

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 153

Inadmisión de oferta de licitación por apreciación de existencia de grupo empresarial

La reciente Sentencia 4343/2022, de 22 de noviembre de 2022¹ de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo² ha delimitado el concepto de grupo de sociedades a los efectos del artículo 86 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los procesos de contratación pública, contribuyendo a definir los contornos de los mecanismos de control de ofertas competitivas cuando concurren a la licitación empresas de un mismo grupo.

La empresa pública SEPIDES convocó un procedimiento de licitación pública para la contratación de los trabajos de acometida eléctrica de un edificio de oficinas de su propiedad con un presupuesto base de 370.938,34 euros (IVA no incluido) en el que participaron varias empresas, siendo de interés referir dos de ellas:

- **EMPRESA ECP** presentando una oferta por importe de 252.497 euros, que representaba una baja del 31,93% respecto al precio de licitación
- **EMPRESA MIST** realizando una oferta de 250.123 euros, que representaba una baja del 32,57% respecto al precio de licitación.

El contrato fue adjudicado a otra empresa a pesar de que la oferta de EMPRESA ECP era mejor en precio. La decisión de SEPIDES se basó en la consideración de las ofertas de ECP y MIST como temerarias, por tratarse de dos empresas estrechamente vinculadas que se presentaron de modo aparentemente individual a una licitación con dos ofertas prácticamente idénticas, con infracción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Por tal motivo, la empresa ECP interpuso demanda frente a SEPIDES solicitando además una indemnización por los daños y perjuicios causados

¹ STS 4343/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4343

² Sala de lo Civil porque la demandada es una sociedad perteneciente al sector público empresarial cuyas actividades se rigen por el ordenamiento jurídico privado, si bien también le resultan de aplicación, entre otras normas de derecho público, la legislación de contratos del sector público.

a consecuencia de la improcedencia de la inadmisión de su oferta.

Antes de analizar el asunto controvertido es necesario hacer referencia a la jurisdicción competente, ya que la demandada es una sociedad perteneciente al sector público empresarial, cuyas actividades se rigen por el ordenamiento jurídico privado, si bien también le resultan de aplicación, entre otras normas de Derecho público, y a los efectos que ahora interesan, la legislación de contratos del sector público. En concreto, en la fecha de tramitación y aprobación del procedimiento de licitación del que nace el litigio, estaba vigente el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP), que sucedió al anterior texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a cuyo art. 83.3 se remite a su vez el art. 86 su Reglamento general aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, que fue la norma aplicada por Sepides para acordar la inadmisión de la oferta presentada en la licitación pública por ECP. Entre los objetivos de la legislación referida se encuentra garantizar que la contratación del sector público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (art. 1 LCSP), y su ámbito subjetivo incluye a la demandada, como sociedad mercantil en cuyo capital social tiene

una participación superior al 50% una entidad pública empresarial (art. 3.1 LCSP).

El contrato de cuya adjudicación trata el litigio es un contrato de obra (art. 6 LSCP), que tiene el carácter de contrato privado, y no administrativo, por no ser parte del mismo una entidad del sector público (Sepides) que reúna la condición de Administración Pública (arts. 19.1, 20.1 y 3.2 LCSP). En consecuencia, si bien sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, sin embargo, en cuanto a su preparación y adjudicación, se rigen por la legislación de contratos del sector público y sus disposiciones de desarrollo (art. 20.1 LCSP). No obstante, el orden jurisdiccional civil es competente no solo para resolver las controversias que surjan entre las partes respecto de los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos privados, sino también para conocer las cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebren las entidades sometidas a la legislación de contratos del sector público que no tengan el carácter de Administración pública - siempre que los contratos no estén sujetos a regulación armonizada - (art. 21.2 LCSP).

Expuesto lo anterior procede ahora analizar la cuestión que late en el fondo del asunto y que radica en la configuración - o no - de las empresas ECP y MIST como integrantes de un "grupo de sociedades" a los efectos de los artículos 42 del Código de Comercio³ y 86 del Reglamento

³ El artículo 42. 1 del Código de Comercio determina que toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esa sección; y añade que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Añade que, 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 (...)"

de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁴, que prevé (a los efectos de aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias) que cuando varias empresas de un mismo grupo presentan oferta de manera individual, se tomará la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del mismo grupo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que el control de ambas sociedades estaba en manos de los mismos accionistas y el mismo consejo de administración y presidente, todos ellos hermanos, con una participación del 98% en ECP, y 100 % en MIST.

Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia desestimó el recurso apreciando la existencia de un control real del mismo grupo familiar sobre ambas sociedades, así como la mayoritaria participación de MIST en ECP, con la mayoría de los derechos de voto, y concluyó que las decisiones de esta última están formalmente dominadas

por los socios que poseen la totalidad del capital social de MIST.

Finalmente, ECP interpuso, contra la sentencia de apelación un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y otro recurso de casación, articulado en un único motivo.

Recurso extraordinario por infracción procesal:

- por falta de falta de motivación en la desestimación del motivo de apelación relativo a la incongruencia omisiva de la sentencia de primera instancia al no contener pronunciamiento alguno acerca de cuestiones relacionadas con la tramitación del procedimiento de licitación (artículos 469.1.2 LEC. en relación con el artículo 218.2 de la LEC.)

Esta pretensión fue desestimada al considerar que la sentencia no incurre en incongruencia omisiva ni falta de motivación (fundamento jurídico segundo apartado 2 STS).

- por vulneración del derecho fundamental a la prueba inserto en el derecho a un proceso

⁴ Artículo 86. Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo.

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 concurren 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 concurren 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.

con todas las garantías y, en último extremo, en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE, en lo que se refiere a la valoración de la prueba (artículo 469.1.2 LEC).

Esta pretensión fue también desestimada por considerar que no puede apreciarse una valoración ilógica o arbitraria de la prueba, resultandos incontrovertidos algunos extremos de la misma (fundamento jurídico cuarto, apartados 2 a 9 STS).

Recurso de casación por la presunta oposición de la Sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del artículo 42.1 del Código de Comercio, en cuya virtud, la consideración de grupo de empresas al amparo de lo dispuesto por el art. 42.1 del Código de Comercio exige la existencia de una “situación de control” de conformidad con la jurisprudencia contenida en las sentencias TS 738/2012, de 13 de diciembre, 134/2016, de 4 de marzo, y 190/2017, de 15 de marzo.

Consideran los demandantes que esa situación de control no se da en el caso objeto de la litis en cuestión pues con arreglo al artículo 42 del Código de Comercio, tras la reforma del año 2007, no puede incluirse en el concepto legal de “grupo” el llamado grupo horizontal o de coordinación, sino que se reduce a las situaciones de control, es decir, los conocidos como grupos verticales, y más en concreto, no basta la existencia de control sin más, sino que debe existir una sociedad dominante y otra u otras dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras.

La Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestima este motivo, por las siguientes razones:

1. La regulación aplicable pretende evitar que, por medio de un concierto entre varias

empresas oferentes, pueda acordarse presentar ofertas no competitivas, más bajas de las que presentarían en condiciones normales de competencia libre, con objeto de que el precio medio del conjunto de las ofertas se reduzca, de forma que, al realizar el cálculo de las ofertas temerarias, se favorezca la adjudicación a una de las empresas concertadas, y se limite la exclusión por baja temeraria o desproporcionada a la oferta realizada por el resto de las concertadas.

Para evitar estas prácticas anticompetitivas la legislación contractual toma en cuenta, únicamente para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la más baja, en los casos en que varias empresas de un mismo grupo concurren individualmente a la adjudicación del contrato, porque, de otro modo, el licitador que presenta más de una oferta se encuentra en una posición de ventaja sobre los licitadores que solo presentan una oferta, colocando de partida a estos últimos en una situación objetiva de desventaja, con el riesgo de manipulación del procedimiento de adjudicación por el licitador que hace más de una oferta mediante el uso de una de las ofertas que presenta con la finalidad de excluir las ofertas del resto de los licitadores, o con el exclusivo fin de restar puntuación a los demás licitadores.

2. Las empresas ECP y MIST habían sido sancionadas con anterioridad por prácticas contrarias a la competencia por alteración de precios, así como denunciadas por adjudicaciones irregulares. En el caso de la litis, como afirma la demandada, la práctica seguida consistiría en que ECP habría concurrido al procedimiento de licitación con MIST emitiendo una oferta con bajas desproporcionadas con la finalidad de rebajar la oferta media para que, al realizar el cálculo de las ofertas desproporcionadamente bajas, solo una fuera excluida, y la otra resultara adjudicataria.

Lo que el artículo 86 del Reglamento pretende es evitar este tipo de prácticas o estrategias concertadas entre empresas vinculadas para obtener la adjudicación de los contratos, para lo que establece una suerte de presunción legal de existencia de concierto entre esas empresas, de forma que solo será computada para definir la media del conjunto de las ofertas la más baja, con exclusión de las demás. Tal es la ratio de la norma que, para definir el tipo de vinculación entre empresas incluida en el perímetro de la presunción legal de concertación, se remite al artículo 42 del Código de comercio.

3. La STS define el concepto de “grupo de sociedades” en la doctrina jurisprudencial (fundamento jurídico séptimo apartado 2) y concluye que el concepto de grupo es compatible con casos en que las sociedades licitantes no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas y el control lo ostente un núcleo familiar integrado por varias personas que actúan en concierto, como ocurre en el caso de las empresas recurrentes, razón por la que desestima el recurso en su integridad y condena en costas al demandante.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.