

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

En Madrid, a 20 de mayo de 2021

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Consultora de Ingeniería y Empresa, S.L., Gestión Integral del Suelo, S.L. y Omicron Amepro, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 12 de abril de 2021 por el que se acuerda la exclusión de las citadas empresas del procedimiento de contratación en los 8 lotes del acuerdo marco de servicios de “Redacción de proyectos de obras de la Dirección General de Conservación de Vías Públicas (8 lotes)”, número de expediente 300/20520/00618 promovido por el Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 9 de enero de 2021 en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 8 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 3.797.628,04 euros y su plazo de duración será de 24 meses

A la presente licitación se presentaron 26 licitadores, entre ellos las recurrentes

Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el apartado 1 del anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el que se establece:

“

“Número máximo de lotes a que los licitadores podrán presentar ofertas: a todos los lotes.

Limitación del número de lotes a adjudicar: SI

Número de lotes que como máximo se pueden adjudicar a un solo licitador: 1”.

Segundo.- Con fecha 1 de febrero de 2021, se celebra sesión de la mesa de contratación para la descryptación de las ofertas presentadas y del archivo que contiene la declaración sobre el cumplimiento de los requisitos previos a esta licitación.

Admitidas todas las empresas, se procede a la apertura del segundo de los archivos presentados por cada una de ellas que contienen la propuesta que versa sobre los criterios que precisan para su calificación de un juicio de valor.

Con fecha 24 de marzo se emite y conoce la mesa de contratación el informe técnico suscrito por la Subdirección General de Conservación de Vías Públicas en el que se comparan las propuestas efectuadas por las tres empresas recurrentes en el que se concluye que las ofertas técnicas presentadas en relación con los criterios no valorables en cifras o porcentajes por las referidas empresas en cada lote, son idénticas, en forma y contenido, ofertando el mismo personal y organigrama para la ejecución de los trabajos, por lo que se considera que las mismas podrían no ser independientes.

Una vez analizado el citado informe, la mesa de contratación acuerda dar traslado del mismo a las hoy recurrentes y conceder un plazo de cinco días hábiles para que formulen las alegaciones y aporten los medios de prueba en contra que consideren, notificándose a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el informe y acuerdo de la mesa de contratación en la misma fecha.

Con fecha 31 de marzo de 2021, dentro del plazo concedido, las citadas empresas presentan, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, las correspondientes alegaciones, cuyo contenido es analizado en la sesión de la mesa de contratación de fecha 9 de abril de 2021, en la que se adopta acuerdo en el sentido de proceder a la apertura del sobre C, de criterios evaluables automáticamente.

La mesa de contratación en su sesión de 12 de abril de 2021 acuerda la exclusión del procedimiento de las citadas empresas, siendo notificado este Acuerdo el día 13 de abril de 2021 a las hoy recurrentes.

Tercero.- El 4 de mayo de 2021 tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por las representaciones legales de Consultora de Ingeniería y Empresa, S.L., Gestión Integral del Suelo, S.L. y Omicron Amepro, S.A., en el que solicita la anulación del acuerdo de la mesa de contratación por el cual se excluye a las tres empresas de la licitación.

El 10 de mayo de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 (LCSP).

Cuarto.- No procede conocer la solicitud de medidas provisionales efectuada por los recurrentes al resolverse directamente los recursos planteados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.- Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, al tratarse de personas jurídicas excluidas de la licitación *“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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación

coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 12 de abril de 2021, notificado al día siguiente e interpuestos los recursos, en este Tribunal, el 4 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.

Sexto.- En cuanto al fondo de los recursos, los recurrentes manifiestan que tras las alegaciones efectuadas ante la mesa de contratación, esta ha acordado su inadmisión por ser las tres pertenecientes a un mismo grupo empresarial.

Consideran en consecuencia, que la pertenencia a un mismo grupo empresarial no es motivo suficiente para la exclusión de las ofertas e invoca la abundante y conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la admisibilidad de ofertas formuladas por empresas que pertenezcan a un mismo grupo empresarial. Invoca también distinta doctrina nacional a través de informes de diversas Juntas Consultivas de Contratación y Tribunales Especiales de Contratación con idéntico criterio.

Manifiestan que en verdad la mesa de contratación les excluye por pertenecer a un mismo grupo empresarial y poder optar con propuestas independientes a tres lotes del contrato en lugar de a uno, tal y como establece el apartado 1 del Anexo I del PCAP si hubieran licitado de forma conjunta.

Pretendiendo con ello la anulación de su exclusión al no mencionar el PCAP en ningún momento la imposibilidad de adjudicación de un lote a cada una de las empresas que presentado ofertas independientes pertenezcan al mismo grupo empresarial.

El órgano de contratación a través de sus informes a los recursos manifiesta que la mesa de contratación ha procedido a acordar la inadmisión de las propuestas no por pertenecer las licitadoras al mismo grupo empresarial, sino por no ser las ofertas independientes. No cuestionando en ningún momento la posibilidad de que empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial puedan concurrir de forma individualizada a la licitación.

Alega que: *“procede abordar el análisis de los indicios que sustentan la exclusión de las ofertas presentadas por los recurrentes, y que de conformidad con el informe de la Dirección General de Conservación de Vías Públicas en relación con las ofertas técnicas son:*

- Las ofertas son idénticas, con el mismo índice, la misma literalidad de su texto, las mismas figuras, fotografías y esquemas, diferenciándose únicamente por el nombre y el logotipo de cada empresa.

- En relación con el personal ofertado y el criterio de adjudicación del apartado A.1.1.b), por un lado, las tres empresas presentan el mismo organigrama para la ejecución del contrato para los 8 lotes, identificando a las mismas personas en todas las ofertas:

- Delegado*
- Responsable urbanización*
- Responsable instalaciones*
- Responsable urbanismo*
- Responsable oficina técnica*
- Responsable de calidad*
- Responsable control de calidad*
- Responsable técnico*

- *Responsable administrativo*
- *Responsable legal*

Para la valoración del citado apartado A.1.1.b), las tres empresas presentan el mismo organigrama y personas para la redacción de los estudios de los lotes 1 a 6, lote 7 y lote 8, respectivamente”.

Manifiesta asimismo, que tras la solicitud de alegaciones a estas empresas para la defensa de sus ofertas y tras la presentación de dichos escritos que versaban sobre la capacidad de éstas, por prudencia, la mesa de contratación opto por proceder a la apertura de las ofertas económicas en la creencia que la falta de igualdad en estas podían justificar que las ofertas eran independientes. Tras dicha apertura las ofertas económicas situaban unos porcentajes de bajada sobre el tipo idénticos y alternativos entre lotes y las tres empresas recurrentes, por lo que no precisando mayores pruebas declaró que las tres ofertas eran dependientes y en consecuencia según establece el art. 139.3 de la LCSP inadmisibles.

Invocan la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 659/2019, en el que se establece que *“la justicia, como principio y fin del derecho tiene como elemento esencial la verdad, como reflejo de la realidad objetivo y muchas veces el ilícito se determina de forma indirecta con pruebas indiciarias o presunciones. Sobre los indicios la jurisprudencia ha establecido que lo característico de este medio de prueba es que su objeto no es directamente el hecho ilegal, sino otros hechos intermedios que permiten llegar al primero a través de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar. Para que los indicios se puedan convertir en prueba indiciaria, la jurisprudencia exige como requisitos:*

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

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

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

Concluyendo que: *“del análisis de los indicios detectados por los técnicos de la Dirección General de Conservación de Vías Públicas que emiten el informe de 24 de marzo de 2021 y por la Mesa de contratación, en los que se cumplen los requisitos indicados anteriormente, se extrae la conclusión de que las ofertas no son independientes, sino presentadas por la misma unidad de negocio, en base a lo siguiente:*

- 1. Las tres empresas pertenecen al mismo grupo empresarial.*
- 2. La misma persona actúa como administrador único de las tres sociedades.*
- 3. Dos de las empresas tienen el mismo domicilio social.*
- 4. Las ofertas técnicas presentadas son idénticas, con el mismo índice, la misma literalidad de su texto, las mismas figuras, fotografías y esquemas, diferenciándose únicamente por el nombre y el logotipo de cada empresa”.*

Debemos destacar que el artículo 139.2 de la LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, establece, que cada licitador no puede presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 143 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica”, (...) *“la infracción de estas normas da lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.*

Es necesario destacar que la cláusula 22, apartado A 6 del PCAP establece: *“Únicamente, las empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio y que presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación, deberán presentar declaración en la que hagan constar esta condición”.*

Como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Visto lo cual y comprobado que las memorias técnicas son idénticas solo queda determinar si las ofertas son iguales, en atención a la diferencia en los porcentajes de bajada sobre el tipo de licitación y que constituye la oferta económica.

Siguiendo el criterio de este Tribunal en la Resolución 74/2018, de 14 de marzo, refrendada por la sentencia del TSJ de Madrid 6185/2019, de 18 de julio, *“Tal como manifestó este Tribunal en la Resolución 3/2012, de 18 de enero, el principio de proposición única que el indicado precepto establece tiene como fundamento, por una parte, la imposibilidad de que las empresas licitadoras presenten más de una oferta más ventajosa y que ‘liciten’ contra ellas mismas; y, por otra parte, el deber de respeto del principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las empresas licitadoras deben tener las mismas oportunidades en los procedimientos de contratación pública, cosa que no se daría si se admitiera que una empresa licitadora presentar más de una oferta, ya que este hecho podría colocarla en una posición de ventaja respecto del resto, así como suponer un riesgo de manipulación del procedimiento. En definitiva, con este principio se pretende garantizar el secreto de las proposiciones, la*

conurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública”.

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.

En el caso que nos ocupa las circunstancias que rodean esta licitación y las relaciones puestas de manifiesto entre las tres recurrentes inducen a sospechar que la presentación de ofertas no se ha producido por tres empresas del mismo grupo que actúan de manera independiente sino por una sola unidad de negocio.

A este respecto es necesario destacar que el artículo 6.4 del Código Civil, establece que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”.*

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, prevé en el artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores pueden excluir a

un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando *“tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”*.

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).”*

Y concluye dicha sentencia en su considerando 46 *“Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los principios de transparencia, de igualdad de trato y de no discriminación que se deducen de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y se plasman en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro, como la que es objeto del litigio principal, que no permite excluir a dos sindicatos de Lloyd’s de la participación en un mismo procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios de seguros por el único motivo de que sus respectivas ofertas han sido firmadas por el representante general de Lloyd’s para ese Estado miembro, pero sí permite su exclusión si resulta, sobre la base de elementos irrefutables, que sus ofertas no han sido formuladas de manera independiente”*.

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.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su informe 2/2017, de 1 de marzo, concluye:

“1. El criterio para determinar el respeto de la prohibición de presentación de ofertas simultáneas establecida en el artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es la existencia de personalidades diferenciadas, de manera que, en principio, no vulnera dicha prohibición el hecho de participar en una licitación dos personas jurídicas diferentes, a pesar de la existencia de relaciones entre ambas. En todo caso, procede un análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto para apreciar, de las situaciones de hecho, las actuaciones y las vinculaciones o relaciones existentes entre diferentes empresas, si se ha presentado más de una oferta por la misma persona en fraude de ley, así como, en la medida de lo posible, confirmar la ausencia de prácticas contrarias a la libre competencia.

2. La adjudicación de un contrato a una empresa que hubiera tenido que ser excluida del procedimiento de licitación, por haber vulnerado la prohibición de presentación de ofertas simultáneas establecida en el artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, constituye una infracción esencial del procedimiento que comporta la nulidad de pleno derecho del contrato suscrito.”

Más recientemente la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 659/2019, invocada por el recurrente y ya transcrita se manifiesta en los mismos términos.

Por últimos la Comisión Nacional de la Competencia en su “Guía sobre contratación pública y Competencia” nos acerca a este concepto, insistiendo en el carácter pernicioso de la práctica colusoria de la que cita algunos ejemplos:

“Indicadores en la documentación o en el comportamiento de las empresas.

Ofertas de diferentes licitadores con tipografía o papelería idénticas.

Ofertas enviadas desde una misma dirección de correo o número de fax, o dirección de mail.

Una empresa presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.

Apreciación del mismo error en ofertas distintas.”

Por todo ello Los Tribunales de recursos contractuales han venido aplicando, en muchos casos que podrían ser calificados como practicas colusorias, el artículo 139.3 de la LCSP que recoge el principio de proposición única, excluyendo a los licitadores por haber infringido ese precepto, a modo de ejemplo la Resolución anteriormente mencionada.

Debemos destacar la Resolución 60/2021 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que resuelve una de las cuestiones problemáticas de la LCSP como es la posibilidad de excluir a una empresa licitadora por prácticas colusorias, aunque el artículo 150.1, párrafo tercero, LCSP aún no haya entrado en vigor.

Esta Resolución analiza directamente si es posible excluir a los licitadores por prácticas colusorias, concluyendo que es posible al amparo del artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE y a la interpretación conjunta de varios preceptos de la LCSP. A juicio del Tribunal, el que el párrafo tercero del artículo 150.1 no haya entrado en vigor, en nada obstaculiza las facultades del órgano de contratación que podrá excluir al licitador cuando existan indicios suficientemente fundados de colusión en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, sin necesidad de que exista una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo. Indica la Resolución:

“En primer lugar, que tanto la Directiva como la LCSP califican de irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo éste motivo de su

exclusión. En cuanto a la calificación de una conducta como colusoria ha de estarse a lo establecido en el artículo 1 de la LDC [Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia].

En segundo lugar, tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo.

En tercer lugar que, si bien como hemos dicho, la calificación de una conducta como colusoria no corresponde a los órganos de contratación, sino que es competencia propia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CMC) o, en su caso, los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de competencia, las decisiones del órgano de contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la LDC, de modo que, si bien las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia a solicitud de los órganos de contratación son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas, las decisiones del órgano de contratación son autónomas.

Además esta autonomía entre el ejercicio de sus funciones por ambos órganos, el de contratación y el que ejerce la defensa de la competencia, supone que el órgano de contratación no puede sustituir y, muchos menos, asumir las competencias de persecución de prácticas colusorias, pues tal función no le es competente, solo puede examinar si en el concreto procedimiento de licitación, y no en otro procedimiento de contratación distinto, se han conculcado o no la libre competencia, sin que tenga facultad para excluir a un licitador por conductas ajenas al procedimiento concreto de licitación.

Por último, que de acuerdo con el 57.6 de la Directiva, pero también conforme a los artículos 105.a) y c) de la Constitución Española, y 53.1.e), 76, 77 y 82 de la LPACAP, y se recoge expresamente, como vimos, para el supuesto de indicios de

prácticas colusorias en el artículo 69.2 para las Uniones Temporales de Empresa, los licitadores incurso en esos indicios tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas.

Es lo cierto que, como señala uno de los recursos, el tercer párrafo, del artículo 150.1 LCSP, de acuerdo con la disposición final decimosexta de la LCSP, no ha entrado en vigor (...). Ahora bien, nada impide al órgano de contratación que, para resolver lo procedente con el fin de velar en la adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia, solicite un informe facultativo –que no preceptivo, como el exigido por el todavía no vigente artículo 150.1 de la LCSP– del órgano competente en materia de defensa de la competencia, además de notificarle los indicios de actuación colusoria, conforme previene el artículo 132.3 LCSP, notificación, esta sí, obligada. Ello es así porque el artículo 79.1 de la LPACAP permite, a efectos de la resolución del procedimiento, solicitar no solo aquellos informes que sean preceptivos sino también los que se juzguen necesarios para resolver.

Tampoco, como dijimos es necesario acreditar la práctica colusoria, bastando de acuerdo con la Directiva con la existencia de indicios fundados, para acordar la exclusión de la oferta.

Ahora bien, para ello es imprescindible la concurrencia de dos requisitos esenciales, uno formal y otro material.

En cuanto al formal, de acuerdo con el artículo 57.6 de la Directiva, y con las normas que rigen el procedimiento administrativo, y que, el artículo 69.2 LCSP, en cuanto a las UTE, recoge cuando se aprecien posibles indicios de colusión, es dar un trámite a las empresas a la que se imputan las prácticas para que, en su defensa, puedan alegar y probar, justificando su actuación.

Este requisito es inexcusable, pues responde al derecho de defensa, que forma parte del acervo constitucional común de todos los Estados miembros de la Unión Europea en tanto Estados de Derecho, y que recoge y ampara expresamente nuestra Constitución en su artículo 24, pues de otro modo se produce a los licitadores una patente indefensión.

En cuanto al fondo, porque la actuación de la mesa y del órgano de contratación ha de ceñirse exclusivamente a lo que es su competencia, el desarrollo del

procedimiento de licitación con arreglo a la LCSP y el PCAP, y en modo alguno puede extenderse a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, pues el deber de velar por su defensa que pesa sobre el órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación”.

La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales coincide con la reciente Comunicación de la Comisión Europea relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01).

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

En definitiva nos encontramos, con unos hechos que afectan a la concurrencia en el proceso de contratación que deben ser analizados por este Tribunal desde el punto de vista de la legislación y defensa de los principios de la contratación pública,

en concreto, a través de los principios del secreto de las proposiciones, libre competencia entre licitadores, igualdad entre los licitadores, transparencia y proposición única.

No consta prueba material explícita del acuerdo o la decisión de presentar oferta de manera coordinada entre los recurrentes. No obstante, para la resolución del recurso, dentro de su ámbito competencial, para decidir si existe doble oferta por un único operador, el Tribunal debe realizar una acción valorativa de los indicios puestos de manifiesto.

En derecho cabe diferenciar entre indicio, evidencia y prueba. El indicio como elemento que presenta alguna relación con la infracción por sí solo no adquiere fuerza probatoria y se utiliza ante la insuficiencia o falta de pruebas directas que permitan concluir la existencia de la conducta ilegal. La justicia como principio y fin del derecho tiene como elemento esencial la verdad como reflejo de la realidad objetiva y muchas veces el ilícito se determina de forma indirecta con pruebas indiciarias o presunciones. Sobre los indicios la jurisprudencia ha establecido que lo característico de este medio de prueba es que su objeto no es directamente el hecho ilegal sino otros hechos intermedios que permiten llegar al primero a través de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar.

Para que los indicios se puedan convertir en prueba indiciaria la jurisprudencia exige como requisitos:

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

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

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

Se trata de indicadores que si bien no deben ser tomados como una condición necesaria ni suficiente para demostrar el falseamiento del proceso de licitación, proporcionan información que puede ayudar a los poderes públicos a detectar cuándo deben realizar una mayor investigación.

En el supuesto que nos ocupa las circunstancias puestas de manifiesto en la tramitación del expediente de contratación, se refieren a:

1.- La relación entre empresas.

- La pertenencia al mismo grupo empresarial.
- La coincidencia del administrador único de ambas.
- La coincidencia del domicilio social en dos de ellas

2.- La presentación de ambas ofertas

- con el mismo formato tipográfico
- con el mismo contenido.

3.- Comportamiento de las empresas.

- Presentan el mismo escrito de alegaciones, con el mismo fondo y forma
- Presentan idénticos recursos especiales en materia de contratación, con idéntico fondo y forma.

La mera relación entre empresas, expuesta en el apartado 1 anterior, por sí sola no implicaría que se trata de una oferta triple del mismo operador económico. No obstante, considera el Tribunal que las coincidencias puestas de manifiesto vienen a confirmar la existencia de una pluralidad de indicios de oferta triple, pues aun admitiendo la relatividad de los hechos relativos al administrador único de todas ellas y la coincidencia de domicilio social en dos, se pone de manifiesto que un licitador pone en manos de sus otras empresas competidoras su propia oferta, lo cual se presta a manipulación o a conocimiento de su contenido.

Todos estos indicios conducen a este Tribunal a concluir que se ha establecido una coordinación para la presentación de ofertas en fraude de ley, permitiendo considerar que en realidad se trata de tres ofertas presentadas por el mismo operador económico en vulneración de lo dispuesto en el artículo 139.3 y 150.1 de la LCSP, lo que compromete el carácter secreto de las ofertas y el principio de libre competencia recogido en su artículo 1. La infracción de dichos preceptos tiene como consecuencia la prevista en dicho artículo, es decir, la inadmisión de las ofertas.

Por ello, se considera ajustada a derecho la actuación de la mesa de contratación inadmitiendo las ofertas presentadas por las recurrentes y en consecuencia se desestiman los recursos interpuestos.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Consultora de Ingeniería y Empresa, S.L., Gestión Integral del Suelo, S.L. y Omicron Amepro, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 12 de abril de 2021 por el que se acuerda la exclusión de las citadas empresas del procedimiento de contratación en los 8 lotes del acuerdo marco de servicios de “Redacción de proyectos de obras de la Dirección General de Conservación de Vías Públicas (8 lotes)”, número de expediente 300/20520/00618.

Segundo.- Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Consultora de Ingeniería y Empresa,

S.L., Gestión Integral del Suelo, S.L. y Omicron Amepro, S.A., contra el acuerdo referido en el apartado anterior.

Tercero.- 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.

Cuarto.- 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.