



Consulta sobre la adjudicación de contratos en procedimientos abiertos, en base a uno o varios criterios, en supuestos de ofertas formuladas por UTEs integradas por grupos de empresas cruzadas. Informe 03/2017, de 26 de abril.

Tipo de informe: Facultativo

D I C T A M E N

ANTECEDENTES.

1. La Secretaria General de la Consejería de Fomento e Infraestructuras remite escrito, a la Junta Regional de Contratación Administrativa, con el siguiente tenor literal:

<< Al amparo de los artículos 2.1 y 13.1 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas, remito a esa Junta la presente solicitud de informe en relación a los hechos que a continuación se exponen:

A) En esta Consejería se viene observando que en los Procedimientos abiertos Un solo criterio de adjudicación, en ocasiones, concurren varias Uniones Temporales de Empresas que son constituidas por grupos cruzados, es decir UTEs integradas por empresas que pertenecen a distintos grupos de empresas, entendiéndose como tales las que cumplen con los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio. Obviamente cada una de esas UTEs formula una oferta económica distinta.

En relación con los hechos planteados en estos Procedimientos Abiertos Un Solo Criterio de adjudicación nos surge la PRIMERA pregunta ¿las Ofertas Económicas formuladas por UTEs integradas por grupos de empresas cruzadas podrían constituir una estrategia para eludir el principio de proposición única del artículo 145.3 del TRLCSP?

B) El fenómeno de las UTEs de grupos cruzados también se está produciendo en los Procedimientos Abiertos con Varios Criterios de adjudicación, como es el caso del expediente actualmente en licitación correspondiente a la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras de REMODELACIÓN DEL DISTRITO SURESTE DE LA CIUDAD.

Para dicha licitación la Administración había elaborado unas Bases Técnicas y los licitadores tenían que presentar una Oferta Técnica consistente en un Proyecto Básico. Y los criterios de adjudicación del citado procedimiento se dividían entre Criterios Económicos evaluables de forma automática: Precio Ofertado, hasta 50 puntos, y Criterios Técnicos cuantificables mediante juicio de valor: Proyecto Básico hasta 40 puntos y Memoria constructiva y Programa de trabajo, hasta 10 puntos.

A dicha licitación concurren un total de diez (10) ofertas de las que nueve (9) eran Uniones Temporales de Empresas, entre las cuales habían dos constituidas por grupos cruzados, es decir UTEs constituidas por empresas pertenecientes a distintos grupos de empresas.

Realizada la apertura de las Ofertas Técnicas, la Comisión Técnica de Valoración encargada de la emisión del informe sobre las mismas, ha emitido una Propuesta de Valoración de las Ofertas Técnicas en la que el orden decreciente de los cuatro Proyectos mejor valorados es el siguiente:

UTE Q grupo Sodio-Selenio: 25,8 puntos. ()*

UTE R Terbio-Lantano: 25,8 puntos. ()*

UTE Z Estaño-Erbio: 25,4 puntos. (*)

UTE Y Constructora Magnesio-Americio: 25,0 puntos. (*)

La Propuesta señala respecto a cada uno de dichos Proyectos que contiene elementos sustancialmente idénticos con respecto a los otros tres Proyectos Básicos. La comparación de las características de los proyectos de las UTEs Q y R, revela que los mismos son idénticos en las soluciones propuestas (solo se aprecia una diferencia de color en uno de los pavimentos propuestos). Y la comparación de las características de los otros dos proyectos (UTEs Z e Y), revela que entre los mismos hay algunas pequeñas diferencias, aunque en lo esencial ambos son coincidentes. Los cuatro Proyectos aparecen formalmente redactados por cuatro equipos redactores distintos.

En un documento que recopila planos aportados por los distintos Proyectos Básicos presentados y en los que se recogen las características de cada una de los mismos, se aprecia la identidad en los planos correspondientes a las ofertas las UTEs Q y R: idéntica representación del conjunto urbano objeto de las obras, de las soluciones propuestas, de las llamadas o bocadillos, de los párrafos, de los elementos de jardinería y mobiliario urbano, y de la grafía. En ese mismo documento se aprecia que entre los planos de los Proyectos de las UTEs Z e Y, existe: idéntica representación del conjunto urbano objeto de las obras, casi idénticas soluciones propuestas (tan solo pequeñas variaciones), casi idénticas llamadas o bocadillos, ligeras variaciones en los párrafos, idénticos elementos de jardinería, ligera variación en el mobiliario urbano, e idéntica grafía. El grado de coincidencia de estos dos Proyectos con respecto a los dos anteriores puede superar el 90 %, sin que se pueda precisar con exactitud el mismo.

En las UTEs Q y R, nos encontramos, precisamente con la presencia de dos grupos cruzados, en el sentido del artículo 42 del Código del Comercio: de una parte el grupo Sodio y Terbio y de otra Lantano y Selenio. Dichos grupos al cruzarse entre sí han constituido la UTE Q Grupo Sodio-Selenio y la UTE R Terbio-Lantano.

A la fecha de realizar esta solicitud de informe no se ha procedido a la apertura de los sobres que contienen las ofertas económicas, pero no es descabellado aventurar que sobre la base de Proyectos Básicos idénticos o casi idénticos, formulados por los dos grupos cruzados, se formulen Ofertas Económicas por diferentes importes.

En relación con estos hechos planteados en este Procedimiento Abierto Varios criterios de adjudicación nos surge la SEGUNDA pregunta, relativa a si las Ofertas Técnicas idénticas, o casi idénticas, supuesto que en el presente caso afecta a cuatro Proyectos Básicos, ¿constituirían un pacto prohibido entre licitadores sobre la Oferta Técnica a presentar, con la finalidad de hacer inútil esta parte de la licitación conjunta de la elaboración del Proyecto y la ejecución de las obras?

Y también nos surge en relación a las ofertas técnicas idénticas, formuladas por diferentes mercantiles de un mismo grupo, y que concurren a la licitación en UTE con otras mercantiles de otros grupos, supuesto que en este caso afectaría a las UTEs Q y R, una TERCERA pregunta: ¿constituirían una estrategia para eludir el principio de proposición única del artículo 145.3 del TRLCSP la formulación de diferentes ofertas económicas sobre la base de dos Proyectos Básicos idénticos?

NOTA.

(*) La puntuación consignada es ficticia, dado que aún no se ha hecho pública la misma. Las UTEs Q y R han obtenido la misma puntuación. Las UTEs Z e Y han obtenido unas décimas menos que las anteriores. >>.

2. Posteriormente a la solicitud de informe a esta Junta, en fecha 7 de febrero de 2017, se remite por la Secretaría General de la Consejería de Fomento e Infraestructuras informe emitido el 2 de febrero de 2017 por el Servicio Jurídico de esa Consejería en el que, tras describir



los denominados grupos cruzados cuyas ofertas se formulan sobre la base de proyectos virtualmente idénticos, se plantea si dicha identidad de proyectos constituye una prueba de que en realidad se trata de la misma oferta técnica, con la que los licitadores intentan hacer inútil esta parte del concurso en una especie de pacto colusorio que restringe la concurrencia, y si el grupo cruzado en sí mismo es una estrategia ilegítima de licitación, a la luz del principio de concurrencia, concluyendo que *"el grupo cruzado es probablemente un abuso de derecho, en el sentido en que este es descrito en el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil, al que puede acudirse supletoriamente de acuerdo con el artículo 19.b) del TRLCSP, pues esta estrategia empresarial sobrepasa en sí misma los límites normales del ejercicio del derecho"*.

3. En fecha 20 de febrero y ante una nueva petición de aclaración del concepto de UTES integradas por grupos de empresas cruzadas, el Jefe de Servicio Económico y de Contratación, remite nuevo informe en el que intenta aclarar dicho concepto.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Esta Junta Regional de Contratación Administrativa emite informe facultativo de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

La Secretaria General de la Consejería de Fomento e Infraestructuras es competente para solicitar informe a esta Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1 del mencionado Decreto.

2. Tal y como se expone en el escrito de consulta, son tres las preguntas que se formulan a esta Junta, la primera de ellas de carácter genérico y las dos últimas referidas a un expediente actualmente en licitación *"contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras de Remodelación del Distrito Sureste de la Ciudad"*.

Con carácter previo al examen de las cuestiones que se plantean en el escrito de consulta, han de realizarse determinadas consideraciones sobre el alcance de los informes de esta Junta, recordando a este respecto el criterio que se ha venido manteniendo a lo largo del tiempo y que ahora reiteramos, así entre otros en sus Informes 02/2008, de 29 de abril, 02/2010, de 29 de abril, 1/2011, de 18 de enero, 2/2011, de 17 de junio y 3/2015, de 24 de noviembre, conforme al cual no le corresponde emitir informe en expedientes concretos de contratación, ni la función consultiva o de asesoramiento que en materia de contratación de la Administración Regional le corresponde a esta Junta puede sustituir las facultades de informe, propuesta o resolución, atribuidas por la legislación a órganos específicos y concretos en el ámbito de la contratación pública.

No obstante lo anterior, esta Junta sin pretender resolver las cuestiones puntuales surgidas en el expediente de contratación concreto y dado el interés que pueda suscitar para otros órganos de contratación de esta Administración Regional, entiende conveniente emitir informe exponiendo

consideraciones generales sobre la materia que les puedan servir de criterio a los mismos en situaciones similares.

3. Se plantean tres preguntas por la Secretaría General de Fomento e Infraestructuras:

La primera de ellas, si en los procedimientos abiertos con un solo criterio de adjudicación las ofertas económicas formuladas por uniones temporales de empresas (en adelante UTEs) integradas por grupos de empresas cruzadas podrían constituir una estrategia para eludir el principio de proposición única del artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

La segunda pregunta se formula con referencia a los hechos planteados en el procedimiento de contratación mencionado en su escrito de consulta (procedimiento abierto con varios criterios para la adjudicación de un contrato de elaboración de proyecto y ejecución de obra), y se concreta en si las ofertas técnicas idénticas o casi idénticas, que afectan a cuatro proyectos básicos, constituirían un pacto prohibido entre licitadores sobre la oferta técnica a presentar, con la finalidad de hacer inútil esta parte de la licitación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, o lo que es lo mismo, si esto puede suponer la existencia de pactos colusorios entre empresas.

Y la tercera, que formula también en relación con el mismo procedimiento, se refiere a si las ofertas técnicas formuladas sobre la base de dos proyectos básicos idénticos por diferentes mercantiles de un mismo grupo, y que concurren a la licitación en UTE con otras mercantiles de otros grupos constituiría una estrategia para eludir el principio de proposición única del artículo 145.3 del TRLCSP.

Dicho en otros términos, las preguntas versan sobre el denominado principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios.

4. En primer término es preciso poner de manifiesto la enorme dificultad que ha tenido esta Junta para entender el concepto de "*UTEs de grupos empresariales cruzados*", a la vista de las diferentes definiciones que aparecen recogidas en la solicitud de informe a esta Junta, así como en los diversos informes que se han incorporado a la consulta formulada por la Secretaría General de la Consejería de Fomento e Infraestructuras.

Así, en el escrito de solicitud de informe se define a las uniones temporales de empresas constituidas por grupos cruzados como aquellas "*UTEs integradas por empresas que pertenecen a distintos grupos de empresas, entendiéndose como tales las que cumplen con los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio*".

Dicha definición no comporta ningún elemento diferenciador respecto de cualquier UTE integrada por empresas distintas pertenecientes a diferentes grupos.

Por su parte, el informe emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería de Fomento e Infraestructuras el pasado 2 de febrero trata de aclarar el concepto UTEs de grupos cruzados, y lo hace poniendo el siguiente ejemplo:



"Existen dos UTEs una formada por las empresa (X, Y), y otra UTE formada por (Z, S), a la que se añaden una tercera UTE formada por (X, S) y una cuarta constituida por (Y, Z). Así pues tenemos, (X, Y), (Z, S), (X, S), (Y, Z), como licitadores".

En el caso descrito a modo de ejemplo se trataría de cuatro UTEs diferentes en las que cada una de las cuatro empresas formaría parte de dos UTEs, por lo que cada una de ellas dos se presentaría dos veces a la misma licitación no individualmente, sino formando parte integrante de dos UTEs diferentes, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP, lo que sería causa de exclusión automática.

El tercero de los informes recibidos por parte de la Consejería consultante, es el emitido por el Servicio de Contratación, en fecha 20 de febrero; en él se incide en otro elemento añadido en la definición del concepto de *"UTEs de grupos empresariales cruzados"*, en el siguiente sentido:

"UTEs de grupos empresariales cruzados son la constitución de Uniones Temporales de Empresas integradas por empresas que pertenecen a diferentes grupos empresariales, siempre que presenten proyectos idénticos o muy similares como el cambio de color en un pavimento y establece el siguiente ejemplo:

Grupo F (constituido por F y C) y Grupo A (constituido por D, V y T).

UTEs de grupos empresariales cruzados serían la UTE constituida por F y D y la UTE constituida por C y V".

A diferencia del concepto ya explicado por el Servicio Jurídico, ninguna de las empresas individualmente considerada participa en más de una UTE, aunque si participan empresas distintas vinculadas a un mismo grupo empresarial en más de una UTE junto con otras que pertenecen a otro grupo, presentando proyectos idénticos o muy similares entre sí.

5. Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas en la solicitud de informe, es preciso analizar los conceptos de UTEs así como el de grupo empresarial.

El concepto de UTE aparece muy bien delimitado en el Informe 2/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que, reiterando uno anterior suyo, el Informe 16/2011, de 8 de junio, dice al respecto que:

"...una unión temporal de empresarios es un sistema de colaboración que surge como consecuencia de un contrato asociativo, de carácter temporal, para la ejecución de un contrato, dando lugar a una organización distinta de la de sus miembros, pero sin personalidad jurídica propia o diferenciada. Se trata, por lo tanto, de una asociación de empresarios que —manteniendo su independencia jurídica, y siendo sus miembros los que asumen la condición de contratistas— disponen durante la vigencia del contrato de una estrategia de dirección unitaria para su ejecución, a la que no podrían hacer frente de manera individualizada.

Esta ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión, y no a la misma..."

Descripción, que también encontramos en el Informe 56/13, de 15 de diciembre de 2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuando expresa que:

"La UTE se caracteriza por ser un sistema asociativo de colaboración empresarial que, si bien implica una estructura organizativa común, nunca llega a conformar la existencia de un sujeto de derecho distinto de los propios empresarios que la integran. Ese sistema de colaboración se articula, ad intra, mediante el propio contrato de UTE que suscriben sus integrantes, y, ad extra, mediante la participación de esa UTE en el procedimiento de licitación contractual. La articulación ad extra, culminará con la obligación de elevar a escritura pública ante Notario la formalización de la UTE, si finalmente ésta resultara adjudicataria del contrato público. La UTE es, por tanto, un sistema de colaboración entre empresarios, cuyas principales notas distintivas son: Falta de personalidad jurídica; Régimen de responsabilidad solidaria, que asumen todos y cada uno de los empresarios integrantes de la misma; Carácter temporal de su constitución; y obligatoriedad de formalizarse, mediante escritura pública ante Notario, en caso de resultar adjudicataria del contrato público".

En definitiva y por lo que aquí nos interesa, la UTE constituye un sistema de colaboración de empresarios que carece de personalidad jurídica propia distinta a la de sus integrantes, que son los que asumen la condición de contratistas y verdaderamente contratan, por lo que los requisitos para contratar son exigibles directamente a cada uno de los miembros integrantes, quienes asumen un régimen de responsabilidad solidaria.

La participación de las uniones temporales de empresarios, en la contratación pública, se encuentra regulada en el artículo 59 del TRLCSP, que dispone:

"1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que especificará esta circunstancia.

2. Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

3. La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

4. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurran en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional."



Por su parte, el concepto de grupo empresarial o empresas vinculadas, según el artículo 145.4 del TRLCSP, queda determinado en el artículo 42.1 del Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, en los términos siguientes:

"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".

En resumen, existirán empresas vinculadas cuando estas pertenezcan a un mismo grupo de sociedades, con la existencia de una sociedad dominante en el grupo y con una o varias sociedades dependientes y, en el tema que nos ocupa, con poder de dirección en la preparación y presentación de ofertas.

6. La primera cuestión se plantea sobre el denominado principio de proposición única, que se encuentra regulado en el apartado 3 del artículo 145 del TRLCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, disponiendo al efecto que:

"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 precepto, como se recoge en el Informe 48/11, de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado,

"...impone la regla general de que cada licitador sólo podrá presentar una proposición, ("un licitador, una proposición") entendiéndose por licitador a cualquier persona física o jurídica. Esta regla general se completa con varias precisiones contenidas dentro del mismo artículo 145. En primer lugar, un licitador que haya presentado una proposición no podrá presentar otra en unión temporal con otros, así como no podrá figurar en más de una unión temporal. La razón de ello se encuentra en que la unión temporal carece de personalidad jurídica, por lo que las personas (físicas o jurídicas) que la integren conservan su propia personalidad jurídica..."

El principio de proposición única, que este precepto establece, tiene como fundamento, tal como se recoge en el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en:

"...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 presentara 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 la concurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública."

Se completa el mencionado principio con lo que dispone el apartado 4 del mismo artículo 145, conforme al cual en los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas; mientras que en los demás contratos producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados, y que empresas vinculadas son las que encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, tal como ha quedado expuesto en la consideración quinta anterior.

Así pues y de conformidad con la normativa expuesta, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas en una misma licitación no contraviene, por sí misma, el principio de proposición única, por lo que tienen que ser admitidas sus proposiciones, salvo que se trate de un contrato de concesión de obra pública.

Y esto, que se predica respecto de las propuestas presentadas por empresas vinculadas de manera individual, en opinión de esta Junta debe ser también aplicable cuando dichas empresas presentan sus propuestas a través de una UTE en la que se integran, por una razón fundamental, porque las UTEs, aunque constituyan un sistema de colaboración, carecen de personalidad jurídica propia distinta a la de sus empresas integrantes, siendo éstas las que asumen la condición de contratistas y las que tienen personalidad jurídica propia e independiente.

Precisamente, como señala el Informe 2/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, antes mencionado, ha sido la existencia de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas vinculadas o relacionadas, la que ha llevado a considerar la no existencia de proposiciones simultáneas a los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública, mencionándose al respecto el Informe 56/99, de 21 de diciembre, el 32/05, de 26 de octubre y el 48/11, de 1 de marzo de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como el Informe 6/2002, de 30 de julio de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía.

Consecuencia de todo lo expuesto, la respuesta a la primera de las preguntas formuladas debe de ser negativa, en el sentido de que en un contrato distinto al de concesión de obra pública y salvo que una misma empresa se integrara en más de una UTE, el cual es licitado a través de un procedimiento abierto con un solo criterio de adjudicación, las ofertas económicas formuladas por UTEs integradas por grupos de empresas cruzadas no contraviene el principio de proposición única del artículo 145.3 del TRLCSP, ya que al carecer las UTEs en las que se integran de personalidad jurídica independiente, debe considerarse que será cada una de las empresas vinculadas o relacionadas las que presentan las ofertas tal como ha quedado reflejado



anteriormente. Presentación por empresas vinculadas que, de acuerdo con lo que establece el artículo 145.4 del TRLCSP, tendrá los efectos reglamentarios que se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados, tal como prevé el artículo 152 del mismo TRLCSP, pero no supone la exclusión de las mismas del procedimiento de licitación.

7. La segunda de las cuestiones planteadas se refiere a los acuerdos colusorios; en concreto plantea si ofertas técnicas idénticas o casi idénticas, en un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (que afecta a cuatro proyectos), constituirían un pacto prohibido entre licitadores sobre la oferta técnica a presentar con la finalidad de hacer inútil esta parte de la licitación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras.

La definición de prácticas colusorias la encontramos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, que en su artículo 1 las define como:

"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: La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

En el área de la contratación pública, las prácticas colusorias son definidas por la Comisión Nacional de la Competencia en su «Guía sobre contratación pública y competencia», como aquellos comportamientos de la empresas por los que se ponen de acuerdo 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. Este tipo de prácticas violaría principios básicos de la contratación pública, como son el de libre competencia, de igualdad entre los licitadores, de transparencia, de proposición única o de secreto de las proposiciones.

La única referencia a este tipo de prácticas en el TRLCSP es la recogida en su Disposición adicional vigésimo tercera, sobre "*prácticas contrarias a la libre competencia*", que literalmente establece:

"Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación".

A la vista del contenido de la mencionada Disposición adicional vigésimo tercera, y tal como se mantiene en el informe 5/2013, 15 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación de Baleares, en casos de sospecha de este tipo de prácticas colusorias en el seno de una licitación

es necesario ponerlo en conocimiento de los órganos competentes en estas materias (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) en el plazo más breve posible desde el momento en que se hayan detectado indicios de prácticas colusorias o anticompetitivas entre los licitadores, y *"..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 un motivo de exclusión, y ello no tan solo porque la normativa en materia 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 una mera sospecha de actuaciones colusorias.."*

Este mismo criterio es el seguido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución número 838/2015 de fecha 18 de septiembre, por la que resuelve los recursos 843/2015 y 852/2015 al establecer que:

"El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control.

La existencia de indicios de prácticas anticompetitivas como consecuencia de la presentación de ofertas casi idénticas (en concreto, sobre la proposición técnica relativa a los criterios no evaluables mediante fórmulas) por parte de las entidades recurrentes no puede ser considerado razón suficiente para excluir a estas empresas.

A este respecto, debe recordarse que es criterio consolidado de este Tribunal que en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto.

No corresponde, pues, al órgano de contratación la apreciación de que existen, en perjuicio de los intereses públicos, prácticas colusorias entre las empresas participantes en una licitación. Esa tarea es competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, en la que se ha integrado la Comisión Nacional de la Competencia".

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante D. 2014/24/UE), en su artículo 57 regula los motivos de exclusión para la participación en los procedimientos de contratación, recogiendo en sus apartados 1, 2 y 4 el listado de las prohibiciones de contratar y en concreto por lo que aquí interesa la letra d) del apartado 4 establece un motivo de exclusión *"cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia".*

No obstante, el apartado 6 del mencionado artículo 57, establece un derecho en favor los operadores que se encuentren en alguna de las situaciones de exclusión en los siguientes términos:

"Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación".

Respecto al posible efecto directo de esta causa de exclusión recogida en el mencionado artículo 57.4.d) de dicha Directiva, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su reciente Resolución 293/2017, de fecha 24 de marzo de 2017, por la que resuelve el Recurso



nº 137/2017, niega dicho efecto por el denominado "efecto vertical ascendente" de la Directiva no transpuesta, expresándose literalmente así:

"El artículo 57 de la citada Directiva, que lleva por rúbrica "motivos de exclusión", viene a recoger en los apartados 1, 2 y 4 el listado de prohibiciones de contratar, por lo que tratándose de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican por tanto a los operadores económicos, El Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares, ya que el efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado "vertical ascendente", lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado, pero sin que queda el efecto directo "vertical descendente", es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares.

También quedaría excluida la posibilidad de que el efecto directo pudiera ser "horizontal", es decir, invocado entre particulares, como ocurre en el presente caso.

Por tanto, y en base a lo expuesto, no puede acogerse la pretensión del recurrente de excluir a las dos UTEs que han quedado en primer y segundo lugar basado en el motivo del artículo 57.4.d).

A mayor abundamiento habría que añadir que no solamente –como señala el órgano de contratación– la existencia de dicho motivo de exclusión aparece recogida con carácter potestativo, sino que el apartado sexto del artículo 57, al que se refiere la adjudicataria en sus alegaciones y que si resulta su efecto directo, por cuanto concede un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para acceder a los procedimientos, si establece la posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión, y ambas UTEs, junto con el órgano de contratación, han dado una explicación razonada a la existencia de coincidencias en las ofertas presentadas".

Anteriormente a dicha Resolución, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación de 6 de abril de 2016 (publicada en el BOE número 85, de 8 de abril), sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, consideró que los supuestos de exclusión recogidos en la Directiva 2014/24/UE ya habían sido transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico interno, por lo que no procedía hablar de efecto directo sino de mera aplicación de normas nacionales, expresándolo textualmente así:

"..España transpuso la regulación de las prohibiciones de contratar que establece la DN (D. 2014/24/UE) mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica la regulación de esta materia en el TRLCSP, concretamente dando nueva redacción a los artículos 60 y 61 y creando "ex novo" el artículo 61 bis, por lo que con carácter general en esta materia no procede hablar de efecto directo sino de mera aplicación de normas nacionales".

Y en el sentido indicado, esa misma Recomendación en la tabla de correspondencia entre los artículos de la D. 2014/24/UE y del TRLCSP que incorpora para facilitar la cumplimentación del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) a las empresas, en su parte relativa a las preguntas sobre los motivos de exclusión que deben responder los licitadores, consideró al artículo 57.4.d) de la Directiva 2014/24/UE equivalente al artículo 60.1.b) del TRLCSP, con su actual redacción:

"Artículo 60. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a)...

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia,..."

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, y contestando a la segunda pregunta formulada, esta Junta Regional de Contratación entiende que la coincidencia entre las ofertas técnicas o proyectos presentados en un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, no necesariamente en todo caso tiene que constituir un pacto prohibido entre los licitadores pues la misma puede no resultar de una acción concertada de carácter colusorio entre ellos, ello dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

Si del análisis de dichas circunstancias, se sospecha la existencia de prácticas colusorias como consecuencia de la presentación de ofertas técnicas o proyectos casi idénticos por las distintas empresas que pertenecen a varios grupos y que participan integrado dos o más UTEs, podría hablarse de pactos prohibidos entre los licitadores en la medida que estos pueden impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de licitación del contrato.

En este caso el órgano de contratación, o los demás órganos señalados en la Disposición adicional vigésimo tercera, deberán notificarlo a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, quien será la competente para determinar la existencia de prácticas colusorias entre las empresas participantes en una licitación pública.

Por ultimo indicar que la existencia de indicios de acuerdos o prácticas colusorias entre los licitadores no constituye un motivo de exclusión del procedimiento de licitación porque la normativa de contratación no lo prevé como tal, y sólo en esta materia podría ser excluida de la licitación aquella empresa que hubiera sido sancionada con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, que constituye uno de los supuestos previstos de prohibiciones de contratar en el artículo 60.1 b) del TRLCSP, que con su nueva redacción dada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tal como considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación de 6 de abril de 2016, se transpone entre otras, la causa de exclusión contenida en el artículo 57.4 d) de la D. 2014/24/UE.

8. La tercera pregunta se refiere a la de si las ofertas técnicas formuladas sobre la base de dos proyectos básicos idénticos por diferentes mercantiles de un mismo grupo, y que concurren a la licitación en UTE con otras mercantiles de otros grupos constituiría una estrategia para eludir el principio de proposición única del artículo 145.3 del TRLCSP.

Esta se refiere igual que la primera al principio de proposición única, pero con dos variables: que se formula respecto a la licitación de un contrato de elaboración de proyecto y ejecución de obra, y que la adjudicación se lleva a cabo en base a varios criterios.

Respecto al tipo de contrato –elaboración de proyecto y ejecución de obras- el artículo 145.4 no prevé ninguna especialidad respecto al mismo, por lo que no siendo un contrato de concesión de obra pública, se aplicará igualmente lo dispuesto en segundo párrafo para la generalidad de los contratos: *"En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación*



con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.”

En cuanto a que la adjudicación del contrato se lleve a cabo en base a varios criterios, y no sólo en función del precio, como se plantea en la primera pregunta, el artículo 152.1 y 2 del TRLCSP si establece diferencia al respecto, así:

Cuando el único criterio valorable sea el de su precio, *el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente,..”*, y no habiendo un desarrollo posterior al TRLCSP en esta materia, dichos parámetros serán los contenidos en el artículo 86 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Sin embargo, cuando la adjudicación del contrato se lleve a cabo en función de varios criterios no será de aplicación el mencionado artículo 86, siendo en los pliegos donde *“podrán expresarse los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.”*

Siendo dicha circunstancia la única diferencia, esta Junta entiende que la respuesta a la tercera pregunta planteada deber ser la misma que se ha dado a la primera, tal como ha sido recogida en la consideración sexta de este informe, a la que nos remitimos.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, esta Junta Regional de Contratación Administrativa entiende que:

1. Las propuestas formuladas por lo que se denominan en el escrito de consulta “UTES integradas por grupos de empresas cruzadas” no contravienen el principio de proposición única del artículo 145.3 del TRLCSP, ya que al tratarse de licitación de contratos distintos al de concesión de obra pública, y carecer las UTEs en las que se integran de personalidad jurídica propia e independiente, debe considerarse que será cada una de las diferentes empresas vinculadas las que presentan dichas propuestas, tanto en el caso de que la adjudicación del contrato se lleve a cabo en base a varios criterios o en función únicamente del precio.

2. La coincidencia entre las ofertas técnicas o proyectos presentados en la licitación de un contrato, cuya adjudicación se lleve a cabo en base a un único o varios criterios, no necesariamente tiene que constituir un pacto prohibido entre los licitadores, pues la misma puede no resultar de una acción concertada de carácter colusorio entre ellos, sino que ello dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

3. Si del análisis de dichas circunstancias, se sospecha de la existencia de prácticas colusorias como consecuencia de la presentación de ofertas técnicas o proyectos casi idénticos, el órgano de contratación o los demás órganos señalados en la Disposición adicional vigésimo tercera del TRLCSP, deberán notificarlo a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quien será la competente para determinar la existencia de prácticas colusorias, no constituyendo un motivo de exclusión del procedimiento de licitación.