

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 10 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Comsa Service Facility Management, S.A.U. (en adelante, Comsa) contra el Acuerdo del Rector de la Universidad Complutense de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2022, por la que clasifica las ofertas presentadas a la licitación del Lote 1 del contrato de “*Servicios de mantenimiento de las instalaciones térmicas (climatización, calefacción, ventilación y producción de ACS) de diversos centros de la Universidad Complutense de Madrid*”, número de expediente PA 43/21 referencia 2021/004424, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante de la Universidad Complutense de Madrid alojado en la Plataforma del Contrato del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 4 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.814.011,46 euros y su plazo de

duración será de dos años, con posibilidad de prórroga por otros dos años más.

A la presente licitación del lote 1 se presentaron 16 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado 1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige esta licitación.

“División en Lote: Si

Lote	Denominación
1	<i>Campus de Moncloa, Ciencias y Veterinaria</i>
2	<i>Campus de Moncloa, Salud y Letras</i>
3	<i>Campus de Somosaguas</i>
4	<i>Colegios Mayores y Urbanos</i>

Número de Lotes a los que se podrá presentar oferta: 4

Número de Lotes en los que se podrá ser adjudicatario: 1

Se podrá presentar oferta para uno, varios o todos los lotes pero cada licitador solo podrá resultar adjudicatario de un (1) lote como máximo, salvo que sea el único licitador en alguno de los lotes o que todos los licitadores con ofertas válidas sean ya adjudicatarios de algún lote y queden lotes por adjudicar.

La adjudicación se realizará a favor de la oferta que haya obtenido mayor puntuación en cada lote, de conformidad con el orden de preferencia indicado por el licitador en su oferta”.

Con fecha 14 de febrero de 2022, el órgano de contratación clasifica las ofertas. Siendo Elecnor Servicios y Proyectos, S.A.U. el primer clasificado en los lotes 1 y 4, opta por el último de éstos pasando a ser primer clasificado del lote 1 Genera Quatro S.L., empresa perteneciente al grupo empresarial Grupo Gimeno.

Tercero.- El 3 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Comsa en el

que solicita la exclusión de las ofertas presentadas por Genera Quatro S.L. y Fovasa Mantenimiento y Limpieza S.A.U., por infracción del art. 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

El 7 de marzo de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- Solicitada por el recurrente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, a la que se opone el órgano de contratación, este Tribunal no se manifiesta al respecto al entrar directamente a dictar Resolución.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP y no existir aun expectativa de derecho alguno en el primer clasificado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en tercer, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de

la LCSP), estando su recurso dirigido contra los dos clasificados en mejor puesto que él.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 14 de febrero de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 3 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se limita a solicitar la exclusión de las ofertas presentadas por Genera Quatro S.L. y Fovasa Mantenimiento y Limpieza S.A.U., al considerar el recurrente que han infringido el artículo 139.3 de la LCSP.

Manifiesta que es admitido por Tribunales especiales y Tribunales de Justicia, la posibilidad de que distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, puedan presentar de forma individualizada ofertas a un mismo contrato. Pero no es admitido que dos empresas se concierten para, bajo la apariencia de concurrir como licitadores diferentes actuar en realidad como uno solo.

Considera el recurrente que existe un indicio de concertación de las ofertas, no solo en la pertenencia de ambas empresas al mismo grupo, cuestión conocida y comunicada desde el inicio de la licitación, sino y más importante por la similitud de ambas propuestas.

Pone de manifiesto tanto los méritos valorables como las ofertas económicas

de ambas empresas en todos los lotes en los que participan, concluyendo que unas y otras apenas se separan en unas cuantas decenas de euros.

Por todo ello considera que ambas empresas han actuado bajo una misma y única dirección de negocio, por lo que han infringido el principio de oferta única recogido en el art. 139.3 de la LCSP y en consecuencia deben ser excluidas de la licitación.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en relación a la coincidencia de las ofertas, que todas las propuestas de los licitadores han sido muy semejantes, siendo muy poca la diferencia de puntuaciones alcanzadas por todos ellos. Por lo cual no considera en ningún momento que se hayan concatenado para lograr una determinada puntuación.

Trae a colación para justificar la correcta admisión de ambas ofertas el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 1/2019.

Tal y como hemos manifestado en nuestra Resolución 221/2021, de 20 de mayo: *“Siendo admitida la participación en una licitación de distintas empresas aunque pertenezcan al mismo grupo empresarial, en el caso concreto que nos ocupa, no se puede invocar la unidad de negocio para solicitar la exclusión de la oferta, por lo que mantienen su criterio de admisión.*

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

Cuestión distinta sería, que se acredite, tras la apertura de las ofertas, la existencia de un fraude de ley, por acreditarse una unidad de negocio que permita considerar un solo operador económico, en cuyo caso se incumpliría la previsión de prohibición de más de una oferta.(...)

La reciente STJUE de 8 de febrero de 2018, asunto C-144/17, Lloyd's of London, en su considerando 38 indica: "Así pues, el respeto del principio de proporcionalidad exige el examen y la apreciación de los hechos por parte del poder adjudicador, a fin de determinar si la relación existente entre dos entidades ha influido concretamente en el contenido respectivo de las ofertas presentadas en un mismo procedimiento de adjudicación pública. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para que dichas empresas puedan ser excluidas del procedimiento de adjudicación (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, EU:C:2009:317, apartado 32). (...)

Para el TJUE no es conforme a derecho comunitario que una norma nacional prevea la exclusión sistemática del procedimiento de contratación por el simple hecho de que los licitadores sean empresas vinculadas. Se deberá analizar caso por caso y en profundidad la vinculación existente entre las empresas del grupo que participan en el mismo concurso, al objeto de detectar si se trata en realidad de varias proposiciones de un mismo licitador".

Merece destacar el informe nº 1/2019, de 6 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón que establece: *"El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de facilitar a todos los licitadores su concurrencia en condiciones de igualdad, evitando la posibilidad de favorecer situaciones de ventaja de alguno de ellos o los riesgos de manipulación del procedimiento. Como se señala en la Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: « la prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más*

económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo».

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

El concepto de licitador viene determinado por su personalidad jurídica. Una misma persona física o jurídica no puede presentar más de una proposición (fuera de las excepciones previstas en el propio artículo 139.3 LCSP). Dicho de otra forma, con carácter general, «... cualquier licitador con capacidad y solvencia puede concurrir a una licitación, con la única limitación de que no puede presentar doble oferta» (Acuerdo 52/2015, de 28 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En definitiva, es el requisito de la existencia o no de una diferente personalidad jurídica el que debe ser tenido en cuenta para valorar si en una licitación concurren proposiciones simultáneas con vulneración del principio de proposición única.

Ahora bien, es evidente la gran complejidad que pueden alcanzar las relaciones entre empresas en un sistema basado en la economía de mercado. Estas relaciones pueden plantearse bajo formas diversas y con objetivos también dispares y pueden conllevar el establecimiento de vínculos o conexiones de distinto alcance e intensidad entre empresas o grupos de empresas.

A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado el principio de que el Derecho de la Unión «... no prevé una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí presenten ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos» (STJUE -Sala Cuarta- de 17 de mayo de 2018, Asunto C-531/16) y ello por razón del interés prevalente de la Unión Europea en que se garantice la más amplia participación posible de licitadores en los procedimientos de contratación pública.

Una prohibición formulada en tal sentido, a modo de «... presunción iuris et de iure según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente...» vulneraría el principio de proporcionalidad por no conceder a dichas empresas licitadoras «... la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas

que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores ...» (STJUE -Sala Cuarta- de 19 de mayo de 2009, Asunto C-538/07, Assitur Srl). Y ello es así, de acuerdo con esta sentencia, porque cabe la posibilidad de que empresas con ciertos grados de vinculación o control gocen, no obstante, de cierto grado de autonomía en el ejercicio de su política comercial y de su actividad económica de modo que «... las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación».

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

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

En consonancia con ello, de acuerdo con el informe 35/2012, de 14 de diciembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y sin perjuicio de las consecuencias que resulten en relación con el régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados, cabe afirmar que «... la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas... no supone la exclusión del procedimiento de las mismas». Cabe concluir por tanto que, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y también con el derecho español, las empresas vinculadas entre sí o que formen parte de un grupo empresarial pueden concurrir a una misma licitación pública».

Habiendo quedado acreditado que las propuestas no han sido formuladas con el fin de alterar la competencia o incluir prácticas colusorias, pues son muy similares a las efectuadas por el resto de los licitadores, consideramos que la admisión de estas ofertas es concordante con la legalidad vigente y su interpretación, por lo que en base a todo ello se desestima el recurso planteado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Comsa Service Facility Management, S.A.U., contra el Acuerdo del Rector de la Universidad Complutense de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2022, por la que clasifica las ofertas presentadas a la licitación del Lote 1 del contrato de servicios “*Servicios de mantenimiento de las instalaciones térmicas (climatización, calefacción, ventilación y producción de ACS) de diversos centros de la Universidad Complutense de Madrid*”, número de expediente PA 43/21 referencia 2021/004424.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.