

Recurso 24/2018**Resolución 50/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 23 de febrero de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KPMG AUDITORES, S.L.** contra la resolución, de 11 de enero de 2018, de la Viceconsejería de Hacienda y Administración Pública por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de auditoría financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre las agencias públicas empresariales y sociedades mercantiles del sector público andaluz sometidas a control financiero permanente y sobre los fondos carentes de personalidad jurídica previstos en el artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía”, convocado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Expte. SGT048/17), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de julio de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión



Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 10 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 190 y el 31 de julio de 2017 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 2.656.066,09 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. El objeto del contrato está dividido en siete lotes y tras la tramitación del procedimiento, el 11 de enero de 2018 el órgano de contratación dictó resolución por la que se acordaba adjudicar los lotes 1 y 2 a la entidad BDO QUOTA AUDITORES, S.L., los lotes 3, 5 y 6 a la entidad BDO AUDITORES, S.L.P. y los lotes 4 y 7 a la entidad ERNST & YOUNG, S.L.

La citada resolución fue remitida a los licitadores por correo electrónico el 15 de enero de 2018, publicándose el mismo día en el perfil de contratante.

CUARTO. El 2 de febrero de 2018, tuvo entrada en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad KPMG AUDITORES, S.L. (KPMG, en adelante) contra la resolución de adjudicación del contrato.



QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 5 de febrero de 2018, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida fue recibida en este Tribunal el 9 de febrero de 2018.

SEXTO. El 12 de febrero de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes 1, 2, 3, 5 y 6.

SÉPTIMO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 12 de febrero de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo las entidades BDO AUDITORES, S.L.P (BDO AUDITORES, en adelante) y BDO QUOTA AUDITORES, S.L. (BDO QUOTA AUDITORES, en adelante).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que aquel resulta procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a los licitadores y publicada en el perfil de contratante el 15 de enero de 2018, por lo que el recurso presentado en el Registro del Tribunal el 2 de febrero de 2018 se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

KPMG solicita que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación, retrotrayéndose las actuaciones al momento de comprobar que, conforme al Anexo I-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el importe acumulado de los lotes de las empresas adjudicatarias BDO QUOTA



AUDITORES y BDO AUDITORES supera el 40% del presupuesto de licitación, por considerarse ambas como un único licitador y se proceda a la redistribución de las adjudicaciones de los lotes correspondientes.

Con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes, hemos de reproducir algunos antecedentes de interés para la resolución de la controversia.

1. El Anexo I-A del PCAP, en el apartado “Información relativa a los lotes”, establece lo siguiente:

“División en lotes: Sí, siete (7)

Pueden presentarse ofertas para: todos los lotes. Las empresas licitadoras deben indicar en el sobre nº1 el lote o lotes a los que licitan.

Criterios objetivos o sistemas para determinar la adjudicación de los lotes:

Con independencia de la valoración de las proposiciones que se obtenga de la aplicación de los criterios adjudicación, ninguna empresa licitadora podrá resultar adjudicataria de lotes que acumulados superen el 40% del total del presupuesto de licitación. Si se diera la circunstancia de que una misma empresa obtuviera la mayor puntuación en varios lotes que superen acumulados el límite fijado, se le adjudicarán de mayor a menor importe aquel o aquellos lotes en los que obtuviera mayor puntuación absoluta sin rebasar conjuntamente el 40% citado.

Esta medida se entiende justificada por favorecer el buen desarrollo de las auditorías y primar su eficacia y buena administración. Se busca además fomentar la participación de diferentes firmas en los trabajos de auditoría sobre empresas públicas, favoreciendo la riqueza de enfoques y la comparación de diferentes soluciones técnicas”.

2. En la sesión de la mesa de contratación de 19 de diciembre de 2017, se acordó por unanimidad elevar petición de informe a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía en los siguientes términos: *“En el expediente SGT048/17, las empresas BDO QUOTA AUDITORES, S.L. (que licitó y está propuesta como adjudicataria a los lotes 1 y 2 del contrato) y BDO AUDITORES, S.L.P. (que*



licitó y está propuesta como adjudicataria a los lotes 3, 5 y 6) pertenecen a un mismo grupo de empresas y por tanto a un mismo poder de dirección empresarial. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece un límite del 40% del presupuesto de licitación para la adjudicación a una misma licitadora de los lotes del contrato. El citado límite no es superado por ninguna de las dos empresas licitadoras tomadas por separado, si bien dicho porcentaje se supera si las tomamos conjuntamente como grupo de empresas. Es por ello que se solicita informe a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía por si esta práctica del grupo de empresas BDO pudiera resultar contraria a las reglas de la libre competencia”.

El citado informe fue emitido, el 2 de enero de 2018, por el Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía en el que se concluye que “(...) no se aprecia la existencia de indicios de infracción de la LDC [Ley de Defensa de la Competencia], sin que proceda el ejercicio por este Departamento de Investigación de las funciones que tiene legalmente atribuidas.

No obstante, tal conclusión no prejuzga que la actuación de las citadas empresas en el procedimiento de licitación de referencia sea conforme a Derecho, pues la tutela de la normativa en materia de contratación pública corresponde a otras autoridades administrativas y judiciales”.

Tal conclusión se funda, en el citado informe, en que el acuerdo de carácter colusorio prohibido por la LDC requiere la existencia de un intercambio de voluntades entre varias personas, físicas o jurídicas, que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, por lo que no incurren en la prohibición de conductas colusorias previstas por dicha Ley los acuerdos entre empresas pertenecientes a un mismo grupo, por entenderse que no hay independencia de comportamiento y, por tanto, no existir dos voluntades distintas que puedan concertarse, sino un único centro de imputación de la actividad competitiva.

3. El 11 de enero de 2018, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación de los lotes 1 y 2 a la entidad BDO QUOTA AUDITORES y de los lotes 3, 5 y 6 a la entidad BDO AUDITORES.



Tras la exposición de estos antecedentes, procede ya examinar los alegatos de KPMG quien manifiesta que la posibilidad de que empresas del mismo grupo presenten proposiciones diferentes está recogida en el artículo 145.4 del TRLCSP, precepto que solo prevé la exclusión automática de las ofertas diferentes presentadas por empresas vinculadas en el contrato de concesión de obra pública; si bien, aduce la recurrente que cuestión distinta es que se acredite la existencia de fraude de ley por concurrir indicios razonables de que nos encontramos ante una misma unidad de negocio y que las empresas del grupo no actúan, en realidad, de manera independiente.

Sostiene que para demostrar que la actuación de dos empresas vinculadas o del mismo grupo es antijurídica no existe una regla general, y que habrá de aplicarse en cada caso la técnica del “levantamiento del velo” que trata de descubrir si, bajo la apariencia de la personalidad jurídica de sociedades o empresas distintas, se encuentra el mismo sujeto; de darse esta circunstancia, manifiesta la recurrente que estaríamos ante un fraude de ley pues, en el caso examinado, se estaría permitiendo que un mismo licitador accediera a la adjudicación de lotes evitando la limitación establecida del 40% del total del presupuesto de licitación, situándose en posición de ventaja respecto al resto de licitadores y vulnerándose los principios de la contratación pública relativos a la transparencia, igualdad y competitividad.

Así pues, KPMG aduce que, al no existir criterios automáticos y completamente objetivos para determinar si, pese a la apariencia jurídica de personalidades diferentes, estamos ante un único licitador, este Tribunal deberá realizar un ejercicio de interpretación conjunta y sistemática de los indicios que han podido recopilarse al respecto y que son, según expone en su escrito de recurso, los siguientes:

1. Composición del capital social: la entidad BDO AUDITORES tiene una participación mayoritaria en BDO QUOTA AUDITORES, siendo tal extremo



uno de los principales indicios a la hora de aplicar la teoría del levantamiento del velo, según tienen declarado sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia.

2. Identidad de objeto social: Tanto BDO QUOTA AUDITOTES como su matriz comparten la misma actividad (contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal).

3. Falta total de autonomía de decisión y funcionamiento independiente: BDO QUOTA AUDITORES funciona como una más de las oficinas de BDO AUDITORES, aunque tenga personalidad jurídica y patrimonio propios. En tal sentido, KPMG señala que el domicilio social de la primera se identifica con la oficina de la segunda en Pamplona, y la dirección de correo electrónico de aquella sigue el mismo sistema de asignación que las del resto de oficinas de BDO AUDITORES.

4. Órgano de administración: el Presidente del órgano de administración de BDO QUOTA AUDITORES es también Consejero en el órgano de administración de BDO AUDITORES, compartiendo ambas sociedades el mismo Secretario. Este hecho es considerado como clara indicación de la unidad de dirección.

5. Identidad de la propuesta técnica en el modelo de organización y gestión del contrato (Sistema de Gestión de Calidad): KPMG manifiesta que, además de que las propuestas poseen en muchos de sus apartados un formato idéntico cambiando únicamente el pie de página, el concreto apartado relativo al memorándum de planificación tiene exactamente el mismo contenido, modificándose únicamente el color y eliminando el logo de BDO.

Respecto al apartado "Modelo de organización y gestión del contrato (Sistema de Gestión de Calidad)", la recurrente señala lo siguiente:



- El documento tiene un contenido idéntico, con la única diferencia de que BDO QUOTA AUDITORES reconoce que, respecto al control de calidad interno (SCCI), utiliza los sistemas de BDO AUDITORES, lo que supone un indicio claro de la falta de autonomía de decisión y funcionamiento.
- BDO QUOTA AUDITORES asume expresamente las políticas y procedimientos diseñados por el Consejo de Administración de BDO AUDITORES.
- Los responsables de las distintas áreas que componen el SCCI son conjuntos para ambas sociedades, sin que exista independencia funcional de ninguna clase ni en ninguna materia para BDO QUOTA AUDITORES.

6. Equipo humano: la recurrente afirma que, en la vista de expediente, comprobó que, uniendo los equipos de los dos lotes a los que licitaba BDO QUOTA AUDITORES, solo tres de los ocho perfiles propuestos son actualmente trabajadores de dicha empresa y que el actual Presidente de BDO QUOTA AUDITORES es el socio adscrito a la ejecución del Lote 5, licitado por BDO AUDITORES, en una clara confusión de plantillas.

La recurrente concluye, pues, que resulta acreditado que BDO AUDITORES ostenta un control efectivo y absoluto sobre BDO QUOTA AUDITORES, y que la vinculación entre las empresas ha influido en el contenido de sus ofertas, de modo que no se trata de licitadoras distintas sino de una sola y ello debería haber dado lugar a la aplicación de la limitación del 40% del total del presupuesto de licitación. Por tanto, considera que, aplicando lo dispuesto en el Anexo I-A del PCAP (*“Si se diera la circunstancia de que una misma empresa obtuviera la mayor puntuación en varios lotes que superen acumulados el límite fijado, se le adjudicarán de mayor a menor importe aquel o aquellos lotes en los que obtuviera mayor puntuación absoluta sin rebasar conjuntamente el 40% citado”*), los lotes 1 y 2 deberían haberse adjudicado al siguiente licitador que sería KPMG.



Por su parte, el informe al recurso señala que no está en duda que BDO QUOTA AUDITORES y BDO AUDITORES son empresas distintas con personalidades jurídicas propias y diferenciadas, y que, asimismo, pertenecen al mismo grupo de empresas. Por tanto, pues, no es de extrañar que una de ellas posea la mayor parte del capital social de la otra o que ambas compartan, en mayor o menor medida, instalaciones, aspectos organizativos, personas en sus Consejos de Administración o forma de presentar sus ofertas, no existiendo prohibición alguna a que dos empresas del mismo grupo puedan presentarse a una misma licitación, sin perjuicio de las cautelas que corresponden al órgano de contratación en materia de ofertas anormalmente bajas. Además, BDO QUOTA AUDITORES y BDO AUDITORES se presentaron a lotes diferentes, sin que hayan competido entre ellas ni hayan podido, pues, condicionar la adjudicación de cada uno de los lotes por separado.

Finalmente, frente al recurso se alzan las dos empresas del grupo. BDO AUDITORES alega que su participación en BDO QUOTA AUDITORES no representa un control de hecho ni de derecho sobre esta última, la cual conserva su poder de dirección y gestión como empresa independiente, sin perjuicio de pertenecer al grupo de empresas BDO. Asimismo, señala que la participación en el capital de una sociedad o el hecho de que una misma persona ostente un cargo en ambas sociedades no implica en modo alguno la existencia de una vinculación como un negocio unitario y concluye que no existe el fraude de ley a que alude la recurrente, gozando ambas empresas de domicilios sociales diferentes y teniendo participación mayoritaria en el Consejo de Administración de BDO QUOTA AUDITORES las personas socias de esta última empresa.

Por otro lado, BDO QUOTA AUDITORES esgrime, en síntesis, que dicha empresa y BDO AUDITORES pertenecen al mismo grupo pero no constituyen un licitador único. En tal sentido, manifiesta que la segunda no cuenta con la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de la primera y que los domicilios sociales de una y otra empresa son distintos. Asimismo, señala que el TRLCSP permite la formulación de ofertas por empresas del mismo grupo en los



contratos de servicios, sin que el pliego extienda la prohibición del límite del 40% a empresas vinculadas ni a UTEs y sin que la apreciación de prácticas colusorias corresponda al órgano de contratación, sino a la Administración competente en materia de defensa de la competencia que, en el caso examinado, ha concluido que no existen.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se circunscribe a determinar si BDO AUDITORES (adjudicataria de los lotes 3, 5 y 6 del contrato) ostenta un control efectivo y absoluto sobre BDO QUOTA AUDITORES (adjudicataria de los lotes 1 y 2), de modo que la vinculación entre ambas haya influido en el contenido de sus ofertas hasta el punto de no tratarse de licitadoras distintas, sino de una sola a la que habría que aplicar la limitación del 40% del total del presupuesto de licitación en orden a la adjudicación de los lotes del contrato.

Como punto de partida, hemos de indicar que conforme al artículo 145.4 del TRLCSP *“En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas (...).*

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.

Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.

Asimismo, la remisión reglamentaria contenida en el precepto legal transcrito debe entenderse efectuada al 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.



Por tanto, a la luz de los preceptos señalados, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas solo supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación en el caso de los contratos de concesión de obra pública, y en los demás supuestos, como el que aquí nos ocupa relativo a un contrato de servicios, la presentación de proposiciones a una misma licitación por empresas vinculadas solo tendrá trascendencia en orden a los efectos de aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En línea con lo hasta ahora expuesto, el Informe 35/2012, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a propósito de una consulta relacionada con la licitación de un contrato de obras, señala que *“(...) la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas se tendrá a los efectos de la consideración de dichas ofertas con valores anormales o desproporcionados de acuerdo con el procedimiento y con los efectos previstos en el artículo 152 del mismo texto legal, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. En definitiva, en el caso objeto de consulta no precederá, en consecuencia, la exclusión de las ofertas, sino la aplicación del régimen de bajas desproporcionadas o temerarias previsto reglamentariamente para estos supuestos”*.

Asimismo, desde otra perspectiva, el concepto de “empresas vinculadas” utilizado por el artículo 145.4 del TRLCSP viene a equipararse en dicho precepto con el término “grupo de sociedades” empleado por el artículo 42 del Código de Comercio, cuyo requisito esencial es la presencia de una situación de control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras. El tenor literal de este último precepto es el siguiente: *“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*



a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

Ahora bien, no basta con que dos o mas sociedades formen parte de un grupo empresarial para que, automáticamente, quepa obviar la personalidad jurídica diferenciada de cada una de ellas y tratar a todas como si fueran una sola. Como señala la Resolución 527/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, esta tesis es inasumible tanto en el marco legal actual que admite el hecho de que sociedades de un mismo grupo puedan concurrir a un mismo contrato, salvo que se trate de una concesión de obra pública (artículo 145.4 del TRLCSP), como desde la perspectiva del Derecho Europeo, pues, como concluye la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de mayo de 2009 (C-538/07), “El Derecho comunitario 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 manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas 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 dicha licitación”.

Por tanto, hemos de concluir que el dato decisivo al que debe atenderse es el relativo a si las empresas actúan o no en la realidad de manera independiente -lo que, en el supuesto examinado, niega KPMG a través de la exposición en su escrito de una serie de indicios-, sin que el solo cumplimiento de alguna de las situaciones descritas en el artículo 42 del Código de Comercio permita afirmar que se está ante una unidad de dirección empresarial o si se quiere ante un solo licitador.

Pues bien, en el supuesto analizado, pese a la afirmación de la recurrente de que el domicilio social de BDO QUOTA AUDITORES se identifica con la oficina de BDO AUDITORES en Pamplona, el examen del expediente de contratación no permite advenir tal aserto, desprendiéndose del mismo que dichas empresas tienen domicilios sociales distintos: BDO AUDITORES en Madrid, según resulta de la certificación de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía obrante en el expediente de contratación y BDO QUOTA AUDITORES en Navarra (Mutilva - Aranguren) según escritura pública igualmente incluida en el expediente.

Asimismo, analizando la documentación obrante en el expediente remitido, BDO AUDITORES no cuenta con la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de BDO QUOTA AUDITORES. Así, consta que, según escritura pública de constitución de 14 de febrero de 2001, las dos únicas socias de esta última eran inicialmente M.L.G.H. y M.R.L.P., quienes, según escritura pública nº4.122, de 8 de octubre de 2014, gozaban de facultades solidarias, entre otras, para suscribir cualquier tipo de contrato cualquiera que fuese su naturaleza o modalidad en los que la entidad poderdante hubiese resultado adjudicataria



como consecuencia de una licitación pública. Por otro lado, en otra escritura obrante en el expediente (nº1757 de 21 de noviembre de 2014), tres socias de BDO QUOTA AUDITORES son consejeras de su órgano de administración formado por un total de 4 miembros. Así las cosas, por lo pronto, resulta una participación mayoritaria de socios de BDO QUOTA AUDITORES en el Consejo de Administración de dicha entidad, sin que conste por otro lado que su designación se haya efectuado por decisión de BDO AUDITORES.

De otro lado, como alega una de las entidades interesadas, BDO QUOTA AUDITORES y BDO AUDITORES no han efectuado una misma propuesta técnica, extremo este también denunciado en el escrito de recurso. Al respecto, consta en el informe técnico relativo a los criterios sujetos a juicio de valor -obstante en el expediente- que la oferta de la primera entidad obtuvo en los lotes 1 y 2 un total de 31 puntos sobre un máximo de 45, mientras que la proposición de la segunda recibió un total de 37 puntos sobre el máximo de 45 en los lotes 3, 5 y 6. Así pues, las diferentes puntuaciones otorgadas evidencian que la calidad de las propuestas técnicas de las dos empresas no era la misma a juicio del órgano técnico emisor del informe, y ello, aun cuando ambas empresas licitaren a lotes distintos, puesto que los criterios de adjudicación eran comunes.

Con base en todo lo argumentado, este Tribunal considera que no existen elementos suficientes para considerar, pese a la participación del capital social de una empresa en otra, que ambas sociedades funcionen en realidad como un único licitador. Así, respecto a los indicios mencionados por la recurrente, ya hemos analizado que son distintos los domicilios sociales y propuestas técnicas de ambas empresas, así como que la mayoría de miembros del órgano de administración de BDO QUOTA AUDITORES no proceden de BDO AUDITORES, ni consta que se hayan nombrado por esta última empresa.

Además, la identidad del objeto social o la coincidencia de una misma persona en el órgano de administración de ambas sociedades -aspectos estos que



también se señalan en el recurso como indicios de la existencia de una unidad de negocio pese a la apariencia de personalidades jurídicas distintas- no son elementos suficientes para llegar a tal conclusión. En tal sentido, el Informe 56/1999, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señala que la identidad prácticamente total de los administradores de las empresas licitadoras, así como de su objeto social no serían circunstancias suficientes para alterar el dato de la personalidad jurídica que convierte a cada empresa en un licitador independiente.

Y en la misma línea de interpretación, la Resolución 636/2017, de 14 de julio de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aborda un supuesto donde se denunciaba que dos sociedades constituían una sola a los efectos del artículo 145.3 del TRLCSP, presentando la recurrente en fundamento de su alegato certificaciones expedidas por el Registro Mercantil de las que se desprendía que el Administrador único y socio único de ambas empresas era una misma persona. En tal supuesto, el Tribunal entendió que *“(...) dicha total inconsistencia de la respectiva personalidad jurídica de ambas sociedades no ha sido acreditada ni se desprende, sin más, de las certificaciones aportadas por la recurrente”*.

Por tanto, en el caso examinado, los indicios no apuntan, precisamente, en el sentido manifestado por la recurrente, existiendo -en los términos que se han argumentado con anterioridad- apariencia suficiente de que BDO QUOTA AUDITORES y BDO AUDITORES son, en efecto, personas jurídicas diferenciadas y no una misma unidad de negocio como consecuencia del dominio o control de la segunda sobre la primera.

Asimismo, desde otra perspectiva, hemos de indicar que la literalidad del Anexo I-A del PCAP se refiere a “una misma empresa licitadora” cuando establece el límite del 40% del total del presupuesto de licitación para la adjudicación de lotes, sin que sea posible su aplicación extensiva a empresas vinculadas. En tal sentido, aunque con referencia a una licitación en que participaba una UTE y



una empresa que, a su vez, integraba dicha UTE, la Resolución 49/2018, de 19 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analiza si deben considerarse “el mismo licitador”, concluyendo en sentido negativo que *“cuando los pliegos no contienen excepción, la referencia a la UTE debe ser considerada a ella misma y no a sus componentes”*.

A mayor abundamiento, tampoco puede perderse de vista el contenido del Informe 5/2013, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, sobre prácticas colusorias en el ámbito de la contratación pública que insiste en que la normativa contractual no tiene como objetivo la persecución de conductas anticompetitivas. Así pues, el mismo señala que *“La normativa en materia de contratación pública no tiene como finalidad perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas que puedan producirse entre los empresarios que participan en un procedimiento de contratación pública. Como ya hemos dicho, esta es una misión que corresponde al derecho de la competencia y así queda patente en la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP, que excluye de su ámbito la sanción de las conductas que infrinjan la legislación en materia de defensa de la competencia.*

Por tanto, debe considerarse que el hecho de que un órgano de contratación sospeche o detecte indicios de que en el seno de un procedimiento se han producido acuerdos colusorios entre varios licitadores, no constituye un motivo de exclusión, y ello no tan solo porque la normativa en materia de contratación no prevea esta posibilidad, sino también porque en los procedimientos de contratación es esencial favorecer la máxima concurrencia, sin que sea admisible excluir a los licitadores con fundamento en una mera sospecha de actuaciones colusorias”.

En el supuesto aquí examinado, consta además que la cuestión objeto de la presente controversia fue comunicada a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, por si esta práctica del grupo de empresas BDO



hubiera podido resultar contraria a las reglas de la libre competencia, concluyéndose por dicha Agencia que no existían indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Así pues, con base en cuanto se ha argumentado y a la vista de las alegaciones de todas las partes y de la documentación examinada, este Tribunal no puede concluir que la personalidad jurídica diferenciada de las dos entidades cuestionadas en el recurso sea meramente formal y aparente, ocultando una realidad unitaria subyacente para así conseguir un propósito fraudulento, terminología esta utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, Sala I, de 28 de mayo de 1984, 11 de noviembre de 1995, 31 de octubre de 1996 y 3 de junio de 2004, entre otras) para acudir a la doctrina del levantamiento del velo.

Procede, pues, la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KPMG AUDITORES, S.L.** contra la resolución, de 11 de enero de 2018, de la Viceconsejería de Hacienda y Administración Pública por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de auditoría financiera de las cuentas anuales y de los estados consolidados que, en su caso, existan y otras actuaciones obligatorias a cargo de auditores de cuentas sobre las agencias públicas empresariales y sociedades mercantiles del sector público andaluz sometidas a control financiero permanente y sobre los fondos carentes de personalidad jurídica previstos en el artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía”, convocado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Expte. SGT048/17).



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en su resolución de 12 de febrero de 2018, respecto a los lotes 1, 2, 3, 5 y 6.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

