



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 - 003 A CORUÑA

MQ

N.I.G.: 36057 45 3 2019 0000017
Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0007120 /2020
Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
De D/ña. VIGO EVENTOS SL
Abogado: ALVARO LOIS PUENTE
Procurador: FRANCISCO JAVIER ALMON CERDEIRA
Contra D/ña. CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

D./ D^a. MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de RECURSO DE APELACION n° 0007120 /2020 ha recaído , del tenor literal:

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

SENTENCIA: 00233/2020

PONENTE: D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ

RECURSO: RECURSO DE APELACION 7120/2020

APELANTE: VIGO EVENTOS S.L.

Procurador: FRANCISCO JAVIER ALMON CERDEIRA

Letrado: ALVARO LOIS PUENTE

APELADO: CONCELLO DE VIGO (PONTEVEDRA)

Procurador: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

Letrado: LETRADO AYUNTAMIENTO

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:



FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA
JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRIGUEZ
JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ

A Coruña, 23 de octubre de 2020.

VISTOS por la Sala, constituida por los magistrados relacionados al margen, los autos del recurso de apelación número 7120/2020, interpuesto por el representante procesal de la sociedad mercantil "Vigo Eventos, SA", contra la sentencia del titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Uno de Vigo de 03.03.20, que desestimó el recurso que interpuso frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo de 18.10.18, que confirmó el de la mesa de contratación de 03.05.18, en el que la excluyó como licitadora del contrato convocado para explotar una cafetería municipal, con instalación de máquinas expendedoras de bebidas y sólidos, al tiempo que confirmó igualmente el acuerdo municipal de 07.06.18, que adjudicó el contrato a la sociedad mercantil "Restauración A-52, SL". Ha sido parte apelada el Ayuntamiento de Vigo.

Interviene como ponente el magistrado ilustrísimo señor don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ LÓPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente al acuerdo de la mesa de contratación de 03.05.18 -constituida para adjudicar el servicio de cafetería del Ayuntamiento de Vigo-, que excluyó como licitadora a la sociedad mercantil "Vigo Eventos, SA", y contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 07.06.19, que adjudicó el contrato a la sociedad mercantil "Restauración A-52, SL", interpuso aquélla sendos recursos administrativo que desestimó ese órgano colegiado en su acuerdo de 18.10.18. Y frente a éste interpuso el letrado de esa empresa un recurso jurisdiccional que se desestimó mediante sentencia del titular del Juzgado de este orden número Uno de Vigo de 03.03.20, que concluyó que la actora había sido correctamente excluida al haber presentado una oferta junto con otra empresa que no eran autónomas ni independientes.

SEGUNDO.- Disconforme el letrado de la actora con esta resolución judicial, interpone un recurso de apelación, al que se ha opuesto el letrado municipal.





TERCERO.- Mediante providencia de 08.10.20 se ha señalado el día 23.10.20 para la votación y fallo, que ha tenido lugar en esa fecha.

CUARTO.- Se han observado todas las prescripciones legales.

Es ponente el magistrado don Juan Carlos Fernández López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 12.05.16 se inició el procedimiento para contratar el servicio de cafetería de la casa consistorial de Vigo, que incluía la instalación de máquinas de bebidas y sólidos; a ese procedimiento se presentaron once licitadoras, entre ellas las sociedades mercantiles "Vigo Eventos, SA", que obtuvo la segunda mejor puntuación, pero que resultó excluida por la mesa de contratación por acuerdo de 03.05.18, así como "Restauración A-52, SL", que obtuvo la tercera posición, pero a la que se le adjudicó el contrato mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo de 07.06.18, tras haber renunciado la primera ("Oh Vigo, SL"); frente a ambos acuerdos interpuso la primera sendos recursos que se desestimaron por acuerdo municipal de 18.10.18.

Este fue de nuevo impugnado por aquélla, esta vez en la vía jurisdiccional, a través de una demanda que negó que las empresas que obtuvieron las dos mejores calificaciones fueran idénticas, así como que existiera algún tipo de vínculo entre ellas, ni que formaran un grupo empresarial, por lo que la actora no debió ser excluida; a ello añadió las especiales exigencias impuestas en la legislación contractual a las uniones temporales de empresas, que tampoco formaban aquéllas, por lo que pretendió que se anulara el acuerdo impugnado, que se ordenara retrotraer las actuaciones al momento anterior a la exclusión y que se le adjudicara a la demandante el contrato, por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa.

A esas pretensiones y motivos se opuso el defensor municipal, que sostuvo que la exclusión de la actora fue ajustada a derecho, al estar vinculada con otra que también licitó, pero que luego se apartó voluntariamente para favorecerla, lo que compartió el juzgador de instancia en su sentencia de 03.03.20, al entender que, del conjunto de la prueba, se infería que tales empresas no eran autónomas ni independientes, sino que formaban una sola que realizó dos ofertas bajo un ropaje formal de dos personas jurídicas aparentemente diferenciadas.



En su recurso de apelación, sostuvo el letrado de la actora que la sentencia impugnada no valoró debidamente la prueba que acreditó que no existía ninguna vinculación entre ambas licitadoras, ni que actuaban en una unidad de negocio que permitiera considerarlas como un único operador económico, ya que tenían personalidades jurídicas diferentes, actuaron con total transparencia y no podía el juzgador de instancia confirmar la exclusión de la actora por la existencia de meros indicios; a ello añadió que la condena solidaria recaída en la jurisdicción social no impedía que pudieran presentar diferentes ofertas empresas vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo empresarial y que la exclusión de la oferta de la actora por el órgano de contratación obedeció a las presiones que ejercieron tanto la organización sindical CIG, como el grupo municipal Marea de Vigo.

Finalmente, el letrado municipal se opuso a la estimación del recurso de apelación, para lo cual se remitió a lo alegado en su escrito de contestación a la demanda y a lo acogido en la sentencia de 03.03.20 impugnada.

SEGUNDO.- La controversia estriba en averiguar qué tipo de vínculo existía entre la empresa que obtuvo la mejor puntuación, pero a la que no se le pudo adjudicar el contrato, al haber renunciado ("Oh Vigo, SL"), y la que obtuvo la segunda puntuación, pero que fue después excluida ("Vigo Eventos, SL"), y, en el caso de que existiera entre ellas algún vínculo, determinar los efectos que se producirían en las proposiciones que presentaron.

Ya se anticipa que son posibles dos alternativas: la primera, que estuvieran vinculadas por formar un grupo empresarial; y la segunda, que sus distintas estructuras formales y personalidades jurídicas diferentes encubrieran la realidad de una sola empresa. A ambas alternativas se referirán los dos siguientes fundamentos de derecho.

TERCERO.- Dada la fecha de inicio del procedimiento contractual, resultaba de aplicación lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, como indicaron los pliegos rectores, cuyas cláusulas resultan vinculantes tanto para el órgano de contratación, como para quienes licitan, como señala su artículo 145.1.

Pero los apartados de ese precepto que aquí interesan son el 3 y el 4. El primero de ellos disponía que "cada licitador no podrá presentar más de una proposición", ni "suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal"; la consecuencia que suponía infringir esas normas era la de inadmitir todas las propuestas. Por su parte, el apartado 4





contemplaba también la prohibición de que las empresas vinculadas (esto es, las que se encontraban en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio) pudieran presentar proposiciones diferentes en los contratos de concesión de obra pública, con la misma consecuencia de que se excluyeran todas sus ofertas, lo que no sucedía en los restantes contratos (como el administrativo atípico que aquí interesa), donde los efectos serían los que reglamentariamente se determinaran en relación con la aplicación del régimen contemplado en su artículo 152 para las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

La remisión al desarrollo reglamentario debe entenderse referida al artículo 86 del Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que, al regular la valoración de las proposiciones formuladas por las empresas pertenecientes a un mismo grupo, establece que, en ese caso y para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, se tomará únicamente la oferta más baja, de forma tal que la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias se producirán respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo. Para hacer efectivo ese mandato, tal precepto ordena que las empresas del mismo grupo que concurran a una misma licitación, presenten una declaración sobre aquellos extremos, al tiempo que permite que los pliegos de cláusulas administrativas puedan fijar los criterios para valorar las proposiciones de las empresas pertenecientes a un mismo grupo. Por su parte, el artículo 41 del CCom al que se remiten los artículos 145.4 del TRLCSP y 86 del RGLCAP dispone que existe un grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, a lo que añade que se presumirá que existe tal control cuando una sociedad (dominante) se encuentre en relación con otra (dependiente), bien cuando posea la mayoría de los derechos de voto, bien cuando tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de miembros del órgano de contratación, bien cuando, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto, o bien cuando haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Así pues, de todo ello se concluye que, con la salvedad de los contratos de concesión de obra pública, la normativa contractual permite la posibilidad de que las empresas vinculadas (en las circunstancias que se acaban de señalar) puedan presentar ofertas diferentes, si bien a la hora de determinar si alguna de sus ofertas incurre en temeridad o es



anormalmente baja, se tendrá en cuenta la más baja de las que hubieran presentado.

Ello es acorde con los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, así como de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores que reconoce el artículo 1 del TRLCSP (en igual sentido la STC 84/2015 y la STS de 28.09.20), también reconocidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (entonces vigente), que los estados miembros deben respetar, como recuerdan las SsTJUE de 12.06.90, asunto 8/88, y de 13.01.04, asunto C-453/00, así como la STS de 28.09.20 antes citada. En particular, la STJUE de 19.05.09, asunto C-538/07, señala que se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de forma simultánea y en competencia en una misma licitación a las empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de esa licitación.

En definitiva, el artículo 145 del TRLCSP sólo prohíbe expresamente que las empresas vinculadas o pertenecientes a un mismo grupo puedan presentar ofertas en los contratos de concesión de obra pública, lo que no era el caso, pues se estaba en presencia de un contrato administrativo atípico al que no se le aplicaba tal prohibición, pero sí las consecuencias impuestas en el artículo 86 del RGLCAP. Por lo tanto, si se cumplen las exigencias impuestas en el artículo 42 del CCom, que delimita el concepto de grupo empresarial, es posible que las empresas así vinculadas puedan presentar distintas ofertas, con la advertencia de que se atenderá a la que ofrezca el precio más bajo para determinar si es o no desproporcionada o temeraria. Pero también debe advertirse que tal vinculación por formar parte de un mismo grupo empresarial, no determina que se esté en presencia de una sola empresa, ni que una y otra sociedad se conviertan, "de facto", en la misma persona jurídica.

No hizo una referencia explícita a ese régimen el pliego de cláusulas administrativas, ya que su cláusula 13.6 se limitó a señalar que en ningún caso se podría presentar más de una oferta y que su incumplimiento implicará que no se admita al licitador en tal procedimiento, previsión que se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 145.3 del TRLCSP, aunque en éste se indicaba que se inadmitirían todas proposiciones.





CUARTO.- En cuanto a la segunda de las alternativas posibles, y pese a la obligación de actuar con buena fe y de que las empresas del mismo grupo deban comunicar tal circunstancia al órgano de contratación (artículo 86 del RGLCAP), es posible que no se atiende a esta formalidad y que concurran a la licitación empresas formalmente distintas y con una apariencia de personalidades jurídicas independientes que encubren, con un propósito fraudulento, una realidad unitaria. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar esa apariencia de personalidades independientes para deshacer lo ficticio y desvelar lo que son sólo sociedades "de fachada", a través de la doctrina del "levantamiento del velo" (SsTS de la Sala Primera de 22.11.00, 05.04.01, 30.07.02 y 27.09.06), de manera que, si así fuera, se tendría que entender que las ofertas presentadas por las empresas en esas circunstancias se consideren procedentes de una sola licitadora a fin de aplicar las consecuencias previstas en las normas contractuales y en los pliegos, esto es, la exclusión de ambas del procedimiento de contratación (artículo 145.3 del TRLCSP y cláusula 13.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares).

QUINTO.- Pues bien, la sentencia de instancia comenzó por referirse a la primera de las alternativas, regulada en las normas citadas y previstas para el caso de empresas formal y materialmente diferentes, pero vinculadas entre sí por formar parte de un grupo empresarial, si bien al final la descartó para decantarse por la segunda alternativa, luego de examinar los hechos que aparecían acreditados en la documentación obrante en el expediente administrativo.

Así, comenzó por indicar que, en términos generales, 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 era razón suficiente para que el órgano de contratación pudiera excluir automáticamente a esas empresas, de modo que si se constataba tal influencia, sin importar su forma, era suficiente para excluirlas del procedimiento en cuestión, dado el riesgo de transferencia de información entre ellas. Pero al final concluyó el juzgador que no se estaba en realidad en presencia de un grupo de empresas vinculadas, sino ante una sola empresa, en razón al conjunto de indicios concretados en la presentación el mismo día (con dos minutos de diferencia) de ofertas con la misma tipografía, idénticos datos de contacto, mismo socio único, administrador único y representante legal y existencia de un despacho de ejecución judicial contra ambas empresas en



términos de responsabilidad solidaria, de cuyas resultas concluyó que una persona física realizó dos ofertas en el mismo procedimiento, aunque bajo el ropaje formal de dos personas jurídicas aparentemente diferenciadas, lo que se reforzó por el hecho de que, tras obtener una de ellas la mejor puntuación por haber ofrecido la mejor oferta, dejó decaer su derecho escudada en un problema burocrático, lo que iba a dejar a la segunda en la posición de ser adjudicataria. También se atuvo la sentencia apelada a la conclusión a que llegó la STJUE de 17.05.18, asunto C-531/16, que interpretó lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, para concluir que el órgano de contratación, cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes, de modo que si se demuestra que no lo son, no se les puede adjudicar el contrato a los licitadores que presentaron tal oferta. Tal conclusión no impidió que esa sentencia reconociera que el Derecho de la Unión Europea no contemplaba una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí pudieran presentar ofertas, que no podían ser coordinadas o concertadas, sino diferentes y autónomas, lo que se podía acreditar con pruebas directas, pero también por indicios que constatasen que los vínculos entre las licitadoras habían influido en el contenido de sus ofertas.

Pues bien, en este caso el órgano de contratación (por las razones espúreas a que se refiere el letrado de la apelante o por otras dignas de mejor causa), intentó averiguar la relación que existía entre las dos empresas que habían obtenido la mejor puntuación, de cuyas resultas acordó excluir a la que quedaba (la otra se había apartado cuando se le notificó la adjudicación del contrato), tras examinar el conjunto de pruebas que tuvo a su disposición, que ya se comprende que no podían ser directas, pues si existía algún tipo de propósito fraudulento, tratarían de ocultarlo; por el contrario, llegó a la conclusión de que sí existió esa anomalía a partir de pruebas indiciarias, esto es, por las presunciones a que se llega a partir de un hecho cierto del que se pueda inferir una consecuencia coherente, razonable y no arbitraria (SsTS de 19.03.01 y 03.12.01), lo que esta sala comparte, en primer lugar, por las coincidencias a que hizo referencia el juzgador de instancia, pero también por la actuación posterior de la empresa que quedó en primer lugar (en realidad la de su único socio y administrador, que era el mismo que el de la segunda empresa), que renunció a celebrar el contrato adjudicado, en el que ofertó un canon más oneroso que el que ofertó para su segunda empresa, con la consecuencia de que se aseguraba la adjudicación en segunda vuelta, pero





con una menor onerosidad, esto es, con mayor beneficio, como se puede advertir de la puntuación otorgada por la mesa de contratación en sesión celebrada el 23.03.17, que fue de 34 puntos para la primera ("Oh Vigo, SL"), frente a los 29,39 de la segunda ("Vigo Eventos, SL"), lo que prueba que la relación entre ambas tuvo una incidencia determinante en la licitación. Pero esa realidad económica unitaria, presidida por la actuación coordinada y conjunta de dos empresas formalmente diferenciadas y con su propia personalidad jurídica (pero con un único e idéntico socio y administrador), se hizo también evidente con la condena solidaria al pago de los salarios debidos a los trabajadores de una de ellas, sobre lo que se ha pronunciado en extenso la jurisprudencia del orden social, de la que son sólo un ejemplo las SsTS de 24.07.89, 22.01.90, 30.01.90, 03.05.90, 30.06.93, 29.01.98, 04.12.02 y 10.06.08). Por estas razones se tiene que confirmar la sentencia apelada.

SEXTO.- Al haberse rechazado el recurso de apelación, se le impone a la parte vencida el pago de las costas causadas a la adversa, si bien hasta un máximo de 500,00 euros (artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el representante procesal de la sociedad mercantil "Vigo Eventos, SA", contra la sentencia del titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Uno de Vigo de 03.03.20, que desestimó el recurso que interpuso frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo de 18.10.18, que confirmó el de la mesa de contratación de 03.05.18, en el que la excluyó como licitadora del contrato convocado para explotar una cafetería municipal, con instalación de máquinas expendedoras de bebidas y sólidos, al tiempo que confirmó igualmente el acuerdo municipal de 07.06.18, que adjudicó el contrato a la sociedad mercantil "Restauración A-52, SL", que confirmamos. Le imponemos a la parte vencida el pago de las costas causadas a la entidad local, hasta un máximo de 500,00 euros.

Notifíquese a las partes haciéndole saber que la misma **no es firme**, y que contra ella, se podrá interponer **recurso de**



casación establecido en el art. 86 y ss de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su nueva modificación operada por la L.O. 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, por las personas y entidades a que se refiere el art. 89.1 de la Ley 29/1998, con observancia de los requisitos y dentro del plazo que en él se señala. Para admitir a trámite el recurso, al interponer deberá constituirse en la cuenta de depósito y consignaciones de este Tribunal **(1578-0000-85-7120-20-24)**, el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (BOE num. 266-de 4/11/09), y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a veintiséis de octubre de dos mil veinte.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

MARIA LUISA DIAZ SANCHEZ

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 VIGO

SENTENCIA: 00068/2020

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)
Teléfono: 986 81 74 40 **Fax:** 986 81 74 42
Correo electrónico:

Equipo/usuario: NR

N.I.G: 36057 45 3 2019 0000017

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000008 /2019 /

Sobre: ADMON. LOCAL

De D/Dª: VIGO EVENTOS, S.L.

Abogado: ALVARO LOIS PUENTE

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador D./Dª RAMON CORNEJO-MOLINS GONZALEZ

SENTENCIA N°68/2020

En Vigo, a tres de marzo de dos mil veinte.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS-ÁNGEL FERNÁNDEZ BARRIO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Ordinario, seguidos con el número 8/2019, a instancia de la empresa "VIGO EVENTOS, S.L.", representada por el Letrado Sr. Lois Puente, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por el Procurador Sr. Cornejo-Molins González bajo la dirección técnica del Sr. Letrado de sus servicios jurídicos; con el siguiente objeto:

Resolución de 18.10.2018 dictada por la Xunta de Gobierno Local del Concello de Vigo, por la que:

a) Se desestima el recurso de alzada interpuesto por la mercantil ahora demandante contra el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación, el 3 de mayo de 2018, de excluirle del procedimiento de adjudicación del contrato.

b) Se desestima el recurso de reposición formalizado por la misma empresa contra el acuerdo de la Xunta de Gobierno Local de 7 de junio de 2018, consistente en la adjudicación del contrato a la licitadora clasificada en tercera posición, "Restauración A-52, S.L."



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACION DE JUSTIZIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo impugnando los actos administrativos arriba referenciados.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se acordó tramitarlo por los cauces del proceso ordinario.

Tras la recepción del expediente administrativo completo, por la parte actora se presentó escrito de demanda, donde se terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

-Se declare la nulidad, o en su caso anulación, del acuerdo de adjudicación de la Xunta de Gobierno Local del 12 de junio de 2018.

-Se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la exclusión de la demandante y, consecuentemente, el Concello de Vigo acuerde adjudicarle a ella el contrato, por ser la oferta económicamente más ventajosa de las presentadas en el procedimiento de contratación pública.

El Concello demandado contestó a la demanda oponiéndose a la estimación de ésta.

TERCERO.- Fijada la cuantía del pleito en 2.755.340,28 €, se declaró pertinente únicamente la prueba documental aportada por las partes.

Finalmente, se presentaron los respectivos escritos de conclusiones definitivas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *De los antecedentes necesarios*

1.- El 27 de enero de 2017, la Xunta de Gobierno Local (en adelante, XGL) del Concello de Vigo aprobó el expediente nº 19840/240 de contratación del servicio de cafetería del Concello, del complejo deportivo de Samil y de la instalación de máquinas de "vending" en dependencias municipales, conforme a los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares definitivamente aprobados. De este último, procede destacar la nº 16, del siguiente tenor (traducido del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

gallego): "en ningún caso se podrá presentar más de una oferta, aunque se haga mediante sistemas distintos (electrónica o papel). La presentación de dos ofertas implicará la no admisión del licitador en el procedimiento de referencia."

2.- Se presentaron once ofertas. Entre ellas, las efectuadas por las empresas "Oh Vigo S.L." y "Vigo Eventos S.L."

3.- La XGL, siguiendo la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación, clasificó el 6 de abril de 2017 en primer lugar a "Oh Vigo S.L.", que obtuvo 100 puntos; en segundo puesto a "Vigo Eventos S.L.", con 95,39 puntos; y en tercer término a "Restauración A-52, S.L.", que había alcanzado 94,01 puntos.

Al mismo tiempo, requería a la licitadora clasificada en primer lugar para que, en el plazo de diez días hábiles, presentase determinada documentación y abonase el coste de los anuncios de licitación.

Transcurrido ese lapso temporal sin que "Oh Vigo S.L." cumplimentase el requerimiento, se tuvo por retirada su oferta. Con todo, al día siguiente de expirar el plazo, se presentó escrito en su representación haciendo explícita la renuncia a la adjudicación, aduciendo imposibilidad de reunir todos los requisitos exigidos en el pliego administrativo; particularmente, el aval bancario.

4.- El 4 de mayo siguiente, la XGL acordó requerir al licitador clasificado en segundo lugar, "Vigo Eventos S.L.", la aportación de esa misma documentación, y así se cumplimentó.

5.- En sesión del 3 de mayo de 2018, la Mesa de Contratación adopta la decisión de excluir a este licitador del proceso de adjudicación, por vulneración del art. 145.3 del TRLCSP, cuyo principio general consiste en que cada licitador no puede presentar más de una proposición.

Ese acuerdo se sostenía en las coincidencias entre las dos empresas mejor clasificadas ("Oh Vigo S.L." y "Vigo Eventos S.L."), observadas en la documentación obrante en el expediente:

-Semejanza de objeto social.

-Idéntico correo electrónico.

-Mismo socio único, administrador único y representante legal; condiciones que aunaba D. Francisco-Javier Valverde Ríos.



-Ambas ofertas habían sido presentadas el mismo día, con dos minutos de diferencia entre la primera y la segunda.

-El Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo había despachado ejecución de títulos judiciales el 11.7.2017 (procedimiento ordinario 1327/2012) contra ambas mercantiles, en calidad de responsables solidarias frente a las reclamaciones de diecisiete trabajadores.

6.- El 10 de mayo de 2018 la XGL asume esa determinación de exclusión, por lo que requiere a la licitadora clasificada en tercera posición, "Restauración A-52, S.L.", el acopio de la documentación precisa para obtener la adjudicación, que efectivamente se produce el 7 de junio siguiente.

7.- Contra la decisión de exclusión de la Mesa y contra el acuerdo de adjudicación, se interpusieron por "Vigo Eventos S.L." sendos recursos administrativos, que fueron desestimados en resolución de 18 de octubre de 2018.

SEGUNDO.- *De la normativa aplicable y su interpretación*

Se trata del art. 145.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aplicable al supuesto enjuiciado por razones temporales, que dispone: cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el art. 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.

Para valorar si en un procedimiento de concurrencia competitiva se respeta el principio que acaba de exponerse, que se resume en "una oferta por licitador", es admisible acudir a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, con la finalidad de descubrir aquellos 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 términos generales, 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.

En términos de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la comunidad autónoma de Galicia de 16 de enero de 2019, "difícilmente no existirá una vulneración de los principios de la licitación y de la proposición única de existir indicios de que los licitadores conocían la oferta de los otros, de forma que pudieran concurrir con esa ventaja e incluso presentar ofertas que cubran varios escenarios posibles a efectos de maximizar las posibilidades de que la adjudicación recaiga en alguna de ellas. En este sentido, si sólo existe esa confluencia de integrantes de las empresas pero sin datos para determinar que las ofertas fueron conocidas por quien también participa en la configuración de otra oferta, no bastaría para llegar a esa conclusión de vulneración.

Así, que las mismas personas aparezcan en la conformación de la oferta en la licitación, firmando los documentos de los diferentes sobres, con conocimiento entonces de varias proposiciones que, en puridad, deben competir entre sí, difícilmente no se puede entender como contrario a los principios de la licitación ya mencionados, así como a los de igualdad de oportunidades en los licitadores, libre competencia, o el del secreto de



las proposiciones. A estos efectos, ese riesgo de transferencia de información tiene una potencialidad mayor si estamos en empresas donde la toma de decisiones recae, en lo tocante a las licitaciones, en muy pocas personas, y aparece que una parte cualificada de estas personas son las que, a su vez, están en la conformación de la voluntad licitadora de otro participante.”

Desde otro punto de vista, no es de aplicación a nuestro caso el 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, donde se establece el régimen de valoración de las propuestas presentadas por empresas del mismo grupo (entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio) para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, en cuyo caso se tomará únicamente 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.

TERCERO.- *De su aplicación al caso concreto*

Efectivamente, el conjunto de los indicios que resultan del expediente administrativo y de los que se hacen eco las resoluciones impugnadas se ha demostrado ciertos: presentación de ofertas el mismo día con dos minutos de diferencia, idénticos datos de contacto, existencia de un despacho de ejecución judicial contra ambas empresas en términos de responsabilidad solidaria. También puede añadirse que la tipografía de las dos ofertas era idéntica.

No es un contraindicio el hecho de que cada una de esas sociedades posea distinta cifra de negocios, porque no se trata más que de la traducción de una diversificación de riesgos empresariales que su propietario ha determinado.

Pero, sobre todo, la esencia estriba en que se trata de un mismo socio único, administrador único y representante legal; condiciones que aunaba D. Francisco-Javier Valverde Ríos.



No es significativo que los domicilios sociales sean distintos, dado que el de una de ellas (Oh Vigo S.L.) lo tiene en la sede de su concesión en la cafetería del Hospital Meixoeiro, mientras que la otra lo posee en el domicilio particular del Sr. Valverde, en (a tenor de los datos que aparecen en la fotocopia de su DNI unida al expediente).

Es decir: una persona física realizó dos ofertas en el mismo procedimiento, aunque bajo el ropaje formal de dos personas jurídicas aparentemente diferenciadas.

Mera apariencia, porque es una sola persona individual la que toma las decisiones de presentar dos ofertas, con distintas características, pero bajo un poder de dirección único, representado por la voluntad del Sr. Valverde.

Esos indicios tomaron cuerpo cuando, resultando mejor oferta clasificada la de una de sus empresas, decide, so capa de un problema burocrático, dejarla decaer en su derecho a la adjudicación del contrato, para que lo asumiese la segunda, que también dirigía, con un resultado de menor onerosidad, dado que las condiciones económicas de esta segunda oferta eran menos beneficiosas para la Administración que las que figuraban en la puja vencedora.

Datos todos ellos suficientes para constatar que la relación entre ambas empresas ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco del procedimiento de licitación, 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 subyacía uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación, por vulneración de la normativa sobre libre competencia en el ámbito de la contratación pública.

Como se anunciaba más arriba, no es de aplicación el art. 86 del GRLCAP a nuestro caso porque no se da la premisa de consideraron de grupo de empresas entre las dos que representa el Sr. Valverde, sino que lo acontecido fue que esta persona efectuó dos ofertas diferentes a través de las dos sociedades que controla.



Además, el mero hecho de concurrir a un procedimiento de licitación varias empresas pertenecientes al mismo grupo no conllevaría automáticamente su exclusión.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17-05-2018 recuerda que el Derecho de la Unión, y, en particular, la Directiva 2004/18, no prevé una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí presenten ofertas en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos. Asimismo, de la jurisprudencia se desprende que, habida cuenta del interés de la Unión en que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho de la Unión.

Pero -continúa esta Sentencia- el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 sería vulnerado si se admitiese que los licitadores pudiesen presentar ofertas coordinadas o concertadas, a saber, no autónomas ni independientes, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores, sin que sea necesario examinar si la presentación de tales ofertas constituye también un comportamiento contrario al artículo 101 TFUE.

En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, el principio de efectividad exige que la prueba de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión pueda aportarse no solo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario.

La constatación de que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento es, en principio, suficiente para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador, dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí. Por el contrario, 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 la independencia de las antedichas ofertas, no basta para que el poder adjudicador pueda excluir automáticamente a esas ofertas del procedimiento de adjudicación de contratos.

Y finaliza esa resolución exponiendo que, en el supuesto de que, tras esas comprobaciones y apreciaciones, el órgano jurisdiccional llegase a la conclusión de que las ofertas de que se trata no fueron presentadas de manera autónoma e independiente, ha de recordarse que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la adjudicación del contrato a los licitadores que presentaron tales ofertas.

Esto es precisamente lo que se aprecia en el caso aquí enjuiciado: las ofertas presentadas por las dos empresas en cuestión no eran autónomas e independientes, sino que fueron formalizadas por la misma dirección única.

En conclusión a lo expuesto, se desestima la demanda.

CUARTO. - *De las costas procesales*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la L.J.C.A., ha de regir el criterio objetivo del vencimiento, por lo que se imponen a la parte actora, si bien se moderan prudencialmente los honorarios de Letrado en la cifra máxima de quinientos euros (más impuestos), atendiendo a la entidad jurídica de las cuestiones controvertidas.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa "VIGO EVENTOS, S.L." frente al CONCELLO DE VIGO, seguido como PROCESO ORDINARIO número 8/2019 ante este Juzgado, contra el acto administrativo citado en el encabezamiento, que se declara ajustada al ordenamiento jurídico.

Las costas procesales, hasta el importe máximo de quinientos euros (más impuestos) en concepto de honorarios



de cada uno de los Letrados de las codemandadas, se imponen a la parte demandante.



Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer Recurso de apelación, ante este Juzgado, para la Sala de lo Contencioso del TSJ Galicia, en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación; para su admisión, será preciso que el apelante ingrese la suma de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado.

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

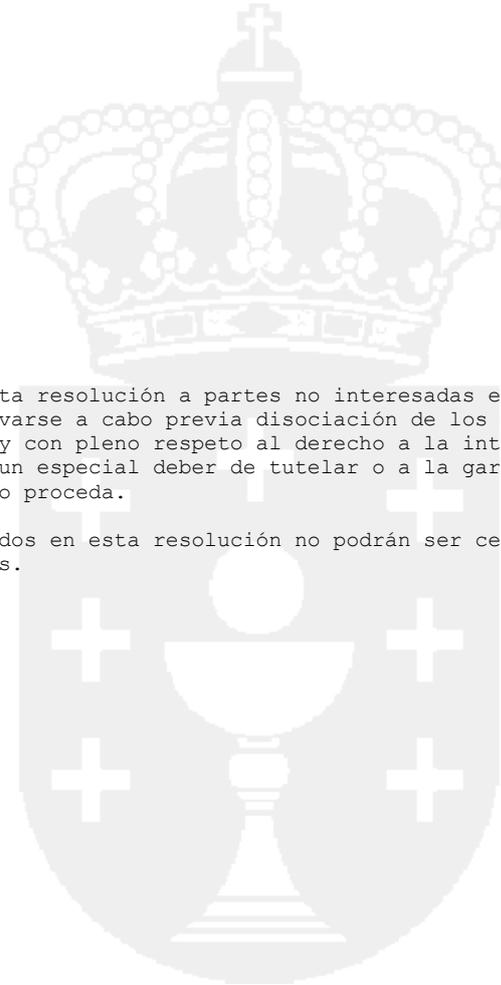




PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.-



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.