Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 27/2023

Acuerdo 30/2023, de 30 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "LEXINTEC ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING, S.L.", frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Contrato de servicios de asistencias técnicas y tutorización de proyectos de empresa del Programa "Emprender Aragón". Lotes 3 y 5», promovido por el Instituto Aragonés de Fomento.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de diciembre de 2022 tuvo lugar la publicación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), del anuncio y los pliegos que rigen la licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo.

Se trata de un contrato de servicios, licitado por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, dividido en seis lotes, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 198 347,10 euros.

En el citado anuncio se indicaba que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 13 de enero de 2023.

Segundo.- En la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación, según el acta levantada correspondiente a la reunión del día 19 de enero de 2023 y que concluyó el 31 de enero de 2023, acordó, -por lo que a este acuerdo interesa- tras la apertura del Sobre "A" y la calificación de la documentación administrativa aportada por los licitadores, la exclusión de la proposición de la mercantil ahora recurrente.

Según figura en la mencionada acta el motivo de la exclusión es el siguiente: «*Que, a la vista del contenido de la documentación presentada por D. David Alejandro Sancho Suárez y Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting, S.L.U., existen indicios suficientes que permiten concluir que se trata de un único licitador, por los motivos siguientes: ambos han presentado la misma documentación, entre ella, documentación que no resulta exigible conforme a los pliegos (certificado de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón) e incurren en el mismo error de presentar una DRU, a pesar de resultar exigible una por cada lote; ambas proposiciones también cumplimentan los mismos apartados de la DRU que no resultan exigibles (los datos relativos al seguro de responsabilidad civil y la descripción de trabajos consta de una redacción idéntica de las asistencias técnicas realizadas al IAF); así mismo, en las DRUs presentadas se indica que el profesional adscrito a la prestación del servicio es Licenciado en ADE, mediante la misma redacción, por lo que cabe entender que el servicio lo prestará la misma persona; la presentación de las proposiciones se realizó el mismo día y con una diferencia de 4 horas aproximadamente (la citada mercantil el 13 de enero de 2023 a las 19:31 horas y D. David Alejandro Sancho Suárez el mismo día a las 23:57 horas); la persona de contacto de ambas proposiciones es la misma y también coincide el número de teléfono móvil; las DRUs las firma la misma persona; y el administrador único de la citada empresa es D. David Alejandro Sancho Suárez.*

(…)

Excluir a los siguientes licitadores, por los motivos siguientes:

(…)

-Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting, S.L.U. por existir indicios suficientes que permiten concluir que dicha compañía mercantil y D. David Alejandro Sancho Suárez constituyen un único licitador, en base a los argumentos expuestos anteriormente.»

El día 6 de febrero de 2023 fue publicada en la PCSP el acta de la sesión de la Mesa de contratación y, asimismo, le fue notificada su exclusión a la ahora recurrente a través de la misma plataforma.

Tercero.- El día 27 de febrero de 2023, se recibió en el Registro Electrónico del Instituto Aragonés de Fomento, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.S.S., en nombre y representación de la mercantil “LEXINTEC ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING, S.L.”, frente a la exclusión referida en el antecedente anterior.

El recurso aduce, en síntesis, la disconformidad a Derecho del acto de exclusión por entender que la Mesa de contratación ha errado en su apreciación al considerar que 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 (en adelante, LCSP), permite la participación en las licitaciones de partes vinculadas sin que ello suponga vulneración del principio de proposición única.

Interesa en su escrito que, con la estimación de su recurso, sea anulada su exclusión y se acuerde la retroacción de actuaciones a fin de que su oferta pueda continuar en el procedimiento de licitación.

Cuarto.- Con fecha 2 de marzo de 2023, el órgano de contratación dio traslado a este Tribunal, del escrito de recurso recibido así como del expediente e informe a los que alude el artículo 56.2 de la LCSP. En su informe, el órgano de contratación se opone a los argumentos del recurso, defendiendo su actuación.

Quinto.- El día 3 de marzo de 2023 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió –a través del sistema de notificaciones telemáticas del Gobierno de Aragón– requerimiento de subsanación para aportación del documento que acreditara la personalidad de la recurrente así como la representación del firmante del escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Dicho requerimiento fue atendido el día 8 de marzo siguiente.

Sexto.- El día 9 de marzo de 2023, se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP, habiendo sido presentadas alegaciones por parte de don ALBERTO GORDO DÍAZ y la mercantil “ATRAM CONSULTING S.L”, según el detalle que obra en el actuado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "LEXINTEC ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING, S.L.", para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo. En el escrito de recurso combate la exclusión acordada por la Mesa de contratación y a tal efecto aduce los siguientes argumentos:

«CUARTO. En el pliego disponible en la plataforma de contratación del sector público, en ningún momento se exige declaración responsable y explícita para aquellas empresas que pertenezcan a un mismo grupo o para cualquiera de las partes entre las que exista vinculación debiendo hacer constar dicha condición y las razones y/o medios de prueba que justifiquen que las diferentes propuestas presentadas concurren individualmente.

QUINTO. No se ha solicitado información ni requerimiento de subsanación

alguno para dilucidar esta cuestión.

SEXTO. A resultas del contenido del Acta de la Mesa de contratación los errores cometidos como presentar una sola DRU han sido comunes a un gran número de licitadores. En concreto, 13 de las 21 propuestas evaluadas inicialmente presentaban este error.

SÉPTIMO. En cuanto a la redacción de los diferentes apartados podrá apreciarse analizada la documentación de ambos sobres que varios licitadores en el más puro espíritu de colaboración y sin menoscabo alguno de su independencia presentan en esencia una redacción similar al partir de un modelo común sin que dicho comportamiento constituya indicio de colusión alguno.

OCTAVO. Efectivamente, la redacción de ambas propuestas han sido realizadas por la misma persona, D. David Alejandro Sancho Suárez. Al margen de la procedencia de la elaboración de su propuesta a título personal, es la persona encargada en función de su capacidad y del reparto de tareas establecido en la mercantil LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING SLU tanto de modo interno tal y como se ha procedido en anteriores licitaciones como para diferentes clientes, en virtud de la cartera de servicios ofrecida por la misma.

NOVENO. En relación a los números de teléfonos móviles de contacto se ha producido un error al constatar el mismo número para ambos licitadores. Cada uno de los licitadores posee líneas telefónicas profesionales propias e independientes atendiendo a contratos diferenciados con compañías diferentes. (LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING SLU 620138382 y David Alejandro Sancho Suárez 665053496).

DÉCIMO. En la propia acta de resolución se expone que "el hecho de que

concurran dos empresas vinculadas a un mismo procedimiento de licitación (o una persona física y una empresa vinculada), así como el hecho de que un licitador formule oferta como persona física y, a su vez, sea administrador de una persona jurídica que también presente propuesta, no permiten concluir que se trate de un único operador económico."

UNDÉCIMO. Existen otra serie de indicios que no han sido valorados para la determinación, en su caso, de la existencia de un licitador único como diferentes datos de contacto, existencia de pólizas de seguro independientes, diferentes recursos, etc.

DUODÉCIMO. Existencia de un precedentes administrativos, entre otros, el relacionado con el contrato de prestación de servicios de asistencias técnicas y tutorización de proyectos de empresa dentro del programa "Emprender en Aragón" del Instituto Aragonés de Fomento, Expediente C20/0643 por el que fueron adjudicados dos lotes distintos a ambos licitadores siendo la persona designada en ambos casos para la prestación efectiva del servicio D. David Alejandro Sancho Suárez tanto en nombre propio como en favor de LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING. Ambas solicitades también fueron presentadas por D. David Alejandro Sancho Suárez tanto en nombre propio como en representación de LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING.

DECIMOTERCERO. Existencia de una separación objetiva entre las actividades ejercidas en su ámbito profesional por D. David Alejandro Sancho Suárez y los servicios de LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING. Al margen de los servicios prestados por D. David Alejandro Sancho Suárez a LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING SLU del que además de Administrar dicha sociedad forma parte de su equipo de profesionales desarrolla una labor independiente como Economista y

formador. Los servicios prestados son independientes, en la mayoría de los casos incluso por su naturaleza, existiendo una remuneración independiente, facturación independiente y consolidada en el tiempo.

DECIMOCUARTO. Existencia de un interés legítimo en ambas propuestas de ambos operadores económicos que contribuirán de forma diferente por un lado, al quehacer profesional de D. David Alejandro Sancho Suárez y, por otro, a la viabilidad económica de LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING SLU que cuenta con una estructura diferente que cuenta, entre otros, con dos puestos de trabajo independientes al propio profesional. La diferencia básica, entre las propuestas presentadas en esta licitación y las anteriores siempre con el afán de prestar un servicio de la mayor calidad responde a cambios mercantiles y de restructuración en la propiedad de LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING SLU que han implicado la adquisición por parte de D. David Alejandro Sancho Suárez de la administración única de la sociedad.

(…)

2.- La doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales la mera relación de control entre los licitadores, sin verificar si ésta ha tenido incidencia real sobre la independencia de las ofertas, no determina automáticamente la exclusión en un procedimiento de licitación.

Para llevar a cabo la exclusión se debe demostrar que las ofertas presentadas por los licitadores vinculados no tienen carácter autónomo e independiente, de manera que permitan concluir que los vínculos existentes entre los licitadores han influido en el contenido de las ofertas presentadas, falseando de esta manera la competencia e incumpliendo el principio de proposición única que consagra el artículo 139.3 de la Ley de 9/2017, de 8 de noviembre, de

Contratos del Sector Público (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2018 -asunto C. 531-2016- y Resolución del TACRC de 11 de noviembre de 2019).

3.- El principio de proposición única en las licitaciones públicas se formula en el artículo 139.3 de la Ley 9/217 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. La intención de este principio es facilitar la concurrencia en términos de igualdad de todos los licitadores evitando la ventaja de alguno de ellos o en general, la manipulación del procedimiento. En la resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

"la prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo."

4.- Es el concepto de personalidad jurídica el que determina el concepto de licitador. Según el Acuerdo 52/2015, de 28 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón "cualquier licitador con capacidad y solvencia puede concurrir a una licitación, con la única limitación de que no puede presentar una doble oferta".

La LCSP no excluye la participación de partes vinculadas sino que vigila sus efectos indirectos que puede causar esa participación identificando ofertas incursas en presunción de anormalidad bien en términos económicos o de cualquier otra índole.

Por tanto, la LCSP permite la participación de dos partes vinculadas en las licitaciones públicas sin que, por ello suponga una vulneración del principio de proposición única.

Lo que asienta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea es que, habrá de determinarse, supuesto a supuesto si la vinculación supone una influencia de una parte sobre la otra de tal magnitud que haya determinado el contenido de las ofertas aplicando la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo" sentada por el Tribunal Supremo (vb STS de 3 de junio de 2004,Roj 3854/2004 o STS de 27 de septiembre de 2006, Roj 5545/2006), para poder traspasar la apariencia de personalidades jurídicas distintas, cuando esta oculte una realidad unitaria subyacente con el objetivo de conseguir un propósito fraudulento.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia 709/2007, de 29 de diciembre consideró probado el fraude de ley en una licitación al considerar acreditada la existencia de unidad de negocio entre dos licitadores.

En cuanto al nivel de prueba requerido para el "levantamiento del velo" se utilizan indicios como elementos que presentan alguna relación con la conducta potencialmente constitutiva de infracción pero que por sí solo no adquiere fuerza probatoria. Según la jurisprudencia para que los indicios puedan convertirse en prueba indiciaria es necesario que sea numerosos y plurales, directamente vinculados al hecho a probar y vinculados entre sí.

Igualmente, la Comisión Nacional de la Competencia, en su "Guía sobre contratación pública y Competencia" identifica diversos indicadores basados en el análisis tanto de la documentación presentada como en el comportamiento de las empresas para ser tomados en consideración a la hora de valorar la existencia de indicios de prácticas concertadas entre los licitadores como características inusuales de las propuestas, presentaciones

coincidentes entre varios licitadores, declaraciones de los licitadores, entre otros comportamientos sospechosos.

Teniendo en cuenta que:

-ante los indicios valorados pueden oponerse evidencias que están contenidas en la documentación facilitada en los diferentes sobres de la licitación, que podría haber sido exigida o solicitada;

-los indicios propuestos para el levantamiento del velo tienen una naturaleza similar o son comunes a la mayoría de los licitadores;

-no existiendo unidad de negocio entre ambos licitadores;

-no existiendo interés fraudulento ni falseamiento de la competencia ni habiéndose probado estas circunstancias entre dos ofertas de dos licitadores que se dirigen a lotes principales distintos, con idéntica oferta económica sin generar ventaja económica o de otro tipo alguna;»

De contrario, el órgano de contratación en su informe, elaborado con motivo de la interposición del recurso, defiende su actuación del siguiente modo:

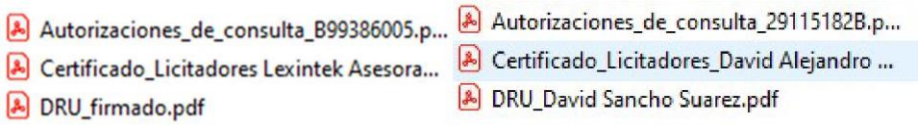
«1.- Fundamentación jurídica en base a la que se adoptó la decisión de excluir a Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting S.L.U.

El acto de exclusión se funda en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) para valorar y determinar cuándo un mismo licitador ha concurrido a un procedimiento de licitación mediante la presentación de dos ofertas a través de empresas o personas físicas vinculadas; doctrina conforme a la que, a estos efectos, se deben tener en cuenta indicios de carácter objetivo que se infieran de la

documentación aportada por los licitadores.

En concreto, como señala el acta nº 1 de la Mesa Contratación, se acordó su exclusión por la existencia de indicios suficientes que permitían concluir que Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting S.L.U. y D. David Alejandro Sancho Suárez constituyen un único licitador; en el acta se recogen los siguientes indicios:

El hecho de que ambos presentaron la misma documentación, entre ella, documentación que no resulta exigible conforme a los pliegos, como el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón. En la captura de imagen de la documentación presentada por ambos puede observarse que incluso es idéntica la denominación de los archivos presentados (la imagen de la parte izquierda se refiere a la documentación presentada por Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting S.L.U. y la imagen de la parte derecha a la documentación presentada por D. David Alejandro Sancho Suárez).



El hecho de que Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting S.L.U. y D. David Alejandro Sancho Suárez incurren en el mismo error de presentar una DRU, a pesar de resultar exigible una por cada lote.

- *El hecho de que en las propuestas presentadas por ambos se cumplimentan los mismos apartados de la DRU que no resultan exigibles, como los datos relativos al seguro de responsabilidad civil y la descripción de trabajos consta de una redacción idéntica de las asistencias técnicas realizadas al IAF.*

– *El hecho de que en las DRUs presentadas por ambos se indica que el profesional adscrito a la prestación del servicio es Licenciado en ADE, mediante la misma redacción, lo que, según se indica en el acta, permite entender que el servicio lo prestará la misma persona.*

– *El hecho de que la presentación de las proposiciones se realizó el mismo día y con una diferencia de 4 horas aproximadamente (la citada mercantil el 13 de enero de 2023 a las 19:31 horas y D. David Alejandro Sancho Suárez el mismo día a las 23:57 horas).*

– *El hecho de que la persona de contacto de ambas proposiciones es la misma y también coincide el número de teléfono móvil.*

– *El hecho de que las DRUs presentadas por ambos las firma la misma persona.*

– *Y el hecho de que el administrador único de la citada empresa es D. David Alejandro Sancho Suárez.*

Se trata de un conjunto de criterios de carácter objetivo de los que cabe inferir, sin grandes esfuerzos argumentales, que la vinculación entre la mercantil recurrente y D. David Alejandro Sancho Suárez -administrador de aquélla-, ha influido en el contenido de las ofertas y ha tenido una incidencia real sobre su independencia, de manera que éstas no tienen carácter autónomo.

Criterios que, además, se ajustan plenamente a los que tanto la jurisprudencia del TJUE como la doctrina de los Tribunales de Contratación consideran que deben tenerse en cuenta para valorar estas situaciones, tal como se indica en el acta nº 1 de la Mesa de Contratación, a la que cabe remitirse para evitar reiteraciones innecesarias -pág. 9- (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de mayo de 2018 -asunto C. 531-2016- y Resolución del TACRC de 11 de noviembre de 2019, entre otras).

De esta manera, la decisión de la Mesa de Contratación de exclusión de la

mercantil recurrente se funda en la existencia de indicios suficientes que permiten concluir que la mercantil recurrente y D. David Alejandro Sancho Suárez constituyen un único licitador, con el consiguiente falseamiento de la competencia e incumplimiento del principio de proposición única que consagra el artículo 139.3 de la Ley de 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

(…)

Los motivos de impugnación aducidos por Lexintek Asesoramiento Integral y Consulting S.L.U. en su recurso especial en materia de contratación en ningún caso permiten desvirtuar la legalidad del acto de exclusión acordado por la Mesa de Contratación.

Lejos de ello, se trata de motivos que, a entender de los informantes, vienen a confirmar su inconsistencia, ya que se trata de indicios que, en unos casos, abundan más si cabe en la ausencia de carácter autónomo de las ofertas y, en otros, se apartan y no guardan ninguna relación con los criterios que deben ser objeto de valoración conforme a la jurisprudencia del TJUE y la doctrina del TACRC.

1.- Los datos de contacto de las dos ofertas son idénticos, así como también la referencia a las pólizas de seguro que se realiza en las DRUs

Los indicios que la recurrente entiende que deberían haber sido valorados por la Mesa de Contratación vienen a confirmar la ausencia de autonomía de las ofertas. En concreto, la parte recurrente alude a los siguientes indicios: la existencia de diferentes datos de contacto, de pólizas de seguro independientes y de diferentes recursos.

Pues bien, en cuanto a los datos de contacto, cabe indicar que, lejos de lo

manifestado por el recurrente, son totalmente idénticos, tal como puede comprobarse en la página 3 de ambas Declaraciones Responsables Únicas y apreciarse mediante las dos siguientes capturas de imagen. En ambas DRUs la persona de contacto es D. David Alejandro Sancho Suárez.

(imagen)

Así mismo, el dato relativo al seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales recogido en las dos DRUs también abunda en la ausencia de autonomía de las ofertas, dado que en ambas consta idéntica redacción del texto, tal como puede comprobarse en la página 16 de ambas Declaraciones y se aprecia en las dos siguientes capturas de imagen (la imagen de la parte izquierda se corresponde con la DRU de la mercantil recurrente y la de la parte derecho con la presentada por D. David Alejandro Sancho Suárez.

(Imagen)

La existencia del mismo texto, tipología y formato de las ofertas constituye uno de los criterios que, conforme a la doctrina del TACRC, se debe tener en cuenta para resolver situaciones como la que ahora se cuestiona por la recurrente (Resolución de 11 de noviembre de 2019, entre otras), por lo que se trata de un indicio más que abunda en la adecuación a Derecho de la decisión de exclusión acordada por la Mesa de Contratación.

Y, en cuanto a la referencia a la existencia de "diferentes recursos" que realiza la parte actora, no se alcanza a comprender a qué se está refiriendo, pues se cita si ningún tipo de desarrollo en el recurso y, en todo caso, se trata de un dato al que no se hace referencia en la documentación presentada por la recurrente.

En definitiva, los indicios a los que hace referencia la recurrente vienen a confirmar la falta de autonomía de las ofertas presentadas y, por tanto, la conformidad a Derecho de la decisión de exclusión adoptada por la Mesa de Contratación.

2.- El hecho de que otros licitadores incurrieran en un error que tuvo en cuenta la Mesa de Contratación no permite inferir, por sí solo, la autonomía de las ofertas.

En segundo lugar, la recurrente aduce que el error de presentación de una única Declaración Responsable Única en la que incurrieron tanto la recurrente como su administrador único (el licitador D. David Alejandro Sancho Suárez) también concurrió en otros licitadores.

Pues bien, al respecto cabe indicar que este hecho constituye un indicio dentro del conjunto de los numerosos datos y elementos que tuvo en cuenta la Mesa de Contratación para fundar su decisión de exclusión. En concreto, este indicio viene a confirmar la similitud existente entre ambas ofertas, dado que, además del error de presentar una única DRU, ambos también incurrieron en otros errores, como la remisión de documentación que no resultaba exigible conforme a los Pliegos (como el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón), la cumplimentación de los mismos apartados de la DRU que no resultaban exigibles (como los datos relativos al seguro de responsabilidad civil y la descripción de los trabajos realizados).

Se trata, por tanto, de idénticos errores, de manera que la valoración de conjunto de todos ellos pone de manifiesto que las ofertas presentadas por la recurrente y D. David Alejandro Sancho Suárez no tenían carácter autónomo e independiente y que su relación tuvo una incidencia real en la independencia de las propias ofertas.

De esta manera, el hecho de que otros licitadores incurrieran en el error de presentar una única DRU no permite desvirtuar la fundada valoración del conjunto de indicios que tuvo en cuenta la Mesa de Contratación en su decisión, al incurrir la recurrente y D. David Alejandro Sancho en otra serie de errores idénticos, en los que no incurrieron otros licitadores. Indicios que en su valoración de conjunto ponen de manifiesto la ausencia de carácter autónomo de las ofertas.

3.- La decisión de exclusión no se aparta de un precedente administrativo

En tercer lugar, aduce la recurrente que la decisión de la Mesa de Contratación adoptada por la Mesa de Contratación incurre en un cambio de criterio respecto al seguido por el IAF en relación con otra licitación previa, en cuanto tanto aquélla como D. David Alejandro Sancho Suárez fueron adjudicatarios de dos lotes diferentes.

Pues bien, en relación con esta cuestión cabe indicar que no concurre la debida identidad o analogía de supuestos que resulta exigible para entender que existe un precedente administrativo.

En efecto, el precedente administrativo exige la existencia de una identidad o analogía de supuestos, de manera que el criterio seguido en un momento previo pudiera resultar aplicable al nuevo supuesto, por existir, precisamente, dicha identidad o analogía. De esta manera, como ha señalado la jurisprudencia, debe existir "la necesaria relación de analogía para que tales precedentes sean admisibles como términos idóneos de comparación" (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2013, entro otras).

Pues bien, la recurrente reconoce expresamente en su recurso que en el momento de la presentación de su oferta existe una diferencia -sustancial- respecto a la situación existente en el momento en que el IAF acordó la

adjudicación de los lotes a dicha mercantil y a D. David Alejandro Sancho Suárez.

En concreto, la diferencia reside en que en aquel momento D. David Alejandro Sancho no tenía la condición de administrador único de la mercantil recurrente; situación que sí se produce en estos momentos. Por este motivo, en aquel momento no concurría la situación que ahora se ha planteado, consistente en el hecho de que el licitador que había presentado oferta como persona física (D. David Alejandro Sancho) tenía, a su vez, la condición de administrador de una persona jurídica que también formuló propuesta (la mercantil ahora recurrente).

Pero, en todo caso, en el supuesto de que se pudiera llegar a entender que sí concurre una situación de identidad y analogía de supuestos y, por ello, pudiera considerarse que la Mesa de Contratación se ha apartado de un precedente administrativo, en ningún caso conllevaría la disconformidad a Derecho de la decisión adoptada por este órgano de asistencia.

Y ello por cuanto la Administración se encuentra vinculada por la legalidad, de manera que puede apartarse del precedente administrativo seguido para resolver un criterio análogo, cuando considere que los criterios hasta entonces aplicados son inoportunos o contrarios al interés público y que concurra la debida motivación, tal como ha señalado la doctrina administrativas de forma unánime (GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, Vol I. p. 395 y GARCÍA DE ENTERRÍA Y RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, 1983, t. I, p. 67), la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia de 28 de mayo de 1997, entre otras) y la jurisprudencia (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2013, entro otras).

Tal es así que el artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que "serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:… c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes". Artículo que no es sino un fiel reflejo normativo de los principios generales de legalidad de la actuación administrativa y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución.

Por tanto, la Administración puede desvincularse de un precedente previo al resolver un asunto posterior de carácter análogo, siempre que su nuevo criterio se ajuste al ordenamiento jurídico y sea objeto de la debida motivación. Y, en el presente caso, la decisión de la Mesa de Contratación por la que se acordó la exclusión de la recurrente se ajustó plenamente al ordenamiento y se motivó debidamente en la correspondiente acta, en la que se recoge una amplia referencia tanto al marco jurídico aplicable, como a su concreta aplicación al supuesto planteado.

En definitiva, la Mesa de Contratación no se apartó de un precedente administrativo, al no concurrir una identidad y analogía entre este supuesto y el que hace referencia la recurrente; y, en todo caso, en el supuesto de que se pudiera llegar a entender que concurría una situación análoga de supuestos, la decisión se ajustaría a Derecho, al encontrase la exclusión debidamente motivada y amparada por el ordenamiento jurídico.

4.- La ausencia de unidad de negocio entre la recurrente y D. David Alejandro Sancho resulta absolutamente irrelevante.

En cuarto lugar, la recurrente alude a la ausencia de unidad de negocio entre ella y D. David Alejandro Sancho, por cuanto, según se indica en el recurso, realizan prestaciones de servicios con carácter independiente que facturan de forma autónoma.

Pues bien, esta situación no constituye un hecho que resulte relevante en relación con la cuestión planteada, desde el momento que nos encontramos ante dos personalidades independientes, lo que conlleva, por su propia naturaleza, que su actividad y su facturación respondan a esta diferente personalidad.

De esta manera, esta diferente personalidad de los dos licitadores, que en modo alguno se cuestiona, resulta irrelevante. La cuestión determinante reside en la vinculación existente entre ambos, desde el momento que D. David Alejandro Sancho es administrador único de la recurrente y si, como consecuencia de esta vinculación -que la propia recurrente reconoce en su recurso-, existen elementos e indicios de carácter objetivo permitan determinar si ello ha supuesto o no que las ofertas presentadas no tengan carácter autónomo.

Por ello, el hecho de que la recurrente y D. David Alejandro Sancho carezcan de una unidad de negocio resulta irrelevante para resolver la cuestión planteada, pues se trata de determinar si, bajo esa apariencia formal de personalidades independientes, subyace un único licitador.

5.- La supuesta ausencia de interés fraudulento y de intención de falsear la competencia resulta irrelevante

Por último, en relación con el argumento relativo a la supuesta ausencia de interés fraudulento y de intención de falsear la competencia a que hace referencia la recurrente, cabe indicar que también resulta irrelevante.

La voluntad no constituye un indicio o elemento a valorar para determinar si las ofertas presentadas tenían o no carácter autónomo e independiente y, por ello, falsearon la competencia e incumplieron el principio de proposición única previsto en el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Contratos del Sector Público.

Para ello, se deben tener en cuenta los indicios de carácter objetivo que fija la jurisprudencia del TJUE y la doctrina de los Tribunales de Contratación, que fueron aplicados por la Mesa de Contratación.

En consecuencia, este argumento tampoco permite desvirtuar la legalidad de la decisión de la Mesa de Contratación que se impugna.»

Por lo que respecta a los alegantes, ALBERTO GORDO DÍAZ y la mercantil "ATRAM CONSULTING S.L", en un único escrito alegan que han sido excluidos de la licitación por el mismo motivo que la recurrente, poniendo de manifiesto que la exclusión de la recurrente es nula de pleno Derecho por lo que consideran que surte efectos también respecto al acuerdo de la Mesa de contratación por el que fueron excluidas de la licitación las ofertas de las ahora alegantes.

Así pues, este Tribunal administrativo debe analizar si los hechos acontecidos afectan a la concurrencia en el procedimiento de contratación, desde el punto de vista de la defensa de los principios de la contratación pública recogidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP así como lo dispuesto en el artículo 139.3 – transcrito anteriormente- del citado texto legal.

Por ello procede traer a colación el Acuerdo 40/2022, de 21 de abril de este Tribunal administrativo, que versaba en determinar si por parte de la recurrente – como en el caso que nos ocupa- se había producido una conculcación del principio de proposición única establecido en el citado artículo 139.3 de la LCSP y en consecuencia, si la exclusión de su oferta de la licitación era conforme a Derecho.

En el meritado acuerdo nos pronunciábamos de la siguiente manera:

«*Las cuestiones planteadas en el escrito de recurso son que no cabe una exclusión automática por el mero vínculo por matrimonio de los licitadores, sino que debe acreditarse la efectiva concertación para la presentación de las ofertas, teniendo también en cuenta que la legislación contractual permite que empresas de un mismo grupo puedan participar en una misma licitación con proposiciones distintas.*

Todas estas cuestiones se ven resueltas en la Resolución 1278/2019, de 11 de noviembre de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde señala lo siguiente:

"Como último motivo del recurso se alega la vulneración del principio de proposición única consagrado en el artículo 139.3 de la LCSP, Según el artículo 139.3 de la LCSP: `Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 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.´

El recurrente afirma en su recurso que la existencia de vinculación entre dos licitadores en los que uno concurre individualmente y, a su vez, como administrador solidario de una mercantil, es indicio suficiente para concluir que son un mismo operador económico con la consiguiente vulneración del artículo 139.3 de la LCSP. A este respecto este Tribunal ha señalado en su reciente resolución nº 659/2019, de 20 de junio (nº recurso 414/2019) lo siguiente: "El artículo 145.3 de la LCSP se aplica a todos los licitadores, pertenezcan o no a un grupo de empresas. La pertenencia a un grupo no sirve como excepción que permite la presentación concertada de varias empresas a una misma

licitación sirviéndose del grupo para incrementar las posibilidades de que una misma oferta técnica resulte seleccionada, lo que técnicamente se oferta es lo mismo, pero se presentan precios diferentes para que esa misma oferta técnica tenga más oportunidades de ser la mejor valorada. La ya citada Resolución nº 950/2015, de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; señaló: "[..] La doctrina de este Tribunal sobre el artículo 145.3 y la disposición adicional 23 a del TRLCSP [...] (Se resume así): El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control, ex disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP (...) - Ahora bien, sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el artículo 145.3 TRLCSP, de modo que podría apreciarse, procediendo al "levantamiento del velo", si bajo la apariencia de ofertas formuladas 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 (...)

Este Tribunal (admite) "la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo" en los 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 este caso, entendemos que el mero hecho de que concurran dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, ni tampoco por el solo hecho de que quien licita como empresario individual sea administrador de una persona

jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por ésta en la misma licitación. Cuestión distinta es que concurra el supuesto previsto en la STJU recaída en el Asunto (-538/07) citada en nuestra Resolución 659/2019 (Recurso nº 414/2019) reseñada más arriba, sobre que: "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". Pues bien, efectivamente, el conjunto de los indicios que resultan del expediente administrativo (presentación de ofertas el mismo día con cinco minutos de diferencia, idénticos datos de contacto, idéntico domicilio social de ambos licitadores, vinculación entre sus órganos de administración, mismas deficiencias en cuanto a la presentación de la documentación administrativa, mismo formato de las ofertas aunque la oferta técnica sea diferente, las mismas inexactitudes y omisiones en el texto de las ofertas de mejoras de ambas empresas y la coincidencia del formato y texto de las ofertas de ambas empresas) son suficientes para apreciar dicha constatación de la relación entre ambas empresas "…ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento…", 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 subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación.»

Y continúa el citado Acuerdo 40/2022, manifestando que. *«Pues bien, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 15/2022, de 9 de febrero: "(e)sta doctrina ampara la actuación del órgano de contratación dirigida a determinar si se ha conculcado el principio de proposición única en supuestos de empresas licitadoras vinculadas y en el presente caso, constan en el expediente administrativo, el conjunto de los indicios que determinan que el aquel considere que ambas empresas tienen una relación o vinculación y que la misma ha tenido incidencia concreta sobre su actuación en la licitación, sin que dichos indicios hayan sido negados o contrastados –ni siquiera el del domicilio social de las empresas pues el órgano de contratación comprobó que eran domicilios contiguos, lo cual no se ve contradicho porque uno de ellos sea un domicilio particular- y en definitiva sin que las recurrentes hayan podido llevar a este Tribunal al convencimiento de que el órgano de contratación haya errado en su valoración. Por todo ello, se desestiman los respectivos motivos de recurso y con ellos, ambos recursos.*

Pues bien, al igual que en el caso citado, los indicios invocados por el órgano de contratación – constatados por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón-, tales como que ambos licitadores tengan el mismo domicilio social, la relación matrimonial, el hecho de que el escrito atendiendo al requerimiento de adscripción se hace de forma manuscrita por uno de ellos para las proposiciones de ambos, las coincidencias en las ofertas económicas y también el resultado de las combinaciones entre ambos de las renuncias y adscripciones a cada lote, permite considerar que la conclusión del órgano de contratación de que ha habido por parte de los recurrentes una concertación en la presentación de las ofertas es razonable y no arbitraria, sin que se haya logrado convencer a este Tribunal de lo contrario. Por ello se considera que procede desestimar el presente recurso.»

En el caso que nos ocupa, se debe poner de manifiesto- como en tantas otras ocasiones ha señalado este Tribunal administrativo- el carácter autónomo de cada procedimiento de contratación y así cabe citar por todos el Acuerdo 21/2023, de 9 de marzo, de ahí que el argumento que esgrime la actora en relación a procedimientos contractuales anteriores debe decaer.

En cuanto a los indicios puestos de manifiesto por el órgano de contratación- tanto en el acta de la Mesa de contratación, que determinó la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento, como en el informe emitido a resultas del recurso-, son los siguientes:

- La presentación por parte de "LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING S.L.U." y D. David Alejandro Sancho Suárez de la misma documentación, incluso la que no resultaba exigible en los pliegos, como el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, con idéntica denominación de los archivos presentados.
- Las citadas empresas, incurren en el mismo error de presentar una Declaración Responsable Única en Materia de Contratación Pública (en adelante, DRU), a pesar de resultar exigible una por cada lote.
- En las propuestas presentadas por las mencionadas empresas se cumplimentan los mismos apartados de la DRU que tampoco resultaban exigibles, como los datos relativos al seguro de responsabilidad civil y la descripción de trabajos constando una redacción idéntica de las asistencias técnicas realizadas al IAF.
- En las DRUs presentadas por ambos licitadores se indica que el profesional adscrito a la prestación del servicio es Licenciado en ADE, mediante la misma redacción.
- La presentación de las proposiciones se realizó el mismo día y con una diferencia de 4 horas aproximadamente (la citada mercantil el 13 de

enero de 2023 a las 19:31 horas y D. David Alejandro Sancho Suárez ese mismo día a las 23:57 horas).

- La persona de contacto de ambas proposiciones es la misma así como el número de teléfono móvil de contacto.
- Las DRUs presentadas por ambos las firma la misma persona.
- El administrador único de “LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING S.L.U.” es D. David Alejandro Sancho Suárez.

Pues bien constatadas todas estas coincidencias, dado que han resultado probados los hechos con la documentación que obra en el expediente, ello permite a este Tribunal administrativo considerar que en el presente caso- al igual que acontecía en el meritado Acuerdo 40/2022, con base en la doctrina en él expuesta- asiste razón al órgano de contratación, al concluir que ha habido una concertación en la presentación de las ofertas presentadas por “LEXINTEK ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING S.L.U.” y D. David Alejandro Sancho Suárez, siendo por tanto una actuación razonable y no arbitraria, la exclusión de la actora del procedimiento de licitación, por lo que procede desestimar el motivo de recurso y con él el recurso interpuesto.

Por último, dado que este Tribunal administrativo considera que en el presente caso han quedado constatados indicios de prácticas contrarias a la libre competencia, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LCSP que dispone lo siguiente*: “Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de*

los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación."

En Aragón, la citada autoridad autonómica de competencia es el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, que fue creado mediante el Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la competencia de Aragón, de manera que procede notificar al mencionado Tribunal el presente acuerdo, todo ello al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 132.3 de la LCSP.

Por otro lado, este Tribunal administrativo coincide con el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 74/2018, de 14 de marzo, en cuanto al momento procedimental en que se debe realizar la notificación, en este caso al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, y es tras la adopción del presente Acuerdo. A tal efecto son aquí trasladables los argumentos que nuestro homólogo esgrime sobre esta cuestión en la referida Resolución y que son los siguientes:

"Por otro lado, la resolución que dicte el Tribunal no ha de ser necesariamente posterior a la de la CNMC con suspensión del procedimiento de recurso hasta el pronunciamiento de la Comisión. Tal decisión de suspensión supondría que el Tribunal no se podría pronunciar hasta conocer la decisión de la CNMC que puede dilatarse con graves consecuencias en la satisfacción de los intereses que se pretenden cubrir con la contratación en curso y posible pérdida de recursos económicos que recaerán sobre la Administración contratante y sobre el interés público que se verá perjudicado, y no sobre los presuntos infractores.

Considera el Tribunal que se trata de ámbitos competenciales distintos y delimitados, por lo que nada obsta para dictar resolución, la dación de cuenta a la CNMC, y su posterior resolución y sin que ello suponga infracción del principio non bis in idem. Como hemos señalado más arriba la CNMC será competente para conocer las infracciones de la Ley 15/2007 y el Tribunal se limita a transmitir los datos que posee, resolviendo el recurso conforme los parámetros del TRLCSP".

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado en nombre y representación de la mercantil "LEXINTEC ASESORAMIENTO INTEGRAL Y CONSULTING, S.L.", frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Contrato de servicios de asistencias técnicas y tutorización de proyectos de empresa del Programa "Emprender Aragón". Lotes 3 y 5», promovido por el Instituto Aragonés de Fomento.

SEGUNDO.- Dar traslado del presente acuerdo al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LCSP.

TERCERO- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.