

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ruybesa Global Technologies S.L. (en adelante Ruibesa) contra el acuerdo de fecha 26 de octubre de 2021 por el que se adjudica el contrato de “Suministros, instalaciones, prueba, ajustes y servicio de garantía del material de iluminación, sonido, audiovisuales y otros necesarios para el desarrollo de espectáculos y actividades en los auditorios de Aravaca y “Joaquín Rosado” del distrito de Moncloa-.Aravaca” número de expediente 300/2021/00459 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 29 de agosto de 2021 en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 353.000 euros y su plazo de duración será de 30 días.

A la presente licitación se presentaron tres licitadores, entre ellos la recurrente

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver este recurso el apartado A4 del Anexo 1 al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“Número y denominación de los lotes:

Lote nº. Denominación.

1 Suministro, instalación, configuración, ajuste, puesta en funcionamiento y servicio de garantía del material de iluminación, sonido, audiovisuales y otros, necesario para el desarrollo de espectáculos y actividades en el auditorio del Centro Cultural de Aravaca, del Distrito de Moncloa – Aravaca.

2 Suministro, instalación, configuración, ajuste, puesta en funcionamiento y servicio de garantía del material de iluminación, sonido, audiovisuales y otros, necesario para el desarrollo de espectáculos y actividades en el auditorio “Joaquín Rosado”, del Distrito de Moncloa – Aravaca.

Número máximo de lotes a que los licitadores podrán presentar ofertas: a todos los lotes

Limitación del número de lotes a adjudicar: Sí

Número de lotes que como máximo se pueden adjudicar a un solo licitador: 1 lote”

Tras la tramitación del expediente de licitación se acuerda adjudicar el lote 1 a la empresa Técnica electroacústica consultoría escénica y servicios audiovisuales S.L.U. y el lote 2 a Tecesa acústica S.L., todo ello mediante acuerdo del Concejal Presidente del Distrito de Moncloa-Aravaca de fecha 26 de octubre de 2021.

Tercero.- El 11 de noviembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Ruybesa en el que solicita la exclusión de las propuestas de las adjudicatarias al considerar que son la misma empresa y en consecuencia han presentado una oferta doble, contraviniendo el principio de propuesta única.

El 16 de noviembre de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los adjudicatarios de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo, ambas empresas han presentado escritos de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 26 de octubre de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 11 de noviembre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se centra en la pretensión del recurrente de anular la adjudicación y excluir las ofertas de las empresas que han resultado adjudicatarias, al entender que han violado el principio de proposición única al considerar que ambas empresas es solo una.

Considera que la relación entre ambas empresas ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de la presenta licitación y que en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, se pueda concluir que bajo la apariencia de dos licitadores independientes, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación.

Con objeto de aplicar la teoría del levantamiento del velo, en sentencia TS Sala 1ª, de 29 de septiembre de 2016, se entiende que no es suficiente el hecho de compartir mismo objeto social, socios y mismo domicilio, sino que también es necesario probar la confusión de patrimonios o el carácter instrumental de las empresas filiales a fin de acreditar el abuso de la personalidad de la sociedad, como se desprende de los siguientes indicadores:

- Comparten la misma web (...)
- Confusión del domicilio social y centro de trabajo: A pesar de constar en el Registro Mercantil, los domicilios sociales diferentes, de facto con tan solo introducir en el buscador de google ambas empresas remiten como domicilio social Polígono de Naón 13 Viella (Asturias)
- Comparten mismo número de teléfono
- Tienen la misma denominación social bajo el rotulo empresarial TECESA
- Identificación del objeto social
- Comparten estructura organizativa
- Presentación simultanea de ofertas (con tres horas de diferencia)

Por todo ello considera el recurrente que ambas empresas en realidad son una sola y en consecuencia la presentación de dos oferta distintas vulnera el principio de oferta única consagrado en el artículo 139.3 de la LCSP.

Por último invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017 donde se afirma que: *“ la noción de grupo se extiende más allá de los casos en que existe un control organizativo, alcanzando también a los supuestos de control indirecto, como por ejemplo el control mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo, lo cual supone que los denominados grupos verticales o jerárquicos queden incluidos en el concepto de grupo societario del art. 42.1 del Código de Comercio*

Por su parte el órgano de contratación defiende su actuación considerando que: *“Las entidades TÉCNICA ELECTROACÚSTICA CONSULTORÍA ESCÉNICA Y SERVICIOS AUDIOVISUALES, S.L.U. y TECESA ACÚSTICA VISUAL S.L. han presentado sus proposiciones a lotes distintos del contrato, no cabiendo, por tanto, la aplicación del principio de proposición única, dado que no han competido entre ellas ni han podido condicionar la adjudicación de cada lote por separado, y no siendo igualmente de aplicación en este caso lo establecido en el artículo 86 del RGLCAP, que prevé que en los supuestos de presentación de ofertas distintas por empresas de un mismo grupo empresarial, se tomará únicamente la oferta más baja para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias.*

La pretensión de la recurrente supone, por tanto, la exclusión de ambas entidades por haber actuado en fraude de ley, denunciando que, bajo la apariencia de presentación de ofertas por dos empresas distintas, se encubre, en realidad, la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa. Como consecuencia de ello, de acuerdo con los criterios objetivos a aplicar para determinar los lotes del contrato que serán adjudicados, reproducidos en el antecedente de hecho Tercero del presente informe, la adjudicación de ambos lotes recaería sobre la recurrente RUYBESA GLOBAL TECHNOLOGIES S.L., al ser sus ofertas las únicas aceptadas en cada lote”.

Invoca distinta jurisprudencia y resoluciones de Tribunales Especiales sobre la doctrina del levantamiento del velo y la aplicación en casos similares a este, donde lo

que se discute es la limitación en la adjudicación de lotes a un mismo licitador. Especial mención hace de la Resolución nº 798/2018 de 14 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *"Por otra parte, la limitación de lotes de los que se puede ser adjudicatario está legalmente configurada como una excepción a la regla general de libre concurrencia y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que debe recibir una aplicación estricta o no extensiva quedando fuera de la ley las excepciones a la adjudicación que desborden la limitación legalmente admitida (...) El objetivo de que los adjudicatarios sean empresas diferentes (...) no puede perseguirse fuera de los márgenes legales, que únicamente contemplan la posibilidad de limitar el número de lotes de los que se puede ser adjudicatario."*

Considera por último, que si bien podemos estar ante un mismo grupo empresarial, es evidente que la oferta ha sido formulada por distintas empresas que no han competido entre ellas, pues cada una ha licitado a un lote distinto.

Por su parte las adjudicatarias en sus escritos de alegaciones manifiestan de forma común que no son empresas vinculadas ni pertenecen al mismo grupo empresarial. Ambas coinciden en poner de manifiesto que ni su objeto social, ni su domicilio social ni su nombre comercial o rotulo ni el número de CNAE, ni los administradores únicos son coincidentes.

Manifiestan asimismo que en esta licitación no se han presentado ambas empresas al mismo lote, lo que podría dar lugar a una oferta doble, sino al contrario de lo que efectúa el recurrente, cada empresa ha presentado oferta a un lote distinto.

Vistas las posiciones de las partes hemos de reincidir en la pretensión del recurrente que es: *"Se proceda a excluir ambos licitadores del procedimiento y anular la resolución de adjudicación en virtud de lo dispuesto en el art. 145.3 del TRLCSP"*, salvando el error de nombrar una norma derogada trasladamos el fundamento al art.

139.3 de la LCSP que establece: “Cada licitador no podrá presentar más de una proposición (...)”.

En el contrato que nos ocupa, no se ha producido la presentación por la misma empresa de dos ofertas al mismo lote, puesto que al lote 1 concurrieron la recurrente y Técnica electroacústica consultoría escénica y servicios audiovisuales S.L.U. y al lote 2 concurrieron la recurrente y Tecesa acústica visual S.L.

En virtud del principio de congruencia establecido en el art. 57.2 de la LCSP: “la resolución será congruente con la petición”, este Tribunal solo podrá pronunciarse sobre la legalidad de concurrir dos empresas que podrían pertenecer al mismo grupo empresarial al contrato. El cumplimiento de este principio ha sido reiterado a este Tribunal por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en varias ocasiones, valga por todas su Sentencia 232/2015, de 14 de mayo.

En este orden de cuestiones resulta que la recurrente ha presentado oferta a ambos lotes, tal y como permite el PCAP en su precepto transcrito en los fundamentos de hecho de esta Resolución y sin embargo pone en evidencia y pretende la exclusión de dos empresas distintas que han presentado oferta una a un lote y otra a otro lote, argumentando para ello que son la misma empresa, lo que nos llevaría, admitiendo dicha aseveración, a la misma postura adoptada con Ruybesa, es decir presentar oferta a cada uno de los lotes.

En base a ello y a la vista del apartado A4 del Anexo 1 al PCAP el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Ruybesa Global Technologies S.L., contra el acuerdo de fecha 26 de octubre de 2021 por el que se adjudica el contrato de “Suministros, instalaciones, prueba, ajustes y servicio de garantía del material de iluminación, sonido, audiovisuales y otros necesarios para el desarrollo de espectáculos y actividades en los auditorios de Aravaca y “Joaquín Rosado” del distrito de Moncloa-.Aravaca” número de expediente 300/2021/00459

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.