

**Informe 11/2010 de 21 de decembro de 2010, de consulta relativa á consideración como propostas simultáneas as formuladas por licitadores principais que aparecen noutras propostas como empresas subcontratistas**

## **ANTECEDENTES**

Polo Concello de Pontedeume dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

**Nun expediente de contratación de obras, por procedemento negociado sen publicidade, consultáronse tres empresas capacitadas para a execución do obxecto do contrato.**

**Nos sobres relativos á documentación xeral, en aplicación do Prego-tipo non mesmo débese conter, por parte do licitador, a parte do contrato que ten previsto subcontratar, sinalando o seu importe, e o nome ou o perfil do empresario, definido por referencia ás condicións de solvencia técnica dos subcontratistas aos que se vaia encomendar a súa realización, precisando a autorización previa do órgano de contratación nos termos e condicións dos artigos 210 e 211 da LCSP.**

**Efectuada a apertura polo Servizo de Contratación conséntase que a empresa A prevé subcontratar á empresa X, un 20% do prezo do contrato; a empresa B, subcontrataría á empresa Y un 46,70%; e a empresa C, prevé subcontratar un 29%, pero a empresa A.**

**A Secretaria Xeral do Concello, entende que poderíase estar diante de proposicións simultáneas “encubertas”, o que levaría a exclusión, neste suposto das empresas A e C, aínda que hai unha ausencia total de previsión legal para este suposto; ou diante de variantes, pero para admitilas debería de preverse esta posibilidade no Prego-tipo, que non é o caso, o que levaría á exclusión tamén das dúas empresas.**

**Ante as dúbidas suscitadas, a consulta que se eleva para informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia é se tanto en procedementos abertos- *nos que empeza a ser moi habitual esta práctica*- como en procedementos negociados, nestes supostos en que un ou varios licitadores principais aparecen noutras propostas como empresas a subcontratar, se deben considerar proposicións simultáneas, e na súa consecuencia deberíanse excluír ambas propostas, ou pola contra, non debe ser así, e débense admitir, e polo tanto abrir as súas proposicións.**

## **CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.**

**1.-** Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

**2.-** O principio segundo o que nas licitacións, cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, aparece recollido no apartado 3 do artigo 129 da LCSP “3. Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, sen prexuízo do disposto no artigo 131 sobre admisibilidade de variantes ou melloras e no artigo 132 sobre presentación de novos prezos ou valores no seo dunha poxa electrónica. Tampouco poderá subscribir ningunha proposta en unión temporal con outros se o fixo individualmente ou figurar en máis dunha unión temporal. A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.”.

Este principio de proposición única, debe ser interpretado nun dobre sentido: por unha parte dito principio impide que un mesmo licitador, sexa persoa física ou xurídica, presente nun determinado procedemento de adxudicación máis dunha



proposición. De outra, veta tamén a posibilidade de que o mesmo licitador faga máis dunha proposición mediante o mecanismo de interpoñer unha ou varias persoas xurídicas que, baixo a cobertura formal da diferente personalidade xurídica, permita no fondo conseguir o que o artigo prohibe, isto é, que cada licitador presente máis dunha oferta, o que nos situaría ante un suposto manifesto de fraude de lei.

O problema radica en determinar cando nos atopamos en presenza dun único licitador, para posteriormente e constatada a existencia de varias proposicións do mesmo determinar a inadmisibilidade de todas elas, que é a consecuencia prescrita polo artigo 129.3 da LCSP.

O dato da personalidade xurídica diferenciada parece ser o criterio decisivo a hora de determinar a inexistencia de quebra do principio de licitador único. Así foi acollido pola Junta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 56/99, de 21 de decembro de 1999, ao sinalar que:

*... al tratarse de tres sociedades mercantiles constituidas en escritura pública e inscritas en el Registro Mercantil es evidente que cada una goza de personalidad jurídica independiente de las demás e independiente de la de sus propios socios, por lo que debe afirmarse que, en principio el supuesto no está comprendido en el de un solo licitador que formula distintas propuestas a que se refiere el artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...*

Nin sequera no caso de empresas vinculadas é posible cualificar como propostas simultáneas as propostas procedentes de empresas con personalidade xurídica distinta, aínda que pertencen ao mesmo grupo. Se ben coa puntualización de que nos supostos de vinculación (entendéndose por tales os que se atopan nalgúns dos supostos previstos no artigo 42 do Código de Comercio) a Lei dispón distintas consecuencias segundo o tipo de contrato:

- a) Para os contratos de concesión de obra pública o parágrafo 4 do artigo 129 establece que “ *A presentación de proposicións diferentes por empresas vinculadas suporá a exclusión do procedemento de adxudicación, a todos os efectos das empresas formuladas. Porén, de sobrevivir a vinculación antes de que conclúa o prazo de presentación de ofertas, ou do prazo de presentación de candidaturas no procedemento restrinxido, poderá subsistir a oferta que determinen de común acordo as citadas empresas.*
- b) *Nos demais contratos, a presentación de distintas proposicións por empresas vinculadas producirá os efectos que regulamentariamente se determinen en relación coa aplicación do réxime de ofertas con valores anormais ou desproporcionados previsto no artigo 136.*

2.- Feitas estas aclaracións xerais, a cuestión que se suscita na consulta presentada é se unha empresa pode figurar como subcontratista dun licitador e á vez presentarse como licitador independente ao contrato. Para o Concello esa acción podería ser cualificada como presentación de “proposicións simultáneas encubertas” e, polo tanto susceptibles da exclusión á que fai referencia o antedito artigo 129.3 tanto da oferta na que concorre a empresa como subcontratista como da oferta que como licitador presentou dita empresa.

Como toda norma limitativa de concorrência, o artigo 129.3 LCSP non pode ser obxecto dunha interpretación extensiva e, por tanto, debe aplicarse nos seus xustos termos. Entende este órgano consultivo que isto implica que unicamente se debe aplicar aos licitadores, posto son os únicos responsables da oferta. Os subcontratistas non deciden o prezo que se oferta ante a Administración, aínda que sí o condicionan, pero a súa aceptación é unha decisión exclusiva da empresa que presenta a oferta e, por iso, é o único suxeito que pode dar lugar a unha práctica que altere o libre xogo das mesmas, o que non se pode presumir se estamos ante dúas ofertas presentadas por distintas empresas e que compiten entre si para a obtención do contrato.



Debe considerarse, ademais, que o lexislador comunitario, nas Directivas emitidas en materia de contratación, e, en particular, o artigo 1, apartados 2) e 8, parágrafos primeiro e segundo da Directiva 2004/18, non pretende limitar o concepto de “operador económico” nin introducir requisitos particulares que poidan limitar o acceso ás licitacións en función dunha determinada forma xurídica ou da organización interna dos operadores intervinentes, admitindo toda forma de fórmulas de organización empresarial sempre que non infrinxan o principio de neutralidade que altere a competencia. Así o ten corroborado a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza Europeo (sentenza Bayerischer Rundfunk e outros de 13 de decembro de 2007, asunto C-337/06; sentenza Assitur de 19 de maio de 2009, asunto C-538/07; sentenza Ordine degli Architetti e outros de 12 de xullo de 2001, asunto C-399/98; entre outras) que incide no interese do dereito comunitario de garantir a participación mais ampla posible de licitadores en aras non só da defensa do principio de libre circulación de bens e servizos, senón tamén en interese da propia entidade adjudicataria implicada que dispoñerá dunha elección máis vasta en canto a oferta máis vantaxosa e mellor adaptada ás necesidades de que se trate.

Descartase, pois, o artigo 129.3 como fundamento da decisión do órgano de contratación de excluír aos licitadores nos que concorren as circunstancias descritas, coa salvedade de que, de ter coñecemento, no exercicio das súas funcións, de feitos que constitúan infracción á lexislación de defensa da competencia, o órgano deberá notificalos á Comisión Nacional da Competencia (CNC), en particular, calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación (Disposición adicional vixésimo sétima LCSP).

### **CONCLUSIÓN**

**A decisión do órgano de contratación de non admitir as ofertas presentadas por sendas empresas nas que unha mesma actúa como licitadora independente e como subcontratista da outra carece de apoio normativo na LCSP, sen que existan outros preceptos legais na normativa contractual que poidan servir de fundamento á devandita decisión.**