



Recurso nº 1068/2019 C.A. Región de Murcia 83/2019

Resolución nº 1278/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 11 de noviembre de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D^a. Juana López Pérez en representación de AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L contra la Orden de la Excm. Consejera de Educación y Cultura de la Región de Murcia de 2 de agosto por la que se acordó la adjudicación de trece lotes en el procedimiento de licitación para contratar *“El servicio de transporte escolar de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (expediente SG/CA/5/2019)”* este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 7 de marzo de 2019, la Consejería de Educación Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia convocó la licitación del contrato de *“Servicio de transporte escolar de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (expediente SG/CA/5/2019)”*, que consta de 26 rutas agrupadas en 14 lotes.

El valor estimado del contrato es de 3.971.724,38 euros.

Segundo. A los efectos del presente recurso, son destacables los siguientes hitos del procedimiento de licitación (lote 4):

- 1) Finalizado el plazo de presentación de ofertas, en fecha de 10 de mayo de 2019, la Mesa de contratación realiza acto de apertura del sobre 1 (documentación administrativa-declaración de responsable), requiriendo de subsanación a los licitadores MARCOS HIDALGO CANO, S.L y Ginés Hidalgo Valverde, quienes habían presentado proposición al Lote 4 y no habían aportado el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).



- 2) En fecha de 3 de junio de 2019 la Mesa de Contratación, una vez examinada la documentación presentada por ambas empresas, aprecia que los mismos “*han procedido a subsanar, quedando por tanto admitidas sus ofertas*”.
- 3) Frente a dicho acuerdo de la mesa de contratación, el recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación que fue inadmitido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mediante Resolución nº 929/2019 (Recurso nº 805/2019).
- 4) Mediante acuerdo de la Mesa de contratación de 18 de junio de 2019, se acuerda dar traslado al órgano de contratación para que éste comunique al órgano competente en materia de competencia de la Comunidad Autónoma “*Servicio Regional de Defensa de la Competencia*” los indicios existentes de dos ofertas presentadas en fraude de ley por un mismo operador económico con vulneración del art. 139.3 d la LCSP (MARCOS HIDALGO CANO, S.L y Ginés Hidalgo Valverde, quien concurre como persona física y administrador solidario de la persona jurídica para que, si lo estiman oportuno, procedan a realizar las actuaciones que consideren.
- 5) Mediante acuerdo de la Mesa de contratación de 5 de julio de 2019, se excluye de la licitación del Lote 4 a MARCOS HIDALGO CANO, S.L, considerando su oferta anormal o desproporcionada y se propone con adjudicatario a Ginés Hidalgo Valverde.
- 6) Mediante Orden de la Excm. Consejería de Educación y Cultura de 2 de agosto de 2019 se procede a la adjudicación del Lote 4 del contrato de “*Servicio Transporte Escolar de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*” a la empresa Ginés Hidalgo Valverde.
- 7) Con fecha de 29 de agosto de 2019 se emite el informe solicitado al Servicio Regional de Defensa de la competencia en el que se concluye que en las ofertas presentadas por D. Ginés Hidalgo Valverde y MARCOS HIDALGO CANO, S.L existen indicios de una posible vulneración de la normativa sobre libre competencia en el ámbito de la contratación pública.

Tercero. Frente a la Orden de la Excm. Consejería de Educación y Cultura de 2 de agosto de 2019 por la que se procede a la adjudicación del Lote 4 del contrato de “*Servicio de Transporte Escolar de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*” a la empresa Ginés Hidalgo Valverde, se interpone recurso especial en materia de contratación por parte del licitador AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L , quien también había presentado proposición para el Lote 4.



En su recuso, la mercantil impugnante cuestiona la admisión de las ofertas presentadas por MARCOS HIDALGO CANO, S.L, y Ginés Hidalgo Valverde por una triple razón:

- 1) La imposibilidad de subsanación de la falta de presentación del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).
- 2) La vulneración de las determinaciones del art. 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.
- 3) La vulneración del art. 139 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

En cuanto a las razones por las que estima contraria a derecho la admisión de ofertas impugnada, se refiere el recurso a la cláusula 3.7.1 del PCAP, conforme a la cual en el sobre 1 (Documentación administrativa), los licitadores debían de incluir entre otros documentos el DEUC. Al respecto, defiende que la concesión del plazo de subsanación para la aportación del DEUC concedida no resulta ajustada a derecho, puesto que no estamos ante un supuesto de presentación incorrecta del DEUC, sino ante un supuesto de no presentación del documento, lo que supone un incumplimiento de los requisitos formales exigidas en el PCAP y la LCSP para su presentación.

Considera que el DEUC *“constituye una declaración formal que permite acreditar la capacidad del licitador para acudir al proceso de licitación, por lo que la no presentación del mismo no puede ser considerado como un mero defecto formal, y por lo tanto subsanable; estamos ante un requisito de admisión de la propuesta cuya aportación y acreditación se exige para formar parte del procedimiento de licitación, por lo que su no aportación constituye una clara causa de exclusión del licitador del procedimiento sin posibilidad de subsanación del defecto.”*

En segundo lugar, defiende que *“por parte de la entidad MARCOS HIDALGO CANO, S.L. y D. GINES HIDALGO VALVERDE se han vulnerado las determinaciones del 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, ya que se ha ocultado a la mesa de contratación la relación directa existente entre ambos licitadores”*.

Alega a tal respecto que D. Ginés Hidalgo Valverde, quien se ha presentado a la licitación como persona física, ostenta la condición de socio y administrador solidario de la sociedad MARCOS HIDALGO CANO, S.L. sociedad que también concurrió a la licitación, vinculación entre ambos licitadores que no fue comunicada en la documentación.



Considera por ello que: *“La ocultación de la relación entre ambos licitadores, unida al incumplimiento expreso de las determinaciones del PCAP debe de suponer la exclusión de ambas ofertas del procedimiento de licitación, ya que si bien las sociedades que configuran un determinado grupo empresarial pueden acudir de forma separada a una misma licitación, y esta circunstancia no debe de comportar un rechazo automático de sus ofertas, lo cierto es que el órgano de contratación deberá de “radiografiar” a los licitadores, al objeto de determinar si verdaderamente son licitadores independientes o, por el contrario, se trata del mismo sujeto que incurriendo descaradamente en un fraude de ley pretende conseguir una posición de ventaja para con sus competidores”.*

En tercer lugar, añade que las proposiciones de la entidad MARCOS HIDALGO CANO, S.L y D. Ginés Hidalgo Valverde vulneran el principio de proposición única del art. 139.3 de la LCSP incurriendo el fraude de ley conforme al art. 6.4 del Código Civil.

A estos efectos argumenta que *“En el caso que nos ocupa las circunstancias que rodean la licitación y las relaciones puestas de manifiesto entre MARCOS HIDALGO CANO, S.L y GINÉS HIDALGO VALVERDE, permiten afirmar que la presentación de ofertas vulnera las determinaciones del art. 6.4 del Código Civil.”*

Concluye el recurso solicitando que se anule el acuerdo recurrido y se excluyan ofertas presentadas por MARCOS HIDALGO CANO, S.L. y Ginés Hidalgo Valverde, retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de las ofertas y posterior clasificación, adjudicando a la mejor clasificada previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149 y concordantes de la LCSP. Subsidiariamente, y para el eventual supuesto de no acordarse la exclusión de las ofertas presentadas por MARCOS HIDALGO CANO, S.L y Ginés Hidalgo Valverde, revocar el acuerdo de adjudicación del Lote 4 a D. Ginés Hidalgo Valverde, por no haber presentado el adjudicatario justificación de su baja.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. Tras referir los antecedentes del procedimiento de licitación, indica como en fecha 10 de mayo de 2019 la Mesa de contratación realiza el acto de apertura del sobre nº 1 (documentación administrativa-declaración responsable) acordando la admisión de todas las ofertas salvo aquellas en las que por apreciarse algún defecto debían subsanar en el plazo de tres días, entre las que se incluyen, en lo que interesa al objeto del presente recurso, las presentadas por varios licitadores que no incluyeron el DEUC, entre ellos MARCOS HIDALGO CANO, S.L., y D. Ginés Hidalgo Valverde.



Se indica asimismo que en fecha 3 de junio de 2019, una vez requeridas las empresas que debían subsanar y habiendo realizado dicha subsanación, se procede a la apertura del sobre nº 2, continuando el procedimiento.

Respecto de la alegación cuestionando la concesión de plazo de subsanación a determinadas empresas que no habían presentado DEUC en el sobre nº 1, se indica *“que dichas empresas, si bien no habían presentado DEUC en el formato correcto en el sobre nº1, sí presentaron declaración responsable con el contenido del DEUC según viene expresado en los pliegos. Debemos tener en cuenta que la contratación pública está regida por un principio nuclear como es el de concurrencia, principio imbricado profundamente con la satisfacción del interés público y con la obtención de la oferta económicamente más ventajosa por parte de la Administración. Por esta razón, la Jurisprudencia y la doctrina administrativa se inclinan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones”*.

Se añade:

“Hay que distinguir, pues, entre defectos formales y sustanciales ya que estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Dado que el objetivo del DEUC es reducir las cargas administrativas ya que muchos operadores económicos, y en concreto las PYME, las consideran un obstáculo importante para su participación en la contratación pública, se trata de dar facilidad a los licitadores, constituyendo la presentación de la declaración responsable en otro formato meramente un requisito formal, no sustancial, y, por tanto, subsanable.”

De otra parte, en relación con la alegación del recurso referida a que D. Ginés Hidalgo Valverde presenta su oferta como persona física al lote nº 4 y como administrador de la persona jurídica MARCOS HIDALGO CANO, S.L. al mismo lote nº 4, se indica que, *“tal y como indica la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales nº 466/2019 (Recurso 285/2019), la doctrina del levantamiento del velo tiene carácter excepcional (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 29 de septiembre de 2016). Asimismo, los informes 11/2016 de la Junta Consultiva de la Comisión Consultiva de la Contratación Pública de la Junta de Andalucía y 5/2013 de la Junta consultiva de contratación de Baleares recuerdan que la normativa de contratación pública no tiene como finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas que puedan producirse en la licitación, considerando igualmente que el hecho*



de que un órgano de contratación sospeche o detecte indicios de que en el seno de un procedimiento se han producido acuerdos colusorios entre varios licitadores , no constituye motivo de exclusión, y ello no solo porque la normativa de contratación no prevea esta posibilidad , sino también porque en los procedimientos de contratación es esencial favorecer la máxima concurrencia , sin que sea admisible excluir a los licitadores con fundamento en la mera sospecha de actuaciones colusorias. En el mismo sentido se pronuncia el informe de la Junta consultiva de contratación administrativa de la Región de Murcia en su informe 3/2017, de 26 de abril.”

Añade que la posible práctica colusoria denunciada por la recurrente fue comunicada al Servicio Regional de Defensa de la Competencia en aplicación del art. 132 de la LCSP y que no se suspendió el procedimiento de licitación dado que el art. 150.1 de la LCSP no se encuentra en vigor (DF 16ª de la LCSP). Concluye, no obstante, que atendidas las conclusiones del informe del Servicio Regional de Competencia en las que se consideran ya probados los indicios de prácticas colusorias entre las empresas licitadoras del Lote nº 4, si por este Tribunal se considera que se debe excluir dichas ofertas, así se procederá por el órgano de contratación.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se 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, habiendo evacuado este trámite D. Ginés Hidalgo Valverde, defendiendo la desestimación del recurso.

En lo que hace a la alegación relativa a la imposibilidad de subsanar la falta de presentación del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), se refiere a lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley de Contratos del Sector Público, señalando que la misma permite a las mercantiles participantes en adjudicación pública la presentación posterior de la documentación, con plazo de diez días, a la que se refiere los apartados a) y c) del artículo 140 de la Ley, de lo que extrae: *“Por tanto observamos que el Documento Europeo Único de Contratación se corresponde con la Declaración Responsable, y que el artículo 150 LCSP permite su presentación posterior, con plazo de diez días desde su requerimiento, como bien aportó mi representada en tiempo y forma”.*

Apunta además que este Tribunal se ha pronunciado sobre la posibilidad de presentación y subsanación posterior de la DEUC, citando la Resolución 167/2019.



De otra parte, en lo que hace a la argumentación del recurso dirigida a vincular a este licitador con la mercantil MARCOS HIDALGO CANO S.L., señala que la misma *“se basa en una premisa que es absolutamente errónea: que una persona física y una persona jurídica pueden constituir y ser consideradas como Grupo Empresarial, tal y como sostiene la recurrente. Con esta falsa afirmación se ha construido la vinculación entre una empresa y otra acomodando estos hechos inciertos a la legislación aplicable”*.

Indica a este respecto que el primer requisito para considerar la existencia de un grupo empresarial es la existencia de al menos dos sociedades que puedan conformarlo, y no es el caso que nos ocupa.

Añade que, en todo caso, *“la jurisprudencia nacional y europea indica reiteradamente que no existe obligatoriedad de comunicar al órgano licitador la concurrencia de ofertas de mercantiles pertenecientes a Grupo Empresarial cuando no esté reflejada tal obligación en los pliegos reguladores del concurso”*, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-531/2016 y la Resolución 838/2015 de este Tribunal.

Por último, refleja distintas consideraciones acerca de la *“irrelevancia en el resultado de la supuesta vinculación societaria sostenida”*, señalando: *“La supuesta controversia planteada por la parte recurrente versa sobre la adjudicación del Lote nº 4 en el expediente SG/CA/5/2019. Se adjunta como Documento nº1 el Acta de Propuesta de Adjudicación en el expediente SG/CA/5/2019.*

En dicha acta se observa que MARCOS HIDALGO CANO S.L fue excluida de la licitación al considerar el órgano administrativo que no justificó adecuadamente la baja de la que adolecía su oferta, que era la más baja del Lote nº4 referido. A pesar de haber justificado los motivos de dicha baja, que no fueron atendidos.

La actuación subsiguiente fue, por tanto, la lógica adjudicación del lote a la siguiente oferta de menor cuantía no incurso en baja temeraria, que no fue otra que la de la persona física GINÉS HIDALGO VALVERDE”.

Apunta también que *“para la exclusión de empresas vinculadas entre sí, debe demostrarse un menoscabo existente de la competencia en el seno del concurso, tal y como estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 19 de mayo de 2009”*.



Finalmente, sobre la posible existencia de una práctica anticompetitiva en el seno de un procedimiento de licitación indica que *“la competencia para el enjuiciamiento de una supuesta práctica colusoria en el seno del concurso corresponde en todo caso la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia mediante el procedimiento sancionador establecido en el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencias, y en ningún caso al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”*.

Concluye el interesado solicitando la imposición de costas y multa al recurrente conforme al art. 47.5 de la LCSP.

Sexto. Mediante Resolución de la Secretaria de este Tribunal se acordó mantener la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 46.2 de la vigente 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), y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, de fecha 4 de octubre de 2012 (BOE de 21 de noviembre de 2012), cuyas sucesivas prórrogas se han publicado en el BOE de 11 de noviembre de 2015 y en el de 1 de diciembre de 2018.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP.

Tercero. Se recurre la Orden de la Excm. Consejería de Educación y Cultura de 2 de agosto de 2019 por la que se procede a la adjudicación del Lote 4 del contrato de *“Servicio Transporte Escolar de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”* a la empresa Ginés Hidalgo Valverde. Dicho acto es recurrible conforme al art.44 de la LCSP.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones del plazo y lugar de presentación de los escritos de interposición establecidas en el artículo 50 de la LCSP.



Quinto. Entrando en el fondo de las cuestiones planteadas en el recurso, la primera cuestión a analizar es si la falta de aportación del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) ha de entenderse como un requisito subsanable o lleva consigo la automática exclusión del procedimiento de licitación.

En este punto, considera este Tribunal que tiene aplicación la doctrina que de modo reiterado se contiene en sus resoluciones nº 439/2018, 582/2018 y 747/2018 y 167/2019 de 22 de febrero de 2019 (rec.1211/2018) en la que literalmente se afirma: *“A lo cual hay que añadir que, en todo caso, ante cualquier duda a este respecto lo procedente era otorgar trámite de subsanación, como pretende el recurrente. En efecto, es pacífico que se puede subsanar tanto el DEUC (art. 81.2 del RGLCAP, 27.1 del RD 817/2009, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, o la Recomendación de la LJCCA de 26 de noviembre de 2013 citada por la recurrente), como trámite del artículo 150.2 de la LCSP, de acuerdo con varias resoluciones de este Tribunal como las 439/2018, 582/2018 o 747/2018, alegadas por el recurrente. Por tanto, si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba suficientemente la solvencia, debió conceder dicho trámite, sin que a ello quepa oponer el principio de inmodificabilidad de la oferta, sino un medio de simplificar la tramitación, aunque si forma parte de la proposición ya solo tendrá que acreditar la solvencia (y demás requisitos de aptitud) el licitador propuesto como adjudicatario.”*

La aplicación de la doctrina anterior al supuesto planteado en el presente recurso, determina que este Tribunal deba confirmar la actuación del órgano de contratación cuando, tras la apertura del Sobre 1 relativo a la documentación administrativa, requirió a los licitadores Marcos Hidalgo Cano, S.L y Ginés Hidalgo Valverde para que presentaran el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC). Y ello, porque el DEUC debe considerarse como un requisito formal en cuanto a forma de acreditar los requisitos de aptitud para contratar que ha venido a sustituir a las declaraciones de responsable que anteriormente hacían los licitadores. En efecto, el Anexo I del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, lo define como *“una declaración de los operadores económicos interesados que sirve de prueba preliminar, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros y constituye una declaración formal por la que el operador económico certifica que no se encuentra en alguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido”*. Además, como indica el órgano de contratación y se comprueba en el expediente, ambos licitadores incluyeron entre la documentación administrativa las oportunas



declaraciones de responsable pero no el DEUC que exigían los pliegos, lo que redundará aún más a favor de nuestra conclusión sobre este extremo. Es decir, los dos licitadores cuya proposición se pretende excluir acreditaron materialmente su capacidad para contratar (mediante declaración de responsable) pero lo hicieron de forma distinta a la exigida en los PCAP (DEUC), lo que determina necesariamente que esa falta de forma deba calificarse como un requisito subsanable, tal y como interpretó el órgano de contratación.

La anterior consideración resulta conforme al principio de concurrencia que ha regir los procedimientos de licitación. En este sentido, la Jurisprudencia y la doctrina administrativa se inclinan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que *“una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”*, criterio confirmado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, o en las Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; 1/94, de 3 de febrero e informe 30/08, de 2 de diciembre).

Sexto. En segundo lugar, plantea el recurso la vulneración del artículo 86 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 adelante RGLCAP), partiendo de la consideración de que los licitadores MARCOS HIDALGO CANO, S.L y GINÉS HIDALGO VALVERDE, constituyen un grupo de empresas conforme a lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio (en adelante Cco).

Pues bien, el artículo 86 del RGLCAP establece el régimen de valoración de las propuestas presentadas por empresas del mismo grupo, señalando lo siguiente:

“1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, 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 concurran 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 concurran 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.”

De acuerdo con el anterior precepto, la aplicación del régimen de valoración de propuestas presentadas por el mismo grupo, dependerá de que dichas proposiciones tengan tal consideración a los efectos del artículo 42.1 del Cco, a cuyo tenor:

“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. “

En el presente supuesto, no resulta de aplicación el art. 86 del GRLCAP, puesto que no se da la premisa de consideraron de grupo de empresas entre los licitadores que concurrieron al procedimiento. En efecto, GINÉS HIDALGO VALVERDE como persona física y la mercantil MARCOS HIDALGO CANO, S.L de la que el primero resulta ser administrador solidario, no merecen por este hecho aislado, tal consideración. Así, el artículo 42.1 del Ccom exige la existencia de dos sociedades, circunstancia que no concurre en el presente caso, a lo que debe añadirse que la mera condición de administrador solidario de una de las empresas que concurren a la licitación unido a la presentación de una oferta como empresario individual, tampoco constituye indicio alguno de que exista control de éste sobre aquella a los efectos del artículo 42.1 del Ccom.

A mayor abundamiento, el mero hecho de concurrir a un procedimiento de licitación varias empresas vinculadas (como es el caso) o pertenecientes al mismo grupo, no conlleva automáticamente su exclusión, tal y como propone el recurrente. A estos efectos, resulta muy ilustrativa la Resolución de este Tribunal N° 659/2019, de 20 de junio (n° de recurso 414/2019) en la que afirmábamos:”

En conclusión, debe desestimarse el segundo motivo en que se fundamenta el presente recurso por las siguientes razones: (i) de una parte, la mera existencia de vinculación entre dos licitadores, como es el caso en que uno resulta ser administrador solidario de otro, no determina automáticamente la exclusión en un procedimiento de licitación. (ii) de otra parte, no resulta de aplicación el art. 86.1 del RGLCAP puesto que la entidad MARCOS HIDALGO CANO, S.L y GINÉS HIDALGO VALVERDE, no tienen la consideración de grupo de empresas, por el mero hecho de que el segundo resulte ser administrador solidario de la primera.



Séptimo. Como último motivo del recurso se alega la vulneración del principio de proposición única consagrado en el artículo 139.3 de la LCSP,

Según el artículo 139.3 de la LCSP: *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 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.”*

El recurrente afirma en su recurso que la existencia de vinculación entre dos licitadores en los que uno concurre individualmente y, a su vez, como administrador solidario de una mercantil, es indicio suficiente para concluir que son un mismo operador económico con la consiguiente vulneración del artículo 139.3 de la LCSP.

A este respecto este Tribunal ha señalado en su reciente resolución nº 659/2019, de 20 de junio (nº recurso 414/2019) lo siguiente: *“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».”

En este caso, entendemos que el mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación. Cuestión distinta es que concorra el supuesto previsto en la STJU recaída en el Asunto (-538/07) citada en nuestra Resolución 659/2019 (Recurso nº 414/2019) reseñada más arriba, sobre que:

«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»”.

Pues bien, efectivamente, el conjunto de los indicios que resultan del expediente administrativo (presentación de ofertas el mismo día con cinco minutos de diferencia, idénticos datos de contacto, idéntico domicilio social de ambos licitadores, vinculación entre sus órganos de administración, mismas deficiencias en cuanto a la presentación de la documentación administrativa, mismo formato de las ofertas aunque la oferta técnica sea diferente, las mismas inexactitudes y omisiones en el texto de las ofertas de mejoras de ambas empresas y la coincidencia del formato y texto de las ofertas de ambas empresas) son



suficientes para apreciar dicha constatación de la relación entre ambas empresas "...ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento...", y por ello para, aplicando la doctrina del levantamiento del velo, concluir que bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación.

Esta misma conclusión se alcanza si nos atenemos al informe emitido por el Servicio Regional de Competencia de la Región de Murcia de 29 de agosto de 2019 en el que se afirma expresamente *"(19) Teniendo en cuenta todo lo anterior y volviendo a la evaluación de lo sucedido en el presente expediente, queda acreditada la vinculación entre la oferta de D. Ginés Hidalgo Valverde y la de MARCOS HIDALGO CANO S.L., al haber sido presentadas por la misma persona (una a título individual y otra como representante de la referida empresa), con lo que se podría estar falseando en buena medida el procedimiento establecido en la legislación sobre contratos con la finalidad de aumentar las opciones de resultar adjudicatario.*

(21) Por las razones expuestas, se considera que, tanto en las ofertas presentadas por D. Ginés Hidalgo Valverde y MARCOS HIDALGO CANO S.L., como en las presentadas por AUTOCARES LORCA BUS S.L. y AUTOCARES MARTINEZ SANTAOLALLA S.L., existen indicios de una posible vulneración de la normativa sobre libre competencia en el ámbito de la contratación pública."

En consecuencia, los licitadores GINES HIDALGO VALVERDE y MARCOS HIDALGO CANO, S.L han de ser excluidos de la licitación por vulneración del artículo 139.3 de la LCSP.

Octavo. La conclusión anterior no excluye que estos mismos hechos puedan interpretarse, a su vez, como un acuerdo colusorio contrario al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que pueda dar lugar a la imposición de la correspondiente sanción y que el órgano de contratación deba comunicar a las autoridades competentes en materia de competencia conforme al artículo 132.3 de la LCSP.

Ahora bien, dicha comunicación se configura como una actuación independiente de las facultades del órgano de contratación para acordar la exclusión de dos licitadores cuando incurran en la vulneración del principio de proposición única que establece el artículo 139.3 de la LCSP.



En este caso, así lo hizo el órgano de contratación que, advertidos los indicios sobre posibles prácticas colusorias entre dos licitadores en el procedimiento de contratación lo comunicó al Servicio Regional de Competencia de la región de Murcia.

Igualmente, actuó correctamente el órgano de contratación, cuando inaplicó el art. 150.1, párrafo tercero de la LCSP, que impone la suspensión del procedimiento de contratación hasta que se obtenga pronunciamiento por parte del órgano competente en materia de competencia sobre la existencia de una práctica colusoria, ya que dicho precepto no está en vigor conforme a la Disposición Final Decimosexta de la LCSP.

En este sentido, vuelve a ser ilustrativa la mencionada Resolución de este Tribunal nº 659/2019, de 20 de junio, que señala: *“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.”

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D^a. Juana López Pérez en representación de AUTOCARES LÓPEZ FERNÁNDEZ, S.L contra la Orden de la Excm. Consejera de Educación y Cultura de la Región de Murcia de 2 de agosto por la que se acordó la adjudicación de trece lotes en el procedimiento de licitación para contratar *“El servicio de transporte escolar de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (expediente SG/CA/5/2019)”* en cuanto la adjudicación del



Lote nº 4, de modo que queden excluidos los licitadores MARCOS HIDALGO CANO, S.L y Ginés Hidalgo Valverde, con retroacción de actuaciones al momento de valoración de ofertas a fin de adjudicar el Lote nº 4 al licitador que obtenga la mayor puntuación.

Segundo. Levantar la suspensión del lote 4 del procedimiento de adjudicación, de conformidad con 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.