Informe 13/2009, de 30 de septiembre, que, de acuerdo con este precepto y con las directivas comunitarias, las circunstancias que deben concurrir para considerar que estamos ante empresas vinculadas, son las siguientes:

- La existencia de un control o la simple posibilidad jurídica de poder influir en las decisiones de la sociedad dominada o filial por parte de la sociedad matriz, y
- la dirección unitaria o efectiva de la sociedad matriz o su influencia directa sobre las sociedades dominadas o filiales.

Y que, en definitiva, puede considerarse que en el caso de sociedades vinculadas existe una sociedad dominante que irradia su poder sobre las otras e impone su voluntad, y que se establece, en esencia, una relación de dependencia o filiación.

8. En el ámbito comunitario, el artículo 63 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios —de la que la normativa española es transposición, y que ha sido derogada, con efectos a partir del 18 de abril de 2016, por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE— contiene, entre las normas aplicables a los contratos adjudicados por los concesionarios que no son poderes adjudicadores, una definición de empresas vinculadas en los siguientes términos:

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.

Debe decirse que ni la Directiva 2004/18/CE ni la Directiva 2014/24/UE establecen limitación alguna a la posibilidad de que empresas vinculadas concurren a un mismo procedimiento de adjudicación, en línea con las anteriores directivas de contratación.

De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en las sentencias de 19 de mayo de 2009, dictada en el asunto C-538/07, y de 23 de diciembre de 2009, dictada en el asunto C-376/2008, que, aunque entiende que una medida de este tipo tiene por objetivo evitar toda colusión potencial entre los participantes en un procedimiento y garantizar así la igualdad de trato y la transparencia del procedimiento, sería contrario al derecho comunitario que un estado miembro aprobase una disposición en que se estableciese la exclusión automática del procedimiento de adjudicación de un contrato público de las empresas vinculadas que concurren al mismo por separado.

En concreto, la primera de las sentencias citadas manifiesta 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.

Y 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 dicha licitación.

Así pues, el Tribunal de Justicia considera que la presunción de que las empresas vinculadas, por el mero hecho de serlo, influyen necesariamente en las



respectivas ofertas que se presenten en un mismo procedimiento de adjudicación vulnera el principio de proporcionalidad, en la medida en que no se otorga a estas empresas la posibilidad de demostrar que no se ha producido esta influencia. En consecuencia, debe verificarse caso por caso si la relación de control entre las empresas ha influido en su comportamiento en el procedimiento, en cuyo caso sí sería posible excluir a las empresas de la licitación.

9. Como hemos visto, tanto la normativa española como la comunitaria prevén que las empresas vinculadas puedan participar en una misma licitación, excepto en el caso de que se trate de un contrato de concesión de obra pública. Por tanto, puede afirmarse, con base en el criterio de la personalidad jurídica diferenciada, la literalidad del TRLCSP y la jurisprudencia comunitaria, que, con carácter general, no se prohíbe que dos o más empresas vinculadas participen en un mismo procedimiento —salvo, como hemos dicho, que se trate de un contrato de concesión de obra pública— y que, por tanto, no puede considerarse que la participación de estas empresas vulnere el principio de proposición única.

En este sentido, es necesario tener en cuenta el contenido de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anteriormente citadas, así como varias sentencias españolas, como por ejemplo la Sentencia de 23 de septiembre de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y la Sentencia de 15 de enero de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

Otras sentencias adoptan un criterio más restrictivo y consideran que la presentación de ofertas simultáneas en un mismo procedimiento por parte de empresas vinculadas constituye un fraude de ley y que, en consecuencia, deben excluirse automáticamente del procedimiento. Estas opiniones se fundamentan en que las empresas vinculadas forman una unidad de negocio que permite considerar que son un solo sujeto, y en que debe garantizarse el secreto de las proposiciones y el principio de igualdad, y propugnan la aplicación de la técnica del “levantamiento del velo”, que tiene su origen en la Sentencia de 28 de mayo de 1984 del Tribunal Supremo y que se explica con detalle en la Sentencia de 3 de junio de 2004 de este mismo Tribunal. La finalidad de esta técnica es la de descubrir si bajo la apariencia de la personalidad jurídica de sociedades o empresas aparentemente diferentes estamos en realidad ante una misma persona.

Dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid son representativas de esta opinión.



El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 8 de enero de 2007, manifiesta, en relación con el artículo 80 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio —antecedente inmediato del artículo 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, SL y de Camponevado, SL, lo tienen las mismas personas.

El mismo Tribunal, en la Sentencia de 29 de octubre de 2007, en referencia al mismo precepto, manifiesta 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.

Esta última Sentencia es la que cita el recurrente en el escrito de recurso.

10. La empresa Ascensores Aspe, SA, además de afirmar en sus escritos de alegaciones que las empresas Zardoya Otis, SA, Ascensores Aspe, SA y Ascensores Eguren, SA tienen personalidad jurídica diferente, gestores diferentes, sedes sociales diferentes, están sujetas a convenios colectivos diferentes, no existe confusión entre sus trabajadores, no consolidan sus balances, tienen una política comercial diferente, con marcas y nombre comerciales diferentes, y tienen títulos habilitantes diferentes, menciona la Resolución 527/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Esta Resolución manifiesta lo siguiente:

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, SL” 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).

Así pues, con estos argumentos el Tribunal se opone a una exclusión automática de las sociedades que forman parte de un grupo empresarial.

11. A pesar de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de octubre de 2007 se refiere a un caso muy parecido al caso objeto de recurso, tanto por lo que respecta al tipo de relación entre las empresas del grupo que participan en el procedimiento como porque una de las empresas afectadas es la empresa Zardoya Otis, SA, también existen diferencias, tales como que en el caso analizado por la Sentencia la otra empresa afectada había sido creada por Zardoya Otis, SA, mientras que en el caso objeto de recurso la empresa Ascensores Aspe, SA era una empresa que ya operaba en el sector con anterioridad a su adquisición por parte de la empresa Zardoya Otis, SA.

Además, a pesar de que en el caso que ahora nos ocupa se ha acreditado que ambas empresas forman parte de un mismo grupo empresarial y que Zardoya Otis, SA es la empresa matriz del grupo en el que se incluye Ascensores Aspe, SA, el recurrente no ha acreditado que en el procedimiento de adjudicación a que se refiere el recurso la relación de control entre las empresas haya influido en el contenido de las ofertas presentadas, o que la personalidad jurídica de Ascensores Aspe, SA sea inconsistente, o que esta empresa sea una mera fachada.

El pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato objeto de recurso dispone, en la cláusula 12.6, que cada interesado puede presentar solo una oferta y, en la cláusula 14.1.1 g, que los licitadores deben presentar en el sobre núm. 1, que contiene la documentación general de las empresas, la declaración expresa relativa al grupo empresarial al que pertenece la empresa y comprensiva de todas las sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, cuando varias empresas del grupo participen en el procedimiento.

Por tanto, dado que ni la normativa ni el pliego prohíben que las empresas vinculadas participen en un mismo procedimiento y que, además, en este caso no se ha acreditado que la relación de control entre Zardoya Otis, SA y Ascensores Aspe, SA haya influido en el contenido de las ofertas que han presentado, puede considerarse que la participación de ambas empresas no ha



vulnerado el principio de proposición única ni ningún otro principio de los que rigen la contratación pública.

12. Como ya hemos visto, la normativa en materia de contratación no prohíbe que dos empresas vinculadas presenten sendas proposiciones en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” permita determinar que realmente actúan como un solo licitador. Aun así, esta posibilidad —que dos empresas vinculadas participen en un mismo procedimiento— debe analizarse también a la vista de la normativa en materia de defensa de la competencia, dado que puede propiciar los acuerdos colusorios entre licitadores.

Esta Junta Consultiva analizó las prácticas colusorias en el ámbito de la contratación en el Informe 5/2013, de 15 de noviembre, y manifestó que la colusión entre licitadores o *bid rigging* se produce cuando varias empresas se poden de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener más beneficios del procedimiento de contratación; mientras que, en ausencia de esta colusión, los empresarios habrían competido sin compartir información entre ellos.

El capítulo 3 de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia elaborada en el año 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia analiza y define la colusión entre licitadores, explica, entre otros aspectos, cuáles son las formas que puede adoptar la colusión entre los licitadores y qué tipos de técnicas se utilizan para llevarla a cabo, y enumera una serie de indicadores que pueden ayudar a los órganos de contratación a detectar si ha habido colusión entre los licitadores y a decidir si deben iniciar una investigación detallada. Uno de estos indicadores es precisamente la presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo. La Comisión afirma que, si bien esta situación puede estar permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.

La Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública elaborada en el año 2010 por la Autoridad Catalana de la Competencia señala que una de las variables que tendrían que permitir ponderar la probabilidad real de colusión es la vinculación estructural entre empresas. Considera que las relaciones entre empresas favorecen la colusión, principalmente, porque, por una parte, las participaciones cruzadas entre empresas y la presencia cruzada de sus miembros puede contribuir a incrementar los incentivos de las empresas para



maximizar los beneficios conjuntamente y, por otra, se facilitará el control de los acuerdos.

Es necesario recordar que la única pauta de actuación que el TRLCSP ofrece a los órganos de contratación que sospechen que las empresas que participan en un procedimiento han adoptado acuerdos colusorios —con independencia de que estén vinculadas o no—, es la prevista en la disposición adicional vigésima tercera, según la cual deben poner este hecho en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En este sentido, no cabe duda de que si en el caso que nos ocupa se hubiese apreciado que ha habido una conducta colusoria, tendría que haberse puesto en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En cualquier caso, ello no afectaría a la resolución de este recurso.

13. Una vez examinado el recurso, el pliego de cláusulas administrativas particulares, los documentos que obran en el expediente, el procedimiento seguido y la Resolución por la que se adjudica a Ascensores Aspe, SA el contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases, no consta que el órgano de contratación haya actuado de manera arbitraria, ni se advierte que el pliego de cláusulas administrativas particulares o la normativa hayan sido vulnerados en ningún aspecto.

En consecuencia, no se aprecia la concurrencia de ningún vicio que pueda determinar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de la Resolución objeto de recurso.

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la empresa Industrial de Elevación, SA contra el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación, y contra la Resolución de adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases.



2. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el acta de la Mesa de Contratación de calificación de ofertas evaluables con criterios objetivos y propuesta de adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases, dado que se trata de un acto de trámite no cualificado que no es susceptible de recurso.
3. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Industrial de Elevación, SA contra la Resolución del director gerente del Hospital Universitario Son Espases por la que se adjudica el contrato del servicio de mantenimiento de los aparatos elevadores de los centros del Sector Sanitario Ponent, dependientes del Hospital Universitario Son Espases y, en consecuencia, confirmar el acto.
4. Notificar este Acuerdo a las personas interesadas y al director gerente del Hospital Universitario Son Espases.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.