



Recurso nº 414/2019

Resolución nº 659/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.L.C., en nombre y representación de SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de *“Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras: A-66; -N-630, N-110 y N- 630a. Provincia de Cáceres”*, con expediente 30.105/17-2; 51-CC-0205, convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría de Estado de Infraestructuras Transporte y Vivienda, del Ministerio de Fomento, publica en el BOE del día 8 de enero de 2018, anuncio para la contratación del servicio de *“Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras: A-66; N-630, N-110 y N- 630a. Provincia de Cáceres”* de acuerdo con lo dispuesto en. Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria. El valor estimado del contrato es de 14.993.867,74 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el TRLCSP y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).



Tercero. Tras la apertura de la documentación técnica presentada por los licitadores y su valoración por los servicios técnicos, con arreglo a los criterios dependientes de un juicio de valor, la Mesa de contratación hizo pública la valoración y procedió a la apertura de las proposiciones económicas, con los resultados que, se reflejan en el Acta de la Mesa.

El órgano de contratación comunicó a la Mesa, los licitadores cuyas ofertas estaban incursas en presunción de baja desproporcionada, entre los que se encontraba la empresa recurrente, SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA S.A.

A continuación, se procedió a solicitar la documentación justificativa correspondiente, que fue aportada por todos y, entre ellos, por la ahora recurrente.

Cuarto. Paralelamente a estas actuaciones, se solicita por el órgano de contratación, informe a la Abogacía del Estado del Departamento, por la existencia de una posible conducta colusoria, entre las ofertas de las empresas SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA S.A y TEVASEÑAL S.A.

La Abogacía del Estado emite informe en el que concluye que:

«existen indicios de una práctica concertada donde, bajo la apariencia que licitan dos empresas que presentan dos ofertas en realidad se presenta una sola oferta en el aspecto técnico, si bien la personalidad jurídica diferente de dichas empresas se emplea para ofertar dos precios, así incrementar las posibilidades de que esa oferta técnica única sea la mejor valorada».

En base a ello la Abogacía del Estado consideró que debía excluirse de la licitación a ambas empresas, siempre que la Mesa de Contratación así lo acordase.

La Mesa de Contratación, de conformidad con el informe de la Abogacía del Estado, acordó la exclusión de ambas ofertas, en base a lo dispuesto en el Art 145.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y no procedió a valorar la justificación de la oferta de la empresa ahora recurrente y continuo



con el procedimiento, sin notificar la exclusión y la causa de la misma, existencia de prácticas concertadas, a SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A.

Quinto. El Órgano de contratación con fecha 21 de noviembre de 2018, dicta Resolución de adjudicación a favor de la UTE MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS, S.A. - JOCA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES, S.A., que es notificada a los licitadores, con fecha 22 de noviembre, sin recoger la exclusión del recurrente ni su causa y, por tanto, como consecuencia de su exclusión previa, no recoge la valoración de su justificación de baja desproporcionada.

Sexto. Con fecha 14 de diciembre de 2018, SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación, solicitando que sea declarado nulo y se le adjudique el contrato, o subsidiariamente que se retrotraigan actuaciones y sea nuevamente notificado.

Por resolución de este Tribunal, de fecha 8 de marzo de 2019, se estimó el recurso interpuesto, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación, para que esto sea efectuado con todas las garantías al recurrente.

Séptimo. Mediante resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, de fecha 15 de marzo de 2019, se procede a notificar al recurrente su exclusión del procedimiento de licitación y la propuesta de adjudicación, adjuntando los documentos correspondientes.

Octavo. Con fecha 4 de abril de 2019, SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación, contra la exclusión de su oferta acordada por la Mesa de Contratación y contra la propuesta de adjudicación, interponiendo el recurso con fecha 5 de abril de 2019.



Noveno. Por parte del órgano de contratación, se ha enviado el expediente administrativo, así como el correspondiente informe, donde se solicita se entre a fondo del asunto y se desestime el recurso.

Décimo. La Secretaría del Tribunal ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, no habiéndose enviado nuevas alegaciones en este nuevo procedimiento de recurso.

Undécimo. Dado que el recurso se interpuso contra la adjudicación, se produjo la suspensión automática del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 a). Se trata en este caso de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto recurrido es la adjudicación, recurrible de conformidad con lo dispuesto en el Art.40.2.c) de la LCSP.

Tercero. En cuanto a la legitimación, al recurrirse el acto de adjudicación, y al haber sido excluido de la licitación, en virtud de reiterada doctrina de este Tribunal debe reconocérsele legitimación activa, puesto que podría ver afectados sus derechos e intereses legítimos en caso de estimación del recurso, de conformidad con el artículo 48 LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir (art. 50 LCSP).

Quinto. El recurrente sostiene en las alegaciones de su recurso, que no debió excluirse su oferta, señalando el distinto criterio que mantiene a su juicio el órgano de contratación en función de qué grupo de empresas presente ofertas técnicas idénticas en la licitación



de esta clase de contratos, por lo que entiende que no se respeta el principio de igualdad y se infringe la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos.

Señala que no hay prácticas colusorias de TEVASEÑAL y SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., no hay infracción del artículo 145.3 TRLCSP ya que no se ha probado la existencia de pactos entre las dos empresas del mismo grupo.

Asimismo, señala se ha producido infracción de normas de procedimiento, en concreto, referidas a los artículos 161 y 151 del TRLCSP. Solicita finalmente que se admita su oferta y se adjudique el contrato a su favor.

Igualmente solicitó al Tribunal vista del expediente.

El órgano de contratación, reitera su criterio de exclusión de ambas ofertas por prácticas colusorias en base al artículo 145.3 del TRLCSP.

La cuestión fundamental planteada, se refiere pues a la existencia o no, de colusión entre las dos licitadoras señaladas, pertenecientes al mismo grupo empresarial, "TEVA".

Efectivamente la mesa de contratación constata que las dos ofertas referidas son iguales, difiriendo solo en el logotipo empleado. El informe de la empresa pública INECO, realizado al efecto, concluye que los documentos que TEVASEÑAL y SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., presentan en el sobre nº 2, son idénticos en forma, estructura y contenido, el tomo en que se presentan ambas ofertas es idéntico también, así como la portada. El contenido de las dos ofertas es exactamente igual, así como los anejos, la relación de personal que intervendrá, los sellos y certificados de calidad e instalaciones.

También coinciden la dirección de internet, el teléfono y la información sobre el operador económico.

El artículo 145.3 TRLCSP determina:



“3. 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”.

Dicho texto normativo determina el principio de unicidad de proposición por licitador, sea este individual, sea plural por presentarse en compromiso de UTE. Por ello: ningún licitador, sea individual, sea integrado en compromiso de UTE, puede presentar más de una proposición. Ello implica, a la inversa, que ninguna proposición concreta y determinada puede ser presentada por más de una licitadora, sea individual o sea en UTE. En consecuencia, un licitador individual solo puede presentar una proposición, por lo que no puede presentar más de una proposición por sí solo o en grupo con otros en compromiso de UTE. Por su parte, un licitador en grupo en compromiso de UTE no puede presentar otra, además de la de la UTE en que se ha comprometido, sea individualmente sea en otra UTE. Y, finalmente, por la misma razón, pero desde la perspectiva de la proposición presentada, una proposición concreta y determinada solo puede ser presentada o por una licitadora individual o en grupo en compromiso de UTE, pero no por varias licitadoras individuales, aunque sí en grupo en compromiso de UTE, puesto que la proposición sería de todos y cada uno de ellos. Es decir, no cabe que una misma oferta se presente por varios empresarios licitadores salvo que lo hagan en UTE suscribiendo esa única proposición u oferta.

En conclusión, el artículo 145.3 del TRLCSP prohíbe que una misma licitadora presente más de una oferta y, también, que una misma oferta se presente por más de una empresa licitadora salvo que quienes las suscriban concurren en UTE.

La prohibición legal de que un mismo licitador presente más de una oferta tiene como finalidad garantizar la igualdad de oportunidades y la competencia entre los licitadores, para conseguir que ningún licitador pueda obtener una ventaja sobre los demás por la vía formular más ofertas que otros e incrementar así las posibilidades de que se le



adjudique el contrato y que se valore tan solo una oferta, la mejor que cada licitador pueda presentar. Por el mismo motivo, esa prohibición impide que una misma oferta pueda ser presentada por más de una licitadora, salvo que sean empresas en UTE, puesto que sobre la base de una misma oferta técnica, bastaría ofertar diferentes precios con pequeñas variaciones para quebrar la prohibición de unidad de proposición, que significa: una proposición por cada empresa licitadora o varias en UTE.

Es claro que se vulneraría esa prohibición legal si una misma empresa presentara a la vez una oferta técnica con dos precios diferentes, así como en el caso de que dos empresas distintas presentasen la misma oferta técnica con un precio diferente cada una con pequeño margen de diferencia.

Este Tribunal entiende que se vulnera también esa prohibición cuando varias empresas se concertan para, bajo la apariencia de concurrir como licitadores diferentes, actuar en realidad como un solo licitador que presenta distintas ofertas o como varios que presentan la misma oferta técnica sin concurrir en compromiso de UTE

Esa situación ya la abordamos en nuestra Resolución nº 950/2015, al declarar que se infringe el artículo 145.3 cuando *«bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa (...)»*.

Cuando esa circunstancia es el resultado de la concertación de varias empresas, además de incumplirse el artículo 145.3 de la LCSP, puede estarse ante un acuerdo colusorio contrario al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Este artículo establece:

«Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de



impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

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

En este sentido el informe 53/2010 de 10 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa indica que la colusión se produce *«cuando distintos oferentes presentados en una licitación pública llegan a acuerdos para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública».*

Según el artículo 62, esa conducta colusoria podría ser considerada falta grave o muy grave, según los casos, cuando consista en *«prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas»*; sancionable con multa por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), según el artículo 63 de la misma norma.

Tales empresas podrían además ser declaradas en prohibición de contratar, conforme al artículo 60.1. b) y 61.2 del TRLCSP (haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de falseamiento de la competencia).

Sexto. En nuestro Derecho no existe obstáculo legal para que empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación; pero, al igual que toda empresa, también las que forman parte de un grupo están obligadas a presentarse como lo que son, empresas distintas cada una de las cuales presenta su propia oferta y no como una sola empresa que se sirve del grupo para aparentar esa diferencia de ofertas.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-538/07) en relación a un asunto similar señaló:

«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 [...] (Sin embargo) La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión».

El artículo 145.3 de la LCSP se aplica a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas. La pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permite la presentación concertada de varias empresas a una misma licitación sirviéndose del grupo para incrementar las posibilidades de que una misma oferta técnica resulte seleccionada, lo que técnicamente se oferta es lo mismo, pero se presentan precios diferentes para que esa misma oferta técnica tenga más oportunidades de ser la mejor valorada.

La ya citada Resolución nº 950/2015, de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; señaló:

«[..] La doctrina de este Tribunal sobre el artículo 145.3 y la disposición adicional 23 a del TRLCSP [...] (Se resume así):

- El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control, ex disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP (...)

- Ahora bien, sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el artículo 145.3 TRLCSP, de modo que podría apreciarse, procediendo al “levantamiento del velo”, si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa (...)

Este Tribunal (admite) “la aplicación de 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.

En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar la apariencia de personalidad independiente, para deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, lo que, en supuesto como en el analizado, se traduciría en que las ofertas procedentes de dos o más sociedades deberían ser consideradas como formuladas por un mismo licitador».

Séptimo. Respecto al procedimiento para la exclusión de los licitadores debemos recordar que este procedimiento que examinamos, se rige aún por el TRLCSP.

Así, es a la mesa de contratación a la que corresponde excluir o no a los licitadores, sin que esa decisión esté condicionada por lo que pueda estimar otro órgano, como la CNMC.

Para excluir o no a los licitadores, la mesa de contratación tiene en cuenta normas distintas a las que aplica la CNMC. La mesa de contratación debe excluir a los licitadores si estima infringida la prohibición el artículo 145.3 del TRLCSP (prohibición de presentar más de una oferta y prohibición de que una misma oferta se presente por varias empresas licitadoras salvo que concurran en compromiso de UTE); esto con independencia de que la CNMC, con base en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pueda apreciar que, además, se ha producido una conducta colusoria, y de que, en su caso, este Tribunal deba dar cumplimiento a lo determinado por el artículo 132.3 de la LCSP.

Octavo. A la vista de las ofertas presentadas por TEVASEÑAL Y SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., existen indicios suficientes de que ha realizado una práctica concertada. Bajo la apariencia de que licitan dos empresas que licitan por separado y presentan dos ofertas, una cada una, en realidad se presenta una sola oferta en el aspecto principal, el técnico, si bien la diferente personalidad jurídica de dichas empresas se emplea para ofertar dos precios.



Corroboran esos indicios de práctica concertada entre empresas la identidad absoluta en la forma y el contenido de ambas ofertas técnicas, ya que es idéntica la presentación formal de los documentos (orden de los documentos, tablas, cuadros, etc.) y es idéntico el contenido de las proposiciones. Ambas empresas ofertan la misma prestación desde la perspectiva técnica, por lo que debería tener el mismo valor económico, pero cada una de ellas oferta un precio diferente.

Lo único en lo que difieren ambas proposiciones es en el precio, además del logotipo de cada una.

Por tanto, entiende este Tribunal que aplicando el artículo 145.3 del TRLCSP, la exclusión por la Mesa de Contratación de ambas ofertas fue ajustada a Derecho, por lo que no se analizarán las otras alegaciones del recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha:

ACUERDA: Desestimar el recurso interpuesto por D. V.L.C., en nombre y representación de SEÑALIZACIONES Y BALIZAMIENTOS LA CASTELLANA, S.A., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de *“Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras: A-66; -N-630, N-110 y N- 630a. Provincia de Cáceres”*, con expediente 30.105/17-2; 51-CC-0205, convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la



Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.