

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## La presentació d'ofertes per empreses del mateix grup empresarial enfront del principi de proposició única

26-11-2019

El principi de proposició única en les licitacions públiques sempre ha estat present en la normativa de contractes públics. Actualment està recollit en l'article 139.3 de la Llei de contractes del sector públic (LCSP), i estableix clarament que cada licitador no pot presentar més d'una proposició i que la infracció d'aquest precepte comporta la no admissió de totes les propostes que aquest hagi subscrit.

Amb aquest principi es vol evitar una pràctica que si fos permesa comportaria una desigualtat entre licitadors, ja que el licitador que presentés més d'una oferta jugaria amb avantatge respecte de la resta de licitadors que en presentessin només una; a més, aquest fet també podria desembocar en pràctiques col·lusòries que impedirien, falsejarien o restringirien la competència. Per tant, es pot dir que la finalitat del principi de proposició única és la protecció d'altres principis de la contractació pública, com són el principi de concurrència i el principi d'igualtat.

Fins aquí sembla obvi i molt clar que s'ha de protegir la proposició única, però, què passa amb les ofertes presentades per empreses que formen part d'un mateix grup empresarial o per les empreses vinculades? La LCSP no impedeix en cap dels seus articles la presentació d'ofertes per part d'empreses vinculades o que pertanyin al mateix grup empresarial; per ser més exactes entenem que sí que permet aquesta presentació perquè en l'article 149.3 en fa referència quan regula els efectes d'aquesta participació en relació amb l'aplicació del règim d'ofertes amb valors anormals.

Així mateix, els òrgans consultius i la jurisprudència tant nacional com europea han coincidit a considerar la personalitat jurídica diferent el tret fonamental per apreciar la no existència de proposicions simultànies. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya en l'[Informe 2/2017](#), ja deixava clar que la presentació d'ofertes per empreses vinculades en un mateix procediment de contractació no contravé el principi de proposició única, i aquestes han de ser admeses.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea en les seves sentències sobre aquesta qüestió mai no ha establert una prohibició general cap a la presentació d'ofertes per empreses vinculades a una mateixa licitació, més aviat al revés, el dret de la Unió sempre ha defensat com un interès prevalent la garantia a la màxima participació en tots els procediments de contractació ([STJUE de 17 de maig de 2018, Ass. C-531/16, Sala Quarta](#)).

Per tant, d'acord amb el dret de la Unió i el nostre ordenament jurídic, les empreses vinculades entre si o que formin part d'un mateix grup empresarial poden concórrer a una mateixa licitació pública sense que se'n pugui restringir la participació únicament per aquest sol fet, i no podem considerar que estan infringint el principi de proposició única.

Què s'entén per vinculació empresarial o per empreses que formen part del mateix grup?

En primer lloc, hauríem d'esbrinar què s'ha d'entendre per empreses que formen part del mateix grup o empreses vinculades, atès que la LCSP no desenvolupa el concepte de "vinculació empresarial" i es limita a referir-se a empreses del mateix grup empresarial i a fer una remissió a la normativa mercantil, en concret, a l'article 42.1 del Codi de comerç. Aquesta normativa deixa clars quins són els requisits per considerar empreses del mateix grup empresarial, però el concepte de "vinculació empresarial" no se subsumeix en el concepte de grup d'empreses sinó que té un caràcter més ampli. Així ens podem trobar amb empreses que no tinguin consideració de grup empresarial segons l'article 42 del Codi de comerç, però sí que estiguin vinculades entre si a altres efectes. En aquest sentit, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó en l'[Informe 1/2019](#) conclou que sota el concepte de "vinculació empresarial" es poden entendre incloses no només les relacions de control en el sentit estricte de l'article 42 del Codi de comerç sinó també relacions entre empreses que actuïn conjuntament o de manera concertada o que es trobin sota una direcció única en virtut d'acords o de clàusules estatutàries, de manera que tinguin establerta una certa relació de filiació o dependència entre si.

Quan podem considerar que s'ha trencat el principi de proposició única?

La Junta Consultiva de l'Estat en diversos informes (Informe 32/05, de 26 d'octubre de 2005, i Informe 48/11, d'1 de març de 2012) afirma, en relació amb la concurrència d'ofertes per dues empreses amb el mateix administrador, que "atès que cadascuna de les societats que concorren en la licitació té la seva personalitat jurídica, es consideren persones distintes i, per tant, independents, i és irrellevant que l'administrador únic de cadascuna d'aquestes sigui la mateixa persona física", i conclou admetent la possibilitat que en una única licitació puguin presentar proposicions diferents dues societats limitades amb CIF diferents, encara que presentin el mateix administrador únic.

No obstant això, és clar que el sol fet que les empreses tinguin personalitat jurídica diferenciada i CIF propi no garanteix la independència de les ofertes presentades i, per tant, és una tasca de l'òrgan de contractació esbrinar si sota aquesta aparença de societats diferents sense relació entre si hi ha en realitat el mateix subjecte i, consegüentment, estem davant d'un frau de llei o, ans al contrari, també pot ser que les relacions entre empreses d'un mateix grup estiguin regulades per disposicions particulars i siguin capaces de garantir la independència i la confidencialitat a l'hora d'elaborar les ofertes que presentin en una mateixa licitació.

Per tant, cal analitzar cas per cas per apreciar si, de les situacions de fet, les actuacions i les relacions o vinculacions es pot apreciar una vulneració de l'article 139.3 de la LCSP i, tal com diu la JCCA de la Generalitat de Catalunya en l'[Informe 2/2017](#), esmentat abans, s'ha d'esbrinar si es

tracta en realitat d'ofertes presentades per la mateixa persona malgrat estar formalment davant de persones jurídiques diferents, mitjançant acords o la utilització d'una altra persona jurídica a uns efectes merament instrumentals. Es tracta de descobrir si sota l'aparença de la personalitat jurídica de societat o empreses aparentment distintes i sense cap relació entre si, hi ha el mateix subjecte.

La consideració 38 de la [STJUE de 8 de febrer de 2018, Ass. C-144/17, Lloyd's of London](#), exigeix que el poder adjudicador faci un examen i una apreciació dels fets, a fi de determinar si la relació existent entre dues entitats ha influït concretament en el contingut respectiu de les ofertes presentades en un mateix procediment d'adjudicació pública. La constatació d'aquesta influència, sense importar la forma, és suficient perquè aquestes empreses puguin ser excloses del procediment d'adjudicació.

En conseqüència, no podem excloure de la licitació les empreses que hagin presentat oferta per al mateix procediment de contractació per l'únic motiu que són empreses vinculades o pertanyen al mateix grup, però sí que les podem excloure sobre la base d'elements que ens demostrin que les seves ofertes no han estat formulades de manera independent i, per tant, vulneren el principi de proposició única.

Sembla difícil d'encaixar aquesta permissivitat i manca de regulació concreta en la LCSP d'aquest supòsit de presentació d'ofertes per part d'empreses del mateix grup amb la defensa de la competència en la contractació pública que la mateixa llei fa en molts dels seus articles, que obliga expressament els òrgans de contractació a adoptar mesures adequades per prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que puguin sorgir en els procediments de licitació per evitar qualsevol distorsió de la competència i garantir la transparència en el procediment i la igualtat de tracte a tots els candidats i licitadors (art. 64.1), que fins i tot estableix la regulació d'un procediment sumaríssim i suspensiu que ha de resoldre l'Autoritat Catalana de la Competència, per als casos en què, abans de l'adjudicació del contracte, la mesa de contractació tingui indicis fundats de conductes col·lusòries en el procediment de contractació (art. 150.1).

A més, hem de tenir en compte que, davant la inexistència d'un requisit específic en els plecs de clàusules, els licitadors vinculats entre si que presentin ofertes separades no estan obligats a comunicar per pròpia iniciativa a l'òrgan de contractació la seva vinculació, per tant ens hauríem de plantejar si és convenient o no incloure aquesta obligació en els plecs, ja que ens podem trobar que en determinats supòsits sigui impossible percebre aquesta existència de vincles entre empreses licitadores.

Quins elements ens poden fer dubtar del caràcter independent de les ofertes presentades per licitadors que pertanyen al mateix grup o quins indicis ens poden fer sospitar que són licitadors del mateix grup o tenen una vinculació empresarial?

Si bé les empreses que tinguin el mateix administrador com a fet aïllat no implica una vulneració del principi de proposició única, com ja hem vist, aquest sí que és un indicador a tenir en compte, de la mateixa manera que les empreses tinguin un mateix domicili social o denominacions socials semblants. També pot servir per ajudar l'òrgan de contractació la Guia sobre contractació pública i competència de la Comissió Nacional de la Competència, que assenyala diversos indicadors tant en relació amb la documentació presentada com amb el comportament de les empreses que pot

ser pres en consideració a l'hora de valorar l'existència d'indicis de pràctiques concertades entre licitadors -característiques inusuals de les propostes i de la seva presentació que coincideixen en diversos licitadors; declaracions dels licitadors; altres comportaments sospitosos, etc.

La Direcció General de Contractació Pública, el 3 d'octubre de 2019, ha emès un [Informe](#) en relació amb l'aplicació de l'article 139, en què manifesta que si dues o més empreses, que formalment concorren per separat a una licitació pública, ho fan en realitat coordinadament, aquesta manera d'actuar, a més de ser un frau de llei, vulnera els principis de lliure competència, d'igualtat entre licitadors, de transparència, de proposició única i de secret de proposicions.

Així doncs, ens trobem davant d'una situació difícil per a l'òrgan de contractació, que ha de verificar la independència de les ofertes i analitzar si les proposicions presentades per dos o més licitadors són en realitat diverses proposicions presentades pel mateix licitador, com diu la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó. Estem, en definitiva, davant d'una qüestió de prova que és competència de l'òrgan de contractació, sense que tingui prou eines, temps i coneixements suficients per discernir entramats empresarials i verificar la independència total de les ofertes presentades.

Conclusions

1. D'acord amb la normativa de contractes del sector públic, les empreses vinculades i/o pertanyents a un mateix grup empresarial poden concórrer en un mateix procediment de contractació presentant ofertes separades sense que es puguin excloure únicament per aquest motiu i sense que això comporti una vulneració del principi de proposició única.
2. Dins el concepte de "vinculació empresarial" es pot entendre que estan incloses no només les relacions de control en el sentit estricte de l'article 42 del Codi de comerç (grup empresarial), sinó també relacions entre empreses que actuïn conjuntament o de manera concertada o que es trobin sota una direcció única en virtut d'acords o de clàusules estatutàries, de manera que tinguin establerta una certa relació de filiació o dependència entre si.
3. Les empreses no estan obligades per llei a presentar una declaració de vincles existents si no és que s'exigeixi en el plec de clàusules.
4. L'òrgan de contractació ha de garantir la independència de les ofertes presentades per empreses vinculades i ha d'analitzar el cas concret i apreciar si hi ha hagut coordinació entre els licitadors per presentar les ofertes. Ha de quedar clar que és una qüestió de prova que ha d'apreciar l'òrgan de contractació per determinar si s'ha vulnerat el principi de proposició única.



**Èlia Vilaseca Arquès**

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública