



Expte.: R-33/2015

ACUERDO 27/2015, de 11 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “SES ASTRA, S.A.” contra la Resolución 105/2015, de 18 de marzo, del director general de Informática y Telecomunicaciones, por la que se adjudica el contrato para la extensión de la Televisión Digital en Navarra para las zonas II y III (zonas remotas y menos urbanizadas) durante el período 2015-2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2014, se remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato para la extensión de la Televisión Digital en Navarra para las zonas II y III (zonas remotas y menos urbanizadas) durante el período 2015-2020, que fue publicado en el número S-219 con fecha 13 de noviembre de 2014. Dicho anuncio fue publicado igualmente en el Portal de Contratación con fecha 11 de noviembre de 2014.

Por Resolución 105/2015, de 18 de marzo, del director general de Informática y Telecomunicaciones, se adjudicó el contrato a “RETEVISIÓN I, S.A.”, iniciándose los trámites para la notificación con fecha 27 de marzo de 2015, sin que conste en el expediente la fecha de la efectiva notificación.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de marzo de 2015, don L.S.X., en nombre y representación de “SES ASTRA, S.A.” interpone reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación que ha efectuado la Dirección General de Informática y Telecomunicaciones del Gobierno de Navarra, del contrato para la extensión de la Televisión Digital en Navarra para las zonas II y III (zonas remotas y menos urbanizadas) durante el período 2015-2020.

Dicha reclamación se fundamenta, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Con carácter previo señala que, habiendo recibido una comunicación electrónica el día 18 de marzo de 2015 y al no haber podido acceder parcialmente al expediente hasta el 25 de marzo, sólo ha dispuesto de unas 50 horas para preparar la reclamación, por lo que solicita que se le conceda un plazo extraordinario de al menos 72 horas y que al menos más de la mitad del plazo sean días hábiles, plazo que computaría desde el momento en que pueda tener acceso al expediente.

b) Considera que, como consecuencia de la decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013 y la más reciente de 30 de octubre de 2014 referida a Castilla-La Mancha, existe una obligación de licitación pública que sea tecnológicamente neutral y señala que la licitación objeto de esta reclamación debe ser examinada por la Comisión Europea. En este aspecto indica que los equipamientos propiedad de la Administración han sido suministrados por Abertis Telecom a través de su filial “RETEVISIÓN I, S.A.”, empresa que, según la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia S-207/09, de 8 de febrero, es la empresa que realiza el transporte y difusión de la señal de la Televisión Digital Terrestre (TDT) en situación de monopolio y usando el satélite Hispasat 1 cuyo operador es una filial de Abertis.

c) Que con fecha 30 de enero de 2015, comunicó a la Mesa de Contratación que consideraba que en los licitadores “RETEVISIÓN I, S.A.” e “HISPASAT, S.A.” incurrían en el supuesto del artículo 55 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), al tratarse de dos empresas vinculadas. Como consecuencia de ello, figura en el expediente un informe del Jefe de la Sección de Régimen Jurídico de la Dirección General de Informática y Telecomunicaciones, de fecha de 19 de febrero de 2015 que concluye que no procede tal inadmisión en base a los siguientes argumentos:

- No se ha acreditado la vinculación empresarial entre “RETEVISIÓN I, S.A.” e “HISPASAT, S.A.”

- No se ha acreditado que la presentación de ambas ofertas haya supuesto una manipulación de los límites cuantitativos de las ofertas a los efectos de desequilibrar el resultado de la licitación.

- La normativa comunitaria impide la exclusión automática de las ofertas presentadas por empresas vinculadas.

d) Frente a lo sostenido en dicho informe, considera que es público y notorio por constar en registros públicos y en las propias indicaciones que dan dichas empresas, la publicidad general y la información que dan ellas mismas en Internet. No obstante, pasa a argumentar que existe una sociedad cotizada llamada “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.” que cumple sobradamente los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio.

“ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.” resulta ser la sociedad matriz de “ABERTIS TELECOMUNICACIONES, S.A.U.” (ahora denominada “ABERTIS TELECOM TERRESTRES, S.A.U.”) con el 100% de su capital. A su vez “ABERTIS TELECOM TERRESTRES, S.A.U.” es propietaria al 100% de “RETEVISIÓN I, S.A.” Asimismo, “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.” resulta ser propietaria del 100% del capital de “ABERTIS TELECOM SATÉLITES, S.A.U.” que, a su vez, es propietaria de más de la mitad del capital de “HISPASAT, S.A.”

Por otro lado, señala que todos los administradores solidarios de “RETEVISION I II, S.A.U.” son consejeros de “HISPASAT, S.A.” y han sido designados por el socio que tiene el control que es “ABERTIS SATÉLITES, S.A.U.”, que a su vez está controlada por “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.”, sociedad matriz que a través de “ABERTIS TELECOM TERRESTRE, S.A.U.”, tiene el 100% del capital social de “RETEVISIÓN I, S.A.U.”. A mayor abundamiento, entre los apoderados de “RETEVISIÓN I, S.A.U.” inscritos en el Registro Mercantil se encuentra el consejero-delegado de “HISPASAT, S.A.” aportando diversa documentación en apoyo de estas alegaciones.

También argumenta que, a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio, todas estas sociedades tienen designado al mismo auditor y que todas ellas, excepto “HISPASAT, S.A.”, comparten sede social.

El hecho de encontrarse ante sociedades unipersonales supone dar publicidad a la voluntad de ejercer el control máximo de la sociedad, ya que implica anular cualquier tipo de voluntad autónoma, como muestra el artículo 19 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que señala que las sociedades unipersonales se constituyen por acto unilateral. Por tanto, se debe concluir que la voluntad de una sociedad intermedia de carácter unipersonal debe atribuirse a la sociedad dominante.

Argumenta que no debe olvidarse que el artículo 16 LFCP también hace referencia al control indirecto, lo que nos remite al concepto de grupo societario que tiene gran importancia tanto en materia de conductas contrarias a la libre competencia de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o en materia de control de concentraciones del Reglamento (CE) nº 139/2004, del Consejo o del artículo 8 de la mencionada Ley 15/2007. A estos efectos cita como ejemplo el expediente C/0528/13 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que autoriza la adquisición del control exclusivo de “Hispasat, S.A.” por parte de “Abertis Telecom, S.A.U.”

e) Respecto a la concertación, señala que existe un alto nivel de interacción entre los consejos de administración, que ha habido una interacción específica para esta licitación dados los intereses en juego y, además, debería ser un indicio relevante la diferencia económica de las respectivas ofertas, puesto que una tenía oportunidades de ganar la licitación y la otra no tenía absolutamente ninguna.

f) Que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 de mayo de 2009, (Asunto C 538/07, Assitur), no implica que se deba inaplicar el artículo 55 LFCP, puesto que la doctrina que se deriva de dicha sentencia es que una norma como el artículo 55 LFCP es compatible con el Derecho de la UE siempre y cuando no se trate de una prohibición absoluta, por lo que el artículo 55 LFCP debe

interpretarse en el sentido de que la existencia de una relación de control o la vinculación de las empresas entre sí no deben impedir que se permita a las empresas demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento en el marco de la licitación.

Por ello, el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (TAR Lombardia), que fue el órgano que remitió la cuestión prejudicial que dio origen a la Sentencia del TJUE “Assitur”, a la hora de resolver el litigio estableció que se debía analizar si se estaba ante la presencia de elementos unívocos que permitan reconducirnos, con el suficiente grado de razonabilidad, a la existencia de un único centro de decisión. Y a la vista de la existencia de dos sedes sociales distintas, representantes y apoderados distintos e incluso de dos pólizas de garantía emitidas por compañías diferentes llega a la conclusión de que el comportamiento de las empresas no ha influido en la licitación.

Sin embargo, “SAS ASTRA, S.A.” argumenta que en la licitación recurrida la vinculación del grupo Abertis es muy fuerte, ya que la mayoría de las empresas comparten sede, hay una intensa relación entre los consejeros y apoderados de ambas sociedades a lo que hay que añadir la intensidad de la relación entre ambas empresas en el contexto del mercado del transporte y difusión de la señal de la TDT.

Respecto a la posibilidad de actuación concertada, considera que es muy difícil pensar que ambas empresas no conocieran las ofertas presentadas, ya que pueden considerarse una misma empresa y que el hecho de acudir con ofertas tan distintas económicamente hace pensar en la existencia de una actuación de consuno. Se pregunta cuál es la razón por la que “HISPASAT, S.A.” acuda sorpresivamente a esta licitación, una vez que es controlada por el grupo Abertis, cuando antes no se había interesado por ninguna de estas licitaciones. Considera que la explicación económica se encuentra en la falta de cobertura de la oferta de “RETEVISIÓN I, S.A.U.” con su oferta mixta –TDT con apoyo de satélite- que hubiera podido presentar “RETEVISIÓN I, S.A.U.” apoyándose en “HISPASAT, S.A.”, que era cómo se venía prestando el servicio, no hubiera tenido las ventajas económicas de una oferta incompleta de “RETEVISIÓN I, S.A.U.”, respaldada por otra más cara satelital de “HISPASAT, S.A.”, por si la Administración exigía la cobertura al 100%. Además no había seguridad de que “SES

ASTRA, S.A.” se fuera a presentar ya que parece difícil que otras empresas de satélite se presentasen, incluida Eutelsat en la que el grupo Abertis tiene una participación accionarial.

En definitiva, concluye, ha existido una infracción al artículo 55 LFCP que es compatible con la normativa de la UE, tal como establece la Sentencia del TJUE “Assitur”.

g) Que la oferta de “RETEVISIÓN I, S.A.U.” no permite la cobertura al 100% de la población de Navarra, al menos en lo que respecta a los canales autonómicos, lo que supone un incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas. Por otro lado, como no se va a cubrir a la totalidad de la población para ello debería contratar un servicio para dar esa cobertura, por lo que los costes se incrementarían en unos 800.000 euros anuales por los cuatro canales de televisión autonómicos, por lo que excedería del presupuesto de licitación, si bien no sería en un gran margen e incluso con un coste inferior al que se hace actualmente con las ayudas de Estado.

h) Con carácter subsidiario a los anteriores manifiesta que ha existido error en la evaluación de las ofertas que han favorecido a “RETEVISIÓN I, S.A.U.” en detrimento de la oferta de “SAS ASTRA, S.A.”

- En lo referido a la calidad de la oferta, si “RETEVISIÓN I, S.A.U.” no ofrece los canales autonómicos en su parte de satélite tampoco se pueden recibir los canales HD en la zona III, por lo que no es coherente que reciba la misma puntuación que “SAS Astra, S.A.”

- En el apartado aumento de canales, “RETEVISIÓN I, S.A.U.” ofrece el canal Gol TV, un nuevo canal pendiente de adjudicación en MPE4 y 3 nuevos canales HD o 4 SD pendientes de adjudicación en MPE5. Sin embargo, de conformidad con el Pliego, debieran haberse ofertado como opciones junto con el precio de los mismos. Igualmente es sorprendente que se compute el canal Gol TV, que es un canal de pago. Si ello es admisible a los licitadores que ofertan vía satélite se les debería computar los numerosos canales de la plataforma de pago Canal +.

- No resulta creíble la disponibilidad de la oferta de “RETEVISIÓN I, S.A.U.” puesto que ofrece mejor disponibilidad que la oferta de “HISPASAT, S.A.” cuando usa la difusión vía satélite.

- Que no se debieran haberse dado por válidos los precios indicados por los licitadores que usan tecnología terrestre y debería haberse señalado un precio real de los precios de los receptores terrestres, aplicando esa precio a esas ofertas. Considera chocante que el licitador que propone un precio de 0 euros y que no cumple lo establecido en el Pliego obtenga la mayor puntuación.

- En el tema de las adaptaciones colectivas del primer dividendo digital señala que ninguna tecnología de distribución terrestre puede tener coste cero, no así la distribución vía satélite puesto que su tecnología no supone ninguna interferencia al usar una parte distinta del espectro radioeléctrico. Y las tecnologías de distribución vía terrestre no pueden tener coste cero puesto que el Gobierno ha pedido ayudas de Estado para el dividendo digital en la zona I y si existen costes en la zona I deberá haberlos en la zona II. En consecuencia, se debe asignar a todos los licitadores que ofertan tecnología de distribución vía terrestre un valor de 0 puntos y dar puntuaciones altas a las ofertas vía satélite. Proceder de otra forma sería violar el principio de neutralidad tecnológica, el principio de igualdad y el de transparencia.

En consecuencia solicita, con carácter principal, que se declare la existencia de una infracción al artículo 55 LFCP y que se acuerde la exclusión de las compañías “RETEVISIÓN I, S.A.U.” e “HISPASAT, S.A.” Con carácter subsidiario solicita que se declare que la oferta de “RETEVISIÓN I, S.A.U.” incumple el requisito esencial de dar cobertura al 100% de la población de Navarra y se acuerde su exclusión de la licitación y que, una vez declara la exclusión, se acuerde la retroacción de actuaciones al órgano de contratación para que se dicte una resolución de adjudicación a favor de la oferta más ventajosa. Y subsidiariamente, para el caso de que fueran desestimadas las anteriores pretensiones, se proceda a anular las puntuaciones otorgadas a “RETEVISIÓN I, S.A.U.” y se ordene la retroacción del expediente al momento en que se realizó la valoración de las ofertas y se proceda a nueva valoración aplicando estrictamente los términos del Pliego.

TERCERO.- Con fecha 7 de abril de 2015, don L.S.X., en nombre y representación de “SES ASTRA, S.A.” presenta un escrito donde reitera las anteriores alegaciones y aporta más documentación en apoyo de su reclamación.

CUARTO.- Con fecha 9 de abril de 2015 el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior aporta el expediente de la licitación y presenta las siguientes alegaciones, que se transcriben en síntesis:

a) La mercantil reclamante no puede alegar indefensión debido a que su reclamación se ha interpuesto con anterioridad a la notificación de la adjudicación ya que ha interpuesto la reclamación una vez que ha recibido un correo electrónico con el resultado de la licitación dónde se advertía que los plazos para interponer la reclamación en materia de contratación pública y demás recursos administrativos comenzarían una vez recibida la notificación oficial que se le remitiría por correo ordinario.

Ello tiene su relevancia por cuanto la reclamante solicitó la revisión del expediente y se le remitió en primer lugar la parte no confidencial –toda la documentación salvo las ofertas- ya que el artículo 23 LFCP protege la confidencialidad de las ofertas, por lo que los licitadores debían señalar que parte de las ofertas no tenían carácter confidencial. Y no ha podido disponer de las ofertas hasta el día 1 de abril de 2015.

b) Sobre los supuestos incumplimientos técnicos en la adjudicación señala que la alegación de que “RETEVISIÓN I, S.A.U.” incumple el requisito de alcanzar el 100% de la población es una mera suposición, ya que la Mesa de Contratación afirma inequívocamente que todas las ofertas cumplen los requisitos del pliego sin que el reclamante aporte pruebas de ello. Además, el reclamante no puede basarse en ningún dato puesto que carece de la oferta de “RETEVISIÓN I, S.A.U.”, por lo que se está alegando un incumplimiento futuro.

Que, frente a lo alegado por la reclamante, sí se pueden valorar la oferta de otros canales independientemente de si son de pago o no. Otra cuestión diferente es que el Pliego exija que en la oferta figuren los precios de canales adicionales, pero ello debe entenderse que se trata de aquellos canales que el Gobierno de Navarra quiera

incorporar al servicio mientras esté vigente el contrato, como sería el caso de la incorporación de un canal regional de una comunidad autónoma adyacente u otro canal no incluido en el paquete básico ofertado por el adjudicatario.

Respecto a la disponibilidad del servicio, lo que se ha hecho es valorar lo ofertado con carácter vinculante por los licitadores y que, en caso de incumplimiento, determinan las penalizaciones que se aplicarán. En concreto “RETEVISIÓN I, S.A.U” hace una propuesta más estricta que la establecida en el pliego.

Sobre la valoración del impacto económico, frente a la alegación de que se debería haber establecido un precio de referencia, señala que dada la variabilidad de fabricantes y mercados no se pudo determinar ese precio de referencia en el Pliego. Por otro lado no se puede presuponer que las ofertas son inciertas sin aportar prueba alguna de ello.

En definitiva, señala la Dirección General de Informática y Telecomunicaciones, que no es procedente basar una reclamación en hipotéticos incumplimientos futuros, puesto que para ello existen las correspondientes penalizaciones y tampoco puede alegarse que deberían haberse incluido en el pliego determinadas precisiones o exigencias sin haberlas impugnado con carácter previo a la presentación de la oferta.

c) Respecto a la presentación de ofertas por empresas vinculadas que según el art. 55 LFCP implica la exclusión de ambas se remite al informe jurídico suscrito por el Jefe de la Sección de Régimen Jurídico de la Dirección General de Informática y Telecomunicaciones y Secretario de la Mesa de Contratación, en el que se señala que no se ha acreditado vinculación empresarial entre “RETEVISIÓN I, S.A.” (sic) e “HISPASAT, S.A.” en los términos establecidos en el artículo 55 LFCP y que no se ha acreditado que la presentación de ambas ofertas haya supuesto una manipulación de los límites cuantitativos o umbrales relativos a las ofertas a los efectos de desequilibrar el resultado de la licitación, por lo que dada la interdicción de la exclusión automática de las ofertas establecida por la jurisprudencia del TJUE es por lo que no procede la inadmisión de ambas ofertas.

A mayor abundamiento, señala que el art. 55 LFCP no contempla el supuesto de los grupos empresariales sino únicamente la vinculación empresarial que se presume cuando hay influencia dominante. Señala que ni “RETEVISION I II, S.A.U.”, ni directa ni indirectamente, dispone de la mayoría del capital social de “HISPASAT, S.A.”, ni dispone de la mayoría de los votos de “HISPASAT, S.A.”, ni puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración de “HISPASAT, S.A.” ni ésta puede hacerlo con “RETEVISIÓN I, S.A.U.”

Otra cuestión es que ambas mercantiles formen parte de un mismo grupo empresarial en el que puede considerarse que existe unidad de decisión, pero lo cierto es que unipersonales o no ambas sociedades tienen personalidades jurídicas diferentes. Si lo que se pretende es la inadmisión de ambas ofertas debe aplicarse estrictamente el art. 55 LFCP y el art. 16 LFCP y no otras regulaciones, por lo que si dichos artículos hubieran querido contemplar el supuesto de grupos empresariales lo habrían dicho expresamente, máxime cuando la inadmisión de licitadores debe ser contemplada de modo restrictivo.

Por ultimo, como la jurisprudencia del TJUE prohíbe la exclusión automática y exige que la vinculación haya producido alguna incidencia en la oferta señala que la reclamante solamente argumenta en base a suposiciones sobre colaboraciones técnicas sin aportar datos reales sobre la esa incidencia.

QUINTO.- Solicitadas alegaciones a los restantes licitadores, con fecha 16 de abril de 2015, comparece “HISPASAT, S.A.” que declina presentar alegaciones y el 17 de abril de 2015 “RETEVISIÓN I, S.A.U.” que presenta las siguientes alegaciones, que se transcriben en síntesis:

a) No se cumple el supuesto de hecho del artículo 55 LFCP ya que para ello es necesario que “RETEVISIÓN I, S.A.U.”, directa o indirectamente, disponga de la mayoría del capital, la mayoría de votos o pueda designar la mitad de miembros del órgano de administración de “HISPASAT, S.A.”. De hecho manifiesta que la mercantil “ABERTIS TELECOM TERRESTRE, S.L.” (en la actualidad “Cellnex Telecom, S.A.) agrupa el negocio de telecomunicaciones terrestres, separado de los negocios de satélite, constituyendo una unidad económica separada, autónoma e independiente. Considera

que se está presuponiendo que una filial de segundo nivel puede influir de forma dominante en “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.” (que no es unipersonal) para que otra filial de segundo nivel (que tampoco es unipersonal y que cuenta entre sus accionistas a la Administración General del Estado) varíe su política comercial.

b) Además de que no existe vinculación entre “RETEVISION I II, S.A.U.” e “HISPASAT, S.A.” el art. 55 LFCP ha devenido en contrario de la normativa de la Unión Europea como consecuencia de la Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 de mayo de 2009; (Asunto C 538/07, Assitur), así como a los principios de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad que inspiran la normativa europea de contratación y a la propia LFCP no siendo posible excluir *ex ante* a los licitadores incluso en el supuesto de que se aprecie vinculación.

c) Que la Administración está facultada por exigencias del artículo 21 LFCP a inaplicar el artículo 55 LFCP por ser contrario a la normativa de la Unión Europea y existiendo el precedente del Acuerdo 10/2010, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, que resuelve una reclamación dictaminando la aplicación preeminente de la normativa europea respecto de la legislación nacional.

d) Que la actuación de “RETEVISION I II, S.A.U.” e “HISPASAT, S.A.” no ha tenido como finalidad falsear la competencia o violar el principio del secreto de las ofertas. Señala que la presentación de ofertas en las licitaciones corresponde a los apoderados sin necesidad de validación o aprobación por parte del consejo de administración, lo que refuerza el hecho de que “RETEVISION I II, S.A.U.” no tiene influencia dominante en “HISPASAT, S.A.” La existencia como apoderado de don C.E. responde a unos poderes conferidos hace 10 años y que no han sido revocados por un error administrativo interno ya que no es trabajador de la empresa y los poderes de la empresa se han ido renovando anualmente desde 2005. Reconoce que existe una relación comercial entre ambas mercantiles pero no existe influencia dominante y en ningún caso la Mesa de Contratación ha apreciado la existencia de colusión o manipulación.

e) Respecto a los incumplimientos que denuncia la reclamante en lo referido a la cobertura, señala que el punto 2.1 de las prescripciones técnicas permite presentar una

solución técnica que permita establecer el servicio con una cobertura similar a la que se disfruta ahora, por lo que siendo el actual prestador del servicio difícilmente puede equivocarse en el alcance de la cobertura y presentar una solución técnica que incumpla el punto 2.1. La oferta presentada cumple con los requisitos técnicos aunque “SES ASTRA, S.A.” desconozca los aspectos de la oferta que son confidenciales por incidir en secretos comerciales, así como en el diseño e implantación del servicio, ya que se trata de un competidor directo.

En lo que se refiere a la oferta del canal Gol TV, que es de pago, señala que lo que se debe valorar es que los usuarios dispongan de canales adicionales. Si la reclamante no entendió bien este punto tenía en sus manos solicitar una aclaración y ofertar esos 300 o 400 canales que puede poner a disposición de los usuarios.

Manifiesta que puede proporcionar los índices de disponibilidad ofertados debido a que actúa como integrador de la prestación del servicio global y expone a grandes rasgos el contenido de su oferta, manifestando que también se valoraba la propuesta de penalizaciones por incumplimiento superiores a las previstas en el Pliego.

Respecto al equipo receptor, lo que la reclamante está proponiendo es que se modifique *a posteriori* un criterio de valoración aplicando un precio de referencia. Considera que si la reclamante entendía que debía hacerse debía haber impugnado el pliego en su momento.

En lo referido a la adaptación al primer dividendo digital señala que no se aplica ningún coste porque los costes de adaptación no van a ser sufragados por los usuarios en ningún caso por mandato del Real Decreto 458/2011, de 11 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital.

En lo referido al precio del servicio la reclamante confecciona la oferta que debería haber presentado “RETEVISIÓN I, S.A.U.” en base a suposiciones y comparaciones con otras licitaciones. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el único conocedor de la composición del precio es el propio licitador y que corresponde a la Mesa de Contratación apreciar la presentación de una oferta anormalmente baja.

Respecto al precio de los canales adicionales la reclamante propone establecer un precio medio para los canales adicionales ofertados por las soluciones terrestres (sin hacer referencia a las soluciones vía satélite) como fórmula de valoración de este criterio lo que es contrario a lo establecido en los pliegos, no siendo este el momento adecuado para realizar este tipo de alegaciones.

En resumen, considera que la puntuación obtenida por “RETEVISIÓN I, S.A.U.” es ajustada a derecho y cumple con los requisitos y condiciones establecidos en los pliegos, siendo la oferta más ventajosa y, en consecuencia, la adjudicataria del contrato.

En consecuencia, solicita que se desestime la reclamación presentada al no resultar de aplicación el artículo 55 LFCP y al ser la valoración de la oferta presentada por “RETEVISIÓN I, S.A.U.” acorde con la legalidad y los pliegos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Informática y Telecomunicaciones de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra es la entidad contratante y, en consecuencia, conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, puesto que presentó oferta dentro del plazo establecido, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- No consta en el expediente la fecha de notificación de la resolución frente a la que se reclama, por lo que en aplicación del principio “in dubio pro actione” que debe regir la actuación administrativa, la interposición de la reclamación debe

entenderse producida dentro del plazo legal de diez días naturales previsto en el artículo 210.2.b de la LFCP dado que de acuerdo con el artículo 58.3 LRJ-PAC, la notificación se entendería realizada a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance del acto o interponga el recurso que proceda.

En este sentido se ha pronunciado la STS de 27 de marzo de 2002, que insta a *“inclinarnos por abrir al recurrente la posibilidad de hacer valer su derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo. Así nos lo impone la necesidad de hacer valer el antes citado principio «in dubio pro actione», que vincula a nuestra Sala, y a cualquier otro Tribunal de justicia, con la misma fuerza que vincula cualquier norma positiva”*.

CUARTO.- Se impugna la Resolución 105/2015, de 18 de marzo, del director general de Informática y Telecomunicaciones, por la que se adjudica el contrato para la extensión de la Televisión Digital en Navarra para las zonas II y III (zona remotas y menos urbanizadas) durante el período 2015-2020, considerando el reclamante que existe infracción de las normas de transparencia y concurrencia en la licitación lo cual está incluido entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- Las cuestiones de fondo planteadas en la reclamación interpuesta por la mercantil “SES ASTRA, S.A.” son tres:

En primer lugar, y con carácter principal se plantea que tanto la adjudicataria “RETEVISIÓN S.A.U.” como “HISPASAT S.A.” han incurrido en causa de exclusión de la licitación conforme a lo prescrito al artículo 55 LFCP, dada su condición de empresas vinculadas.

Subsidiariamente, en segundo lugar, se alega que la oferta presentada por “RETEVISION I S.A.U.” ha incumplido el PPT porque no garantiza la cobertura televisiva del 100 %, al menos de los canales autonómicos que contiene el Pliego, que constituye el requisito fundamental de la licitación, si bien se admite que no se puede estimar el porcentaje de población que no recibirá los canales autonómicos.

Finalmente, en tercer lugar, con carácter subsidiario respecto de los dos motivos anteriores, se impugna la valoración de las oferta de la adjudicataria realizada por la mesa de contratación en lo que se refiere a los criterios de adjudicación de “Calidad de la oferta” por no ofrecer todos los canales en la zona III, “Aumento del número de canales”, por ofrecer canales pendientes de adjudicación y un canal de pago, “Disponibilidad”, puesto que la disponibilidad indicada no es creíble y no ha sido acreditada, “Valoración del impacto económico de los sistemas de recepción en el período de 10 años”, “Adaptaciones colectivas primer dividendo digital”, “Precio del servicio inicial” y “Precio de los canales adicionales”, por haber dado la mesa de contratación como válidos en todos ellos precios tan distintos por los licitadores que usan tecnología terrestre

Planteada de este modo la litis, procede examinar con carácter previo el motivo de impugnación formulado con carácter principal, y sólo en el caso de que no sea estimado resultaría preciso analizar los alegados con carácter subsidiario, con respeto a su orden de formulación.

SEXTO.- La reclamante plantea como principal y primer motivo de impugnación la infracción del artículo 55 LFCP por parte de la mesa de contratación al no haber excluido de la licitación a las sociedades “RETEVISIÓN I SAU” e “HISPASAT SA” por la vinculación empresarial que existe entre ellas como sociedades que forman parte de un grupo cuya cabecera es “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SA”

A este respecto, se indica que “RETEVISIÓN I SAU”, es una sociedad anónima personal participada al 100% por “ABERTIS TELECOMUNICACIONES SAU” (ahora “ABERTIS TELECOM SAU”), también sociedad unipersonal participada al 100 % por la cabecera de grupo “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SA”.

Por su parte, “HISPASAT SA” está participada al 57,05 % por la sociedad unipersonal “ABERTIS TELECOM SATÉLITES SAU”, que a su vez está participada al 100% por la cabecera de grupo “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SA”.

De esta manera, entiende la reclamante que la pertenencia de las dos sociedades licitadoras a la misma sociedad cabecera de grupo, a través de dos sociedades unipersonales, determina una dependencia directa de la misma que conlleva un control directo sobre aquellas.

Por otra parte, a los vínculos societarios denunciados, se añade por la entidad reclamante, la existencia de unos vínculos claros e indiscutibles entre los consejeros y administradores de las sociedades citadas, consecuencia de aquellos, según señala.

Así, manifiesta que todos los administradores solidarios de RETEVISION I SAU son, a su vez, consejeros de HISPASAT y entre los apoderados de la primera se encuentra el consejero delegado de la segunda, así como que existe una gran coincidencia entre la lista de apoderados de aquella y los consejeros de esta, de modo que se hace difícil ver la separación entre ambas empresas.

A mayor abundamiento, resalta también que todas las sociedades señaladas tienen designado el mismo auditor, Deloitte, que el 100 % de las sociedades del grupo Abertis comparten domicilio social y que existe una intensa relación entre las mismas en el contexto del mercado de transporte y difusión de la señal TDT, dado el historial de apoyos que “RETEVISIÓN SAU” ha buscado en “HISPASAT SA” para prestar el servicio de televisión en todo el territorio español, y también en Navarra.

De todo lo señalado, la parte reclamante deriva que “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS SAU” es la sociedad dominante del grupo en el que se hallan las dos licitadoras, a los efectos de lo señalado en los artículos 18 de la Ley de Sociedades, 42 del Código de Comercio y 4 de la Ley de Mercado de Valores, ejerciendo un control directo sobre estas dada la unipersonalidad, tanto de la cabecera de grupo como de las sociedades intermedias a través de las que participa en las mismas, bien al 100 % o de modo mayoritario.

Con ello, “SES, ASTRA SA” entiende que la participación simultánea de “RETEVISIÓN I SAU” e “HISPASAT SA” en una licitación que no permite variantes ha supuesto la infracción del artículo 55 de la LFCP, acreditándose, además, la concertación específica para la misma entre las filiales por el hecho de que la primera ha

presentado una oferta para la TDT que no permite alcanzar la totalidad del territorio, mientras que la de la segunda alcanza el 100 % del territorio mediante la televisión digital por satélite, gracias a que operan sobre plataformas tecnológicas diferentes.

Adicionalmente, a la vista de la documentación administrativa presentada por los licitadores y de la acreditativa de la solvencia técnica y económica, se ha recalado por parte de la reclamante la identidad resultante y la confusión entre las distintas denominaciones “RETEVISIÓN SAU”, “ABERTIS TELECOM TERRESTRE, SAU” y “ABERTIS TELECOM”, sociedad matriz del grupo.

Por su parte, la entidad contratante, en cuanto al suscitado tema de la posible vinculación empresarial que determinaría la infracción prevista en el artículo 55 LFCP, se remite al informe jurídico que obra en el expediente y que fue emitido por la mesa de contratación como anexo al acta de la mesa de 20 de febrero de 2015.

En todo caso, entiende el órgano de contratación que el hecho de que dos de las licitadoras pertenezcan a un mismo grupo empresarial, cuestión que no niega, no supone que deba ser equiparado con la vinculación empresarial contemplada en el artículo 55 LFCP. Por ello, señala que aún siendo un dato estrictamente indiscutible que ambas empresas formen parte de un grupo empresarial en el que, habiendo diversas sociedades unipersonales, pueda considerarse que hay unidad de decisión, las sociedades afectadas tienen personalidades jurídicas diferentes y son distintas empresas y por eso se denomina grupo a un conglomerado de diferentes empresas.

Por ello, en este caso reclama la aplicación de la previsión contenida en el artículo 145.4 de la Ley de Contratos del Sector Público y del artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos, de las Administraciones Públicas, pues entiende que el supuesto de grupo de sociedades no se contempla en el artículo 55 en relación con el artículo 15 LFCP.

Por último, se alega que el reclamante no ha aportado dato o prueba alguna de colusión o manipulación del resultado de la licitación como consecuencia de la concertación de los licitadores, sino meras hipotéticas colaboraciones técnicas que solo

podrían deducirse del contenido de las ofertas, por lo que no resultan jurídicamente estimables.

La adjudicataria “RETEVISIÓN I SAU”, reconociendo que habiendo hecho uso de la marca “Abertis telecom”, por razones comerciales, aclara que en la documentación que obra en el expediente de contratación, se contempla a “ABERTIS TELECOM TERRESTRE SAU”, más no a “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, SAU”, por lo que aquella no engloba a “HISPASAT SA”.

Añade que los negocios de satélite y telecomunicaciones terrestres están separados a partir de noviembre de 2013, traspasándose las participaciones en sociedades del negocio de telecomunicaciones terrestres, entre ellas las de Retevisión, a la sociedad “ABERTIS TELECOM TERRESTRE, SL” (en la actualidad Cellnex Telecom, SA), constituyendo una unidad económica, separada, autónoma e independiente, según consta en la documentación que obra en el expediente.

A mayor abundamiento, entiende la adjudicataria que aún en el hipotético caso de que pudiera entenderse que se da el supuesto descrito en el artículo 16 LFCP, no sería de aplicación el artículo 55 del mismo texto normativo porque no se ajusta a las Directivas y jurisprudencia europeas sobre la contratación pública por ser contrario a los principios que rigen la contratación pública, estando la administración contratante autorizada a inaplicar el citado precepto por las razones señaladas.

En todo caso, sin negar la relación comercial previa entre las dos licitadoras, particularmente en lo que concierne al hecho de que HISPASAT SA es el prestador del servicio de satélite que utiliza RETEVISIÓN I SAU en la denominada zona I, ni tampoco las vinculaciones de esta al grupo Abertis Infraestructuras, cuya sociedad dominante no tiene carácter unipersonal, aduce que la reclamante no sólo no ha acreditado la falta de vinculación entre ambas empresas, sino que, de acuerdo con el contenido de las ofertas presentadas y la valoración obtenida, queda acreditado que no se actuó en connivencia o conjuntamente, sino independientemente y que la presentación de ambas ofertas en ningún caso alteró el resultado de la valoración de la oferta de la adjudicataria como más ventajosa.

Finalmente, “HISPASAT S.A.”, ha considerado que no tiene que alegar nada frente a la reclamación interpuesta, sin que ello suponga que comparta o esté de acuerdo con las valoraciones, insinuaciones y conjeturas contenidas en la misma.

SÉPTIMO.- A la vista de las posiciones fijadas por las partes, la resolución de la controversia exige el previo examen del PCAP, así como el resto de documentación que ha conformado el expediente de contratación.

El procedimiento para *“La contratación de la extensión de la televisión digital en Navarra para las zonas remotas y menos urbanizadas”*, según lo establecido en el apartado 1 PACP, *“Objeto del Contrato”*.... *“ se refiere a la difusión de canales digitales, de las entidades habilitadas para la prestación del servicio de TDT de ámbito estatal y autonómico, durante un periodo de vigencia del contrato, en las localidades incluidas en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas particulares (relación de localidades objeto de contratación, incluyendo la población). En base a la oferta, el operador seleccionado deberá prestar los servicios objeto del contrato sin recibir ayudas estatales durante la celebración completa del mismo, incluyendo su posible prolongación. Lo anterior sin perjuicio de que, independientemente de este proceso de licitación, se puedan otorgar ayudas a los ciudadanos en calidad de destinatarios directos para la adecuación de las infraestructuras de recepción de televisión.*

El proceso de licitación se ha de realizar en un entorno de competencia efectiva de forma que se respete el principio de neutralidad tecnológica. La lista de canales y la cobertura a incluir en el contrato figura en el pliego de prescripciones técnicas particulares”.

En el apartado 14. *“Documentación a aportar y forma de aportarla”*, en lo que se refiere al *“Contenido del Sobre Número 2-Proposición Técnica para el contrato de “se establece que “Cada licitador únicamente podrá presentar una sola proposición” y para el “Contenido del Sobre Número 3-Proposición Económica para el contrato de “, se establece que “Cada licitador únicamente podrá presentar una sola proposición”*.

Por su parte, el PPTP, establece en su apartado 1, Objeto, que:

“(...) Queda excluida del objeto de este pliego, la cobertura de la población que ya dispone de ella a través de los centros de difusión gestionados por las citadas entidades habilitadas prestadoras del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal y autonómico, en cumplimiento de sus obligaciones de cobertura. El adjudicatario deberá completar las coberturas que ofrecen los radiodifusores hasta llegar al 100% de la población cubierta

(...) La provisión del servicio incluirá:

- El servicio de difusión de los canales de televisión digital identificados. (Canales ya precisados en los párrafos anteriores siempre respetando el principio de neutralidad tecnológica)*
- En caso de ser necesario para la prestación del servicio objeto de este contrato, el transporte de la señal a los centros de difusión.*
- La operación y mantenimiento preventivo y correctivo del sistema, así como la adaptación del equipamiento de difusión, en caso de ser necesario, ante cambios de frecuencias que se realicen para la resolución de interferencias y otros problemas de compatibilidad radioeléctrica o como resultado de acuerdos de coordinación internacional. La adaptación del equipamiento de difusión, en caso de ser necesario, resultado de los cambios de frecuencia derivados de reordenaciones del espectro que haya que realizar como consecuencia de normativa aprobada en el ámbito de la Unión Europea.*

2. ALCANCE

2.1. SOLUCIÓN TÉCNICA

*La solución técnica requerida, que incluirá todos los elementos necesarios para la provisión del servicio de Televisión Digital especificando en el Apartado 1 (Objeto) **no está condicionada tecnológicamente**, pudiendo los licitadores presentar soluciones de difusión por satélite, terrestre o cable, o bien combinación de éstas o cualquier otra solución técnica que permita establecer dicho servicio con una cobertura similar a las que los usuarios disfrutaban actualmente”.*

“2.3. SOBRE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS EMPLEANDO MEDIOS DE LA COMUNIDAD FORAL

La Comunidad Foral tienen a su disposición equipamiento e infraestructuras de telecomunicaciones susceptibles de ser empleados como parte de la solución técnica propuesta.

En cualquier caso, el uso de dicho equipamiento e infraestructuras es optativo, pudiendo el adjudicatario elegir entre aportar sus propios medios, los de un tercero, o bien emplear en la medida que considere oportuno los dispuestos por la Comunidad Foral.

En el caso de que se optara por la utilización de estas infraestructuras, se incluirá en la oferta la valoración del coste de la utilización y mantenimiento. Los costes de utilización están basados en el cargo del alquiler impuesto por las autoridades públicas por el uso de la infraestructura existente. El anexo C contiene un cálculo del alquiler anual y el coste de operación y mantenimiento. Se calcula en base a una depreciación de 10 años de todos los costes de inversión en dicha infraestructura.

En el Anexo B se incluye la siguiente información al respecto:

- Listado de emplazamientos e infraestructuras asociadas que podrán ser utilizadas por el adjudicatario.*
- Listado del equipamiento disponible, descripción del mismo y de sus características técnicas.*
- Condiciones asociadas al uso de las infraestructuras y del equipamiento.*

Asimismo, figura en el expediente de contratación, Informe de viabilidad de los Servicios de Televisión Digital” en el que se señala que:

La concesión de licencias de los canales de televisión nacionales (públicos y privados) y las correspondientes obligaciones de cobertura (porcentaje de población que recibe la señal de televisión) es competencia del Estado, mientras que para los cuatro canales autonómicos privados (público no hay ninguno) es competencia del Gobierno de Navarra (a través de la Dirección General de Comunicación) conceder licencias y obligaciones de cobertura.

Los costes de difusión derivados de las obligaciones de cobertura son asumidos por los propios difusores de televisión mientras que cada Comunidad Autónoma tiene la potestad, de forma voluntaria de completar la cobertura para la población que queda fuera de las obligaciones de los difusores, lo que se denomina “extensión de cobertura” , asumiendo el coste de dicha extensión.

(...) La población incluida dentro del porcentaje de cobertura obligatoria para los difusores recibe el nombre de “zona I” y la parte restante zona II (hasta aproximadamente el 99,9%) y zona III (aproximadamente el 0,1% restante). Realmente la zona II comprende todo lo que se ha podido cubrir con tecnología TDT y la zona III lo restante, que recibe el servicio vía satélite.

*En dicho informe también se hace constar, en el apartado “**Descripción de los hechos de interés**” que:*

“Cuando se puso fin a la emisión analógica de televisión se actuó de la siguiente manera: en la zona I, financiada por los difusores de televisión, se utilizó la tecnología “digital terrestre” para hacer llegar la señal a los hogares. Esta fue una decisión de los difusores de televisión y el Estado, a través del Ministerio de Industria, que estableció un plan técnico para ello y para posteriormente extender a la zona II la señal de televisión mediante la tecnología “digital terrestre”.

(...) El 19 de julio de 2013 la Comisión notifica una Decisión relativa a la demanda en la que considera que en el proceso de digitalización de las zonas remotas (extensión de cobertura) se ha violado el principio de neutralidad tecnológica y como consecuencia de ello se establece:

- Que el dinero empleado por las Comunidades autónomas se considera una “ayuda de estado ilegal”, por no haberse declarado a Europa, y por lo tanto debe ser recuperado.*
- Que las Comunidades deben dejar de forma inmediata congelar los pagos de este servicio.*
- Que debe realizarse una licitación pública, tecnológicamente neutra, para la prestación de este servicio en el plazo más breve posible y tomando como base la situación que había al inicio del proceso de digitalización.*

(...) En la actualidad este servicio se presta con una tecnología concreta (terrestre) y una vez adjudicado el concurso la tecnología resultante puede ser: terrestre, satelital, mediante cable, o una mezcla de las anteriores. En cualquier caso lo más probable (por un tema de costes) es que sólo la tecnología terrestre y/o satelital tengan posibilidades reales.

(...) Con ambas tecnologías existe una reseñable incertidumbre en lo referente a los costes de este servicio: en el caso del satélite no se conoce con precisión el coste real de subir la señal de un canal de televisión a la plataforma de satélite. En el caso de la tecnología terrestre se dispone de los precios pagados hasta la fecha actual, si bien al tratarse de una situación de cuasimonopolio por parte de una única empresa es posible que lo pagado hasta la fecha esté lejos de los costes reales”.

Por otra parte, en el Acta sobre Reclamación de la mesa de contratación de fecha 30 de enero de 2015 se hace constar que:

“Realizada la puntuación de las ofertas de la licitación de referencia y antes de realizarse la propuesta de adjudicación, la Mesa ha recibido, en fecha 30 de enero de 2015, un escrito dirigido a la mismas y presentado el licitador SES Astra, S.A. ha presentado un escrito, dirigido a la Mesa, en el que solicita que se considere la aplicación del artículo 55 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (que se refiere a la inadmisión de empresas vinculadas), respecto a la admisión de las empresas RETEVISIÓN I, S. A.U y Hispasat, S.A.

La Mesa acuerda estudiar dicha solicitud y que la misma se ponga en conocimiento de los demás licitadores a efectos de que aleguen lo que estimen conveniente, solicitando, además a los afectados la información societaria pertinente a que se refiere el artículo 16 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, todo ello en el plazo de diez días hábiles. Asimismo, se acuerda que la propuesta de adjudicación se posponga al resultado de dicho estudio y, en su caso, a la resolución de la citada solicitud”

Asimismo, en el Acta de propuesta de la mesa, de la misma fecha que la anterior, se manifiesta que:

“De conformidad con lo acordado en la reunión del día 30 de enero pasado, se remitió a los demás licitadores el escrito presentado, en fecha 30 de enero de 2015, por el licitador SES Astra, S.A., en el que solicita que se considere la aplicación del artículo 55 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (que se refiere a la inadmisión de empresas vinculadas), respecto a la admisión de las empresas RETEVISIÓN I, S. A.U y Hispasat, S.A. Presentadas alegaciones a dicho escrito por estas empresas, el secretario de la Mesa de Contratación y Jefe de Sección de Régimen Jurídico de la Dirección General de Informática y Telecomunicaciones, ha elaborado un informe jurídico en el que analiza la cuestión planteada y las alegaciones presentadas. Dicho informe lo ha sometido a la consideración de la Mesa, quien lo asume (se incorpora como anexo a la presente) y, en consecuencia, aprueba, de acuerdo con las conclusiones del mismo que se comparten plenamente, no considerar procedente la inadmisión de las empresas Retevisión I, S.A.U. y Hispasat, S.A. y, por tanto lo tanto, propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de la empresa Retevisión I, S.A.U por el importe de su proposición, por ser la oferta más ventajosa, al haber obtenido la mejor valoración de la licitación”

OCTAVO.- La cuestión principal que subyace en el fondo de la reclamación interpuesta deriva en el análisis de la vinculación existente entre la licitadora que resultó adjudicataria, “RETEVISIÓN I S.A.U.”, y otra de las empresas que concurrió a la licitación examinada, “HISPASAT, S.A.”, a los efectos de determinar si concurre causa de exclusión amparada en el artículo 55.2 LFCP, tesis mantenida por la mercantil reclamante y desestimada tanto por el órgano de contratación como por la sociedad adjudicataria del contrato.

Es decir, se trata de concluir si en el supuesto de autos estamos en presencia de dos sociedades que, formando parte de un grupo empresarial, acuden de forma separada a una misma licitación pública, o por el contrario, si bajo la apariencia de dos empresas distintas se encuentra un solo licitador que ha presentado más de una oferta, determinando, en su caso, las consecuencias que dicha circunstancia acarrearía.

De ser cierta dicha tesis, se habría dado el caso de que un mismo licitador hubiera presentado más de una oferta, encontrándose en una posición de ventaja sobre el

resto de los licitadores, con vulneración de los principios de concurrencia competitiva, igualdad y transparencia e infracción del artículo 55 LFCP, que regula las *Ofertas simultáneas* señalando que “Cada licitador no podrá presentar más de una oferta, sin perjuicio de aquellos casos en los que se admita la presentación de soluciones, variantes o alternativas. Tampoco podrá suscribir ninguna oferta en participación conjunta con otros licitadores si lo ha hecho individualmente, ni figurar en más de una de esas agrupaciones.

La infracción de este precepto dará lugar a la inadmisión de todas las ofertas que haya suscrito.

La presentación simultánea de ofertas por parte de empresas vinculadas supondrá, igualmente, la inadmisión de dichas ofertas.

Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, disponga de la mayoría del capital social suscrito de otra, de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o bien, pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o de vigilancia de la misma”.

Las normas de la Unión Europea sobre contratación pública, a cuyos requerimientos debe adaptarse nuestra normativa interna, han tenido y siguen teniendo como uno de sus principales objetivos la defensa a ultranza de la transparencia, la no discriminación y la objetividad, y ello con el fin de preservar, también en la contratación pública, la libre competencia entre quienes concurren o pretendan concurrir a las licitaciones públicas, impidiendo cualquier privilegio, pues ese postulado de la libre competencia en el Mercado Interior es uno de los fundamentos de la Unión Europea (en este sentido debemos resalta el Considerando número 2 de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, postulados que igualmente se resaltan en la Directiva 2014/24/CE, que derogará la actualmente vigente 2004/18/CE, con efectos de 18 de abril de 2016.

Junto a los citados principios básicos que rigen la contratación pública hemos de incluir otros dos ya tradicionales en nuestras normas sobre contratación pública, el referente al secreto de las proposiciones y el de proposición única.

La objetividad y no discriminación se plasma en el principio de libre concurrencia e igualdad entre los licitadores, y para garantizar que éstos concurren en paridad de condiciones las proposiciones en la contratación pública han de ser secretas hasta el acto formal de su apertura (artículo 55.2 LFCP), lo que impone al órgano de contratación que desconozca las propuestas hasta ese acto formal, para evitar toda sospecha de parcialidad, así como su desconocimiento por el resto de empresarios, precisamente para mantener la objetividad e igualdad que debe imperar en la contratación.

Respecto al principio de proposición única, que está recogido en el tercer apartado del artículo 55.2 de la LFCP, debe señalarse que si la finalidad de todo empresario que concurre a la licitación de un contrato público es la de ser el adjudicatario de ese contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible que ese empresario pueda presentar al 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 (Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), y, por otro lado, el principio de igualdad tiende a garantizar que los diferentes empresarios que puedan estar interesados en una contratación ostenten las mismas oportunidades, lo que supone que si un licitador puede presentar más de una oferta este hecho le podría colocar en una situación de ventaja en relación con el resto de empresarios que concurren a la contratación y suponer una manipulación del procedimiento y de la adjudicación en cuanto a la selección de la proposición económica más ventajosa.

Por tanto, el efecto derivado de la concurrencia en una licitación de varias propuestas presentadas por un mismo empresario podría ser, según se examinará, la no admisión de todas ellas, excepto que se acepte la presentación de variantes, de manera que, al tratarse de un elemento esencial el citado principio de proposición única, la adjudicación del contrato a un licitador que haya suscrito en una misma licitación varias proposiciones podría estar viciada de nulidad, pues todas las propuestas por él suscritas debieron no ser admitidas por la entidad contratante.

En este contexto, la LFCP prohíbe a las empresas que concurriendo por separado a una contratación presenten su correspondiente proposición violando, los principios de

libre competencia, de igualdad entre los licitadores, de transparencia, de proposición única y de secreto de las proposiciones; por tanto si entre empresas, que pueden o no tener una relación de control o de vinculación, que han concurrido por separado a una contratación y que objetivamente se aprecia, tras el correspondiente examen de los hechos por el órgano de contratación o por el correspondiente tribunal, que han confeccionado conjunta y coordinadamente sus respectivas proposiciones, ese órgano de contratación, o tribunal, puede llegar a excluirlas de la licitación.

La adjudicataria, sin embargo, en este caso, no considerando aplicable el citado artículo 55.2 LFCP, reclama la aplicación de la previsión contenida en el artículo 145.4 de la Ley de Contratos del Sector Público y del artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos, de las Administraciones Públicas, pues entiende que el supuesto de grupo de sociedades no se contempla en el artículo 55 en relación con el artículo 15 LFCP.

De la misma forma, el órgano de contratación asumiendo el criterio de la mesa de contratación elaborado sobre la base del informe jurídico que consta en el expediente, asume plenamente, en los supuestos de vinculación de empresas, la aplicación de la citada normativa estatal, con exclusión de la propia foral, por atribuirle el carácter de legislación básica, con las diferentes consecuencias que conlleva la aplicación de una norma respecto de la otras.

Así, el TRLCSP, a diferencia de la LFCP, excepto para los contratos de concesión de obras públicas, no prohíbe que empresas vinculadas concurren separadamente a una contratación pública, y en el resto de los contratos, la presentación de ofertas vinculadas solo tendrá influencia en lo que se refiere al régimen reglamentario de las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

A mayor abundamiento, la mercantil que resultó adjudicataria de la licitación, añade que el artículo 55.2 LFCP resulta ilegal por contrario a los principios comunitarios y a la jurisprudencia comunitaria materializada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 2009, C-538/07, por lo que el órgano de contratación está autorizado a acordar su inaplicación.

Ciertamente, la opción que muestra la LFCP contrasta con la ofrecida por el artículo 145 LCSP, pues si bien la norma foral contempla la inadmisión para todos los supuestos contractuales, la norma estatal prevé únicamente dicho efecto en el caso de las concesiones, mientras que en el resto de los contratos aplica unas consecuencias no previstas en la primera.

Pues bien, frente a lo señalado, tanto por “RETEVISIÓN I S.A.U.” como por el órgano de contratación resulta preciso aclarar que Navarra, según se establece en la Exposición de Motivos de la LFCP que, *“como Comunidad Foral, goza de una situación singular en la medida en que el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, reconoce su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado.*

Esta previsión de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento es de gran importancia pues otorga una especial libertad al Parlamento de Navarra ya que, a salvo tales principios esenciales y a salvo asimismo las reglas contenidas en las Directivas europeas, la regulación que acuerde puede legítimamente aspirar a la originalidad si realmente acierta a enfrentar de una manera directa la solución de los problemas específicos de las Administraciones públicas que actúan en esta Comunidad Foral.

En este marco competencial le corresponde a la Comunidad Foral la regulación de los contratos públicos, sin que exista el obstáculo de que se trate de una transposición de normativa comunitaria europea, puesto que el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 141/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 141), ha establecido como doctrina que la ejecución del Derecho comunitario europeo corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de derecho interno.

Para determinar el límite de la competencia de la Comunidad Foral es esencial concretar cuáles son esos principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratos, teniendo en cuenta que España se encuentra incorporada a la Unión Europea. Por tanto, el ordenamiento jurídico español y, por ende, el navarro deben asumir el derecho originario y derivado de la Unión Europea, a través del

mecanismo del artículo 96 de la Constitución, lo que implica que en esta materia los principios esenciales de la contratación no pueden diferir de los principios esenciales del Derecho comunitario europeo”.

De esta manera, queda muy claro que, ostentando la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva en materia de contratación pública, y correspondiéndole la ejecución material del Derecho comunitario europeo, la legislación básica en dicha materia viene constituida por los principios esenciales de dicho Derecho comunitario europeo y no por la normativa estatal incorporada en la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos, que resulta inaplicable a todos los efectos.

A lo señalado anteriormente hay que añadir que el principio de legalidad no admite excepciones porque como establece el artículo 9.1 de la Constitución Española, *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*, y en la medida de en una ley no haya sido anulada, ningún órgano administrativo puede desconocer ni está autorizado para desconocer su aplicación, cuál es el supuesto de la LFCP, sobre la que, además, no existe ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarándola contraria al Derecho Comunitario y ni siquiera planteada cuestión prejudicial por ningún tribunal español al respecto.

Por tanto, no existe ninguna duda sobre la aplicabilidad al supuesto de autos del artículo 55.2 LFCP, con total exclusión de la normativa estatal planteada, sin perjuicio de que dicho precepto deba ser interpretada a la luz de la normativa y la jurisprudencia comunitaria y, en este caso, particularmente, de las sentencias de 19 de mayo, Asunto C-538/07, y 23 de diciembre, Asunto C-376/08, ambas del año 2009, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la cuáles se señala que sería contrario al Derecho comunitario una medida que tienda a excluir automáticamente del procedimiento de licitación a empresas vinculadas que concurren separadamente a una licitación, pues ese mismo Derecho tiende a garantizar la participación más amplia posible de empresarios en un procedimiento de adjudicación. Sin embargo, también se añade que esa falta de prohibición no quiere decir, tal como ese mismo Tribunal de Justicia señala en la primera de esas dos sentencias, que no debemos ser ajenos a que

una relación de vinculación entre empresas puede influir en el contenido de sus ofertas presentadas por separado, por lo que ello exige un examen y una apreciación de los hechos, de modo que la constatación de tal *influencia, sin* importar la forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión.

Por tanto, como ha puesto de relieve, el art. 55 LFCP debe aplicarse teniendo en cuenta la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 de mayo de 2009, (Asunto C 538/07, Assitur), que se resolvió la decisión prejudicial planteada en relación a la compatibilidad con las disposiciones y principios comunitarios de la normativa nacional que prohíbe la participación, por separado y en competencia, en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos, a aquellas sociedades entre las que existe una relación de control o cuando una de ellas ejerce sobre las demás una influencia considerable, cuyo fallo señala lo siguiente:

“El artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

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.”

La primera conclusión de esta doctrina es que es compatible con el Derecho de la UE el establecimiento prohibiciones de contratar “con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia” siempre y cuando sean

proporcionales, doctrina que ya había sido adelantada en la STJUE de 16 de diciembre de 2008 (Michaniki).

La segunda conclusión es que, si bien la compatibilidad de la norma con el Derecho Comunitario exige que, si bien no cabe que una normativa nacional establezca presunciones iuris et de iure que determinen la exclusión automática de las empresas vinculadas, en cuanto vulneraría el principio de proporcionalidad en la medida que no concedería a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores, a sensu contrario se impone que en dichos casos de vinculación opere una presunción iuris tantum, de colusión potencial entre los participantes en el procedimiento de contratación que puede ser dejada sin efecto siempre que los mismos acrediten lo contrario.

Por ello, la tercera conclusión resultante de la parte dispositiva de la Sentencia es que la carga de la prueba se puede trasladar válidamente a las empresas y son ellas las que deben demostrar que su comportamiento no ha influido en la licitación

Por tanto, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce 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, 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, teniendo en cuenta que *“los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas”*, así como que *“las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación”*, no es menos cierto que también considera evidente que una norma como la planteada tiene por objeto evitar toda colusión potencial entre los

participantes en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos y garantizar la igualdad de trato de los candidatos y la transparencia del procedimiento.

En dicho contexto, las empresas vinculadas tienen derecho a no ser excluidas del procedimiento de contratación cuando acrediten o bien cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, y en especial en las licitaciones públicas o bien la existencia de disposiciones particulares, en particular las de naturaleza contractual, que garanticen la independencia de ambas ofertas y, en todo caso, el secreto de las mismas.

A partir de aquí, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exigiría un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a la entidad adjudicadora, que si constata tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión.

Sin embargo, no resulta necesario que resulte probada, tal como exige la entidad que ha resultado adjudicataria, la existencia de colusión o de la alteración del precio, lo que no vendría a ajustarse a la doctrina de la STJUE Assitur porque, en definitiva, lo que se trata de garantizar es que, en aras del principio de igualdad de trato, las empresas vinculadas tengan un comportamiento independiente en su política comercial y demuestren que la oferta de cada una de ellas fue elaborada de modo autónomo y sin conocimiento de la oferta de otra empresa vinculada en evitación de que un grupo comercial, aprovechándose de un entramado societario, tenga más opciones de adjudicarse un contrato.

De conformidad con lo señalado, procede examinar si la vinculación existente entre las empresas señaladas por la entidad reclamante puede llevar a la consideración de que en el supuesto de autos se aprecia que las ofertas presentadas constituyen proposiciones del mismo licitador.

NOVENO.- Si un licitador no puede presentar más de una proposición, procede delimitar qué ha de entenderse por un mismo licitador, a los efectos de determinar si en

el supuesto de autos concurre el presupuesto de hecho que podría conllevar, en su caso, la demandada exclusión de los licitadores.

El concepto de empresa vinculada queda determinado en el artículo 16 LFCP, según el cual, *“A los efectos de esta Ley Foral se entiende por empresa vinculada cualquier empresa en la que el contratista ejerza, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de su propiedad, participación financiera o de las normas que la regulan, o la empresa que a su vez ejerza influencia dominante en el contratista.*

Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de capital social suscrito de otra, de la mayoría de votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o bien, puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración dirección o de vigilancia de la misma”.

Ahora bien, tanto la mesa de contratación como la entidad adjudicataria consideran que, en este caso, el concepto de empresa vinculada que resulta del citado precepto excluye la aplicación del artículo 42 del Código de Comercio al que directamente remite el TRLCSP para determinar dicho concepto, de modo que ofrecen un razonamiento contradictorio al pretender la aplicación de la normativa estatal sobre contratación pública, en concepto de legislación básica, para regular los efectos de la vinculación empresarial, mientras niegan la de la normativa sectorial a la que ella misma se remite para determinar el supuesto de aplicación que da lugar a que se desplieguen los efectos pretendidos, tesis que de ser aceptada conduciría a la inaplicación sin más de la legislación mercantil que afecta a las sociedades intervinientes.

El Artículo 42. Obligatoriedad y presunción de las cuentas de una sociedad, señala que:

“1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

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.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”

Sin embargo, un análisis comparativo de ambas normas permite atisbar que, de modo idéntico, el concepto esencial sobre el que pivota la noción de vinculación viene constituido por la existencia de una influencia dominante entre las empresas licitadoras, término empleado en la norma foral, o lo que es lo mismo, control de una empresa dominante sobre otra dependiente, conceptos utilizados por la norma mercantil.

Asimismo, de forma unánime, ambas normas contemplan una presunción de influencia dominante a través de la existencia de una relación, directa o indirecta, por razón de participación de la mayoría del capital social, de los derechos de voto o de la

facultad de nombrar a la mayoría de los miembros de los órganos de administración o dirección.

Por tanto, resulta claro y meridiano que formando parte del concepto de empresa vinculada regulado en la LFCP las empresas pertenecientes a un grupo societario, el mismo puede ser interpretado a la luz de la doctrina y jurisprudencia existente sobre el artículo 42 del Código de Comercio.

A estos efectos, resulta revelador que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) núm. 200/2014, de 4 julio (JUR\2014\267851) señala que, *“el concepto de grupo ha de ser determinado teniendo presentes las normas que el ordenamiento haya establecido para este fenómeno de la vida empresarial. Pero el derecho español no establece un único concepto de grupo, sino que se encuentran varios preceptos con distintos conceptos para servir finalidades concretas propias de cada una de las leyes en que se encuentra inscrito.*

En el derecho español se percibe un proceso de aproximación normativa de los diversos textos legales que, a efectos de la aplicación de las leyes en que se contenían, establecían un concepto de grupos de empresas.

El paso legislativo más reciente es el dado por la Ley 62/2003 , de 30 de diciembre (RCL 2003, 3093 ; RCL 2004, 5 y 892) (LA LEY 2013/2003), de Medidas Fiscales..., que modifica los apartados 1 y 2 del art. 42 CCom (LA LEY 1/1885), donde se contiene la descripción de la situación en que varias sociedades se encuentran interrelacionadas y al que hacían referencia mediante remisiones a su contenido otras normas del ordenamiento para establecer una presunción de supuesto de grupo”.

Asimismo que:

“Tras la reforma operada por el art. 106.2 de Ley 62/2003, de 30 diciembre (LA LEY 2013/2003), que dio nueva redacción al art. 42 del CCom (LA LEY 1/1885), introduciendo el concepto fundamental de "unidad de decisión" (ya contenida en el art. 4 de la LMV) en el concepto de grupo de sociedades a efectos contables y pese al carácter sectorial del art. 42 del CCom (LA LEY 1/1885), encaminado a establecer la obligación de formulación de una contabilidad consolidada en los grupos de sociedades, se considera (repetimos) que este precepto es decisivo a efectos de determinar cuando existe un grupo de sociedades. La unidad de decisión regulada por

el actual art. 42 de CCom (LA LEY 1/1885), puede producirse por medios societarios o extrasocietarios”.

Y añade:

“Por tanto, forman parte del grupo solamente la sociedad dominante y las que esta domina de forma directa, sino también las que domina de forma indirecta a través de otras dominadas”

“Pero es que en el mencionado precepto tienen también cabida aquellas situaciones en las que hay una unidad de decisión por medios extrasocietarios y también en las que el grupo no es jerárquico o vertical, sino horizontal o de coordinación. Así, el art. 42.2 del CCom (LA LEY 1/1885) admite que la unidad de dirección se produzca sin que una sociedad sea, directa o indirectamente, socia de otra, al prever que "se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única". Estos otros medios pueden ser, la coincidencia de consejeros o altos directivos, los que se ha denominado "consejos compartidos", previstos en el art. 87.2 in fine de la LSA y 6 4.II de la LMV: cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la sociedad dominada sean consejeros o altos directivos. También se admite que esos otros medios que aseguren que varias sociedades se encuentran bajo dirección única pueden ser contractuales, mediante, lo que se ha venido en denominar "contrato de dominación". Así parece desprenderse de la previsión contenida en el último párrafo del art. 42.1 cuando establece que "a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán...aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona". Del mismo modo, además del tradicional grupo vertical o jerárquico, se abre la puerta a los grupos horizontales o por coordinación, dado que, se prevé la posibilidad de que haya grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante (supuesto en que la obligación de formular las cuentas y el informe de gestión consolidado se atribuye a la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación), o se habla de que existe unidad de decisión cuando varias sociedades se hallen bajo dirección única, sin hablar necesariamente de dominante y dominada”.

“Por tanto, tras la reforma del art. 42 del CCom (LA LEY 1/1885), se establece un concepto de grupo de sociedades acorde con la noción que resultaba del art. 4 de la LMV y, en cierto modo, del art. 87 de la LSA , armonizando la normativa societaria al respecto, y emergiendo como noción fundamental la de "unidad de decisión", más

acorde con la realidad económico-empresarial, y que permite integrar en le concepto de grupos no sólo aquellos casos de grupo vertical en el que una sociedad domina a otras por medios societarios directos, sino también otras situaciones de control indirecto, dirección única de varias personas físicas o jurídicas que actúan sistemáticamente en concierto, utilización de testaferros o de derechos de terceras personas de los que se dispone por medios contractuales. Se incluyen, pues, diversas tipologías de grupos societarios: 1) fácticos (participación de la dominante en las filiales) y contractuales; 2) jerárquicos, en los que hay una persona que realiza funciones de alta dirección”.

Es decir, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de enero de 2012, citada por aquella, por lo que se refiere a la existencia de una relación de grupo de sociedades, *“en la relación del grupo deben concurrir dos características adicionales: identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones”*

A este respecto según la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en Informe 13/2009, de 30 de septiembre, se puede considerar que en el caso de las sociedades vinculadas, sobre el concepto de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio, existe una sociedad dominante que irradia su poder sobre las otras e impone su voluntad y que se establece, en esencia, una relación de dependencia o filiación.

Pues bien, con arreglo a la doctrina resultante de la jurisprudencia examinada cabe concluir que la noción fundamental que constituye la esencia de una vinculación entre empresas viene constituida por la *"unidad de decisión"*, concepto que ampara tanto aquellos supuestos de grupo vertical, en el que una sociedad domina a otras por medios societarios directos, como otras situaciones de control indirecto, dirección única de varias personas físicas o jurídicas que actúan sistemáticamente en concierto a través de cualesquiera otros medios como pueden ser la coincidencia de consejeros o altos directivos.

Así, se prevé la posibilidad, incluso, de que haya grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante porque se considera también que existe una unidad de decisión cuando varias sociedades se hallen bajo dirección única, sin hablar

necesariamente de dominante y dominada, de este modo que, además del tradicional grupo vertical o jerárquico, se admite el grupo horizontal o por coordinación.

Por tanto, no obsta a la existencia de vinculación empresarial que una sociedad goce de personalidad jurídica y patrimonio distintos de la otra, pues lo relevante es que una sociedad sea un instrumento en manos de otra, careciendo de cualquier autonomía de decisión y funcionamiento frente a la misma, y que tal instrumento se dedique a las mismas actividades que la sociedad dominante.

En esta tesitura, la entidad contratante, contestando a través de un escrito de alegaciones a la reclamación planteada, aún considerando que es un dato estrictamente indiscutible que las licitadoras “RETEVISION I S.A.U.” e “HISPASAT S.A” formen parte de un mismo grupo empresarial en el que hay diversas sociedades unipersonales, entre las que pueda considerarse que hay unidad de decisión, niega sin embargo la existencia de vinculación entre ellas por razón de que considera que las sociedades afectadas tienen personalidades jurídicas distintas y, en definitiva, constituyen distintas empresas, así como por el hecho de que entiende que, estrictamente, ninguna ostenta la mayoría de capital social de la otra ni puede nombrar a la mayoría de los órganos de administración, control o vigilancia.

Por su parte, “RETEVISION I S.A.U.”, a través del mismo trámite, ha alegado que de la documentación que conforma el expediente y de la aportada por el reclamante, ha quedado constancia que “RETEVISION I S.A.U.” no ejerce una influencia dominante en “HISPASAT S.A”, incidiendo para justificarlo en el hecho de que en noviembre de 2013 se acordó segregar e independizar los negocios de satélite y telecomunicaciones terrestres, de forma que las participaciones en sociedades del negocio de telecomunicaciones terrestres, entre las que está incluida “RETEVISIÓN S.A.”, se traspasaron a la sociedad “ABERTIS TELECOM TERRESTRE, S.A.”, constituyendo una unidad económica separada, autónoma e independiente, lo que le lleva a negar la condición jurídica de empresas vinculadas.

Por lo que respecta a “HISPASAT S.A”, si bien no ha presentado alegaciones por no considerarse afectada directamente por la reclamación interpuesta, en el escrito que presentó atendiendo el requerimiento de información que le realizó la mesa de con

fecha 30 de enero de 2015, negó también que la empresa adjudicataria ejerciera sobre la misma una influencia dominante.

Pues bien, partiendo de la doctrina establecida en relación al concepto de vinculación empresarial, no pueden ser admitidos los argumentos esgrimidos para, en uno y otro caso, negar la existencia de vinculación empresarial en el supuesto analizado.

Así, el hecho de que “RETEVISIÓN I S. A.” sea una sociedad perteneciente a “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS S.A.”, si bien a través de otra sociedad intermedia, y que, asimismo, “HISPASAT, S.A.” sea una sociedad participada mayoritariamente por aquella, a través de otra sociedad intermedia, es de por sí suficiente para reconocer la existencia de una vinculación entre ambas, por lo menos indirecta, pues, cómo se ha señalado, ni siquiera debiera ser necesariamente directa al admitirse la figura de los grupos horizontales en los que la vinculación resultante deriva del control de decisión que realiza la sociedad matriz, que en este supuesto sería “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS S.A.”, responsable de la presentación de las cuentas consolidadas del grupo empresarial, en la que figuran las propias de una y otra, cuál es el caso.

Ahora bien, examinando las particulares circunstancias que conforman este grupo societario, se comprueba, resultando así del propio informe jurídico asumido por la mesa de contratación para negar la pretendida vinculación empresarial, que “RETEVISIÓN I S.A.U” es una sociedad unipersonal cuyo único socio es “ABERTIS TELECOM TERRESTRE, S.A.U”, también sociedad unipersonal cuyo único socio es “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.”, de modo que se produce una plena identificación entre “RETEVISIÓN S.A.” y “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A”.

Por su parte, “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.” ostenta la titularidad del 57,05 % de las acciones de “HISPASAT S.A” a través de la sociedad “ ABERTIS TELECOM SATÉLITES S.A.U”, también sociedad unipersonal cuyo único socio es también la primera, según consta en la información registral aportada por la propia licitadora.

De dicha información se deduce que ambas empresas licitadoras no forman parte, sin más, de un grupo societario a partir del cual se conforman relaciones indirectas entre ellas, sino que la vinculación que resulta en este caso entre ambas es plenamente directa, en la medida que es “RETEVISIÓN I S.A.U.”, como instrumento directo de la sociedad cabecera del grupo Abertis, “ABERTIS TELECOM SATÉLITES S.A.U”, la empresa que ejerce el control societario sobre “HISPASAT S.A”, siendo además revelador que pese a la negativa de la mesa de contratación a admitir la existencia de vinculación empresarial entre ambas, es la propia entidad contratante la reconoce en su escrito de alegaciones que existe en ese caso influencia dominante, lo que quiere decir existencia de vinculación empresarial.

DÉCIMO.- Determinada la vinculación empresarial entre licitadores de un procedimiento de contratación, se impone la obligación de examinar si, pese a dicha vinculación acreditada, existe entre los mismos la suficiente autonomía comercial para que pueda resultar una concurrencia propia de operadores económicos independientes.

De esta manera, siendo el bien jurídico protegido por el artículo 55 LFCP la independencia entre las ofertas presentadas en una licitación, en evitación de que un grupo empresarial, aprovechándose de su entramado societario, tenga más opciones de adjudicarse un contrato, si bien del citado precepto no puede derivarse la exclusión automática de la licitación de todas aquellas empresas que se incluyan en dicho supuesto de hecho, son las empresas interesadas las que tienen la carga de articular la prueba que pueda destruir la presunción iuris tantum de su participación conjunta en la licitación.

Para ello, tal y como se anticipó en el fundamento de derecho octavo, dichas licitadoras podrán recurrir al historial de autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, y en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas, o a las disposiciones particulares que garanticen la independencia y confidencialidad a la hora de elaborar las ofertas que vayan a presentar simultáneamente en el marco de una misma licitación.

Por dicha razón, invocada por la mercantil reclamante la existencia de causa de exclusión del procedimiento en otras empresas participantes por razón de su vinculación

empresarial, el procedimiento debía articular un trámite en el curso del cual las afectadas fueran requeridas a aportar los elementos de prueba suficiente para acreditar los extremos señalados, trámite que fue evacuado tanto por “RETEVISIÓN S.A.” como por “HISPASAT S.A.”, pero sin que del mismo haya resultado, como se expondrá a continuación, la acreditación requerida para dejar patente la autonomía comercial que debía existir entre ambas para anular la presunción que cierne sobre las mismas.

Ambas mercantiles, después de negar la vinculación empresarial existente entre ellas, con base en que ninguna de ella ostenta facultades para participar, ni directa ni indirectamente, en el capital de la otra ni en la designación de los miembros del órganos de su administración ni la mayoría de votos en los mismos, añaden que en el mes de noviembre de 2013 se acordó segregar e independizar los negocios de satélite y telecomunicaciones terrestres de forma que las participaciones en sociedades del negocio de telecomunicaciones terrestres, entre ellas las de “RETEVISION I S.A.U.” se traspasaron a la sociedad TELECOM TERRESTRE, S.L. (ahora S.A.), tal como resulta de la escritura de escisión presentada.

De esta manera, se aduce por “RETEVISION I S.A.U.” que de dicha escisión resulta una unidad económica separada, autónoma e independiente pues el negocio de “RETEVISION I S.A.U.” se centra, a partir de dicho momento, en el negocio de telecomunicaciones terrestres, mientras del de “HISPASAT S.A.”, en los de comunicaciones por satélite.

Asimismo, se añade por “HISPASAT S.A.”, que es independiente de “RETEVISIÓN S.A.U”, que no ejerce sobre la misma una influencia dominante en la toma de sus decisiones comerciales y más aún en este asunto en el que las plataformas tecnológicas son diferentes.

Sin embargo, después de resultar acreditada la influencia dominante de “RETEVISIÓN S.A.U” sobre “HISPASAT S.A”, no resulta aceptable dicha argumentación como se examinará a continuación.

En primer lugar, la Decisión de la Comisión Europea de 19.06.2013 relativa a la ayuda estatal SA.28599 concedida por el Reino de España para el despliegue de la

televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas (excepto Castilla-La Mancha) constata en sus diversos Considerandos que:

(21) *“El principal operador de la red terrestre es Abertis, que también controla el operador de satélite Hispasat”*

(22) *“(…) Zona III- en la que como consecuencia de la topografía, no es posible prestar servicios de televisión a través de la plataforma terrestre, por lo que se prestan por satélite. Hispasat se encarga de la emisión de las señales de televisión en abierto en la zona III”.*

(130) *“Por diversas razones se concluye que las plataformas terrestre y de satélite operan en el mismo mercado”*

(132) *“En segundo lugar, el operador de satélite Hispasat (filial de Abertis) presta servicios en algunas partes de la zona II y la plataforma satelital se utiliza exclusivamente en la zona III (...)”*

(136) *“(…) Ello no implica, sin embargo, que existan mercados distintos para la transmisión terrestre y la satelital. (...)”*

(138) *“En conclusión, habida cuenta de que las plataformas de radiodifusión vía satélite y terrestre compiten entres sí, la medida destinada al despliegue y la explotación y mantenimiento de la TDT en la zona II implica el falseamiento de la competencia entre las dos plataformas (...)”*

(153) *“En los casos de transición a la tecnología digital, el principio de neutralidad tecnológica se encuentra perfectamente consagrado en varias decisiones de la Comisión y ha sido confirmado por el Tribunal General y el Tribunal de Justicia”.*

(154) *“La elección de tecnología se debe establecer, por lo general, mediante una licitación tecnológicamente neutra, como si hizo en otros Estados miembros (...)”*

Asimismo, en el Informe para la Vista del recurso de anulación de la citada Decisión, formulado por Abertis Telecom, S.A. y Retevisión I, S.A. frente a la Comisión Europea, apoyada por Ses Astra, S.A., como coadyuvante, elaborado por el Juez Ponente, señala en sus Antecedentes del litigio que (13) *“La primera demandante, Abertis Telecom, S.A., es un operador de infraestructuras de telecomunicaciones y suministrador de equipos de red. Ha sido la empresa adjudicataria- a través de la segunda demandante, Retevisión I, S.A., su filial al 100 %- de una parte de las licitaciones organizadas por las diversas Administraciones publicas españolas”*

Por otra parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en Resolución de 30 de octubre de 2013 (Expte. C/0528/13ABERTIS/HISPASAT), relativa a la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de Hispasat, S.A., por parte de Abertis Telecom, S.A.U., se hace constar lo siguiente:

“Antecedentes:

II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

(9) La operación de concentración consiste en la adquisición del control exclusivo de Hispasat, S.A.(HISPASAT) por parte de uno de sus actuales accionistas, Abertis Telecom, S.A.U (ABERTIS).

(10) La operación se articula a través de un contrato de compraventa de 25 julio de 2013 de la totalidad de participaciones actualmente de uno de los accionistas públicos, INTA, tras el cual ABERTIS dispondrá del 57,05 % del capital social de HISPASAT.

(11) Adicionalmente, el mismo 25 de julio de 2013 los accionistas de HISPASAT firmaron un nuevo pacto de accionistas, que elimina los derechos de veto sobre las decisiones estratégicas de HISPASAT del resto de accionistas distintos de ABERTIS.

(12) La operación es una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.b) de la LDC.

IV. EMPRESAS PARTÍCIPES

IV.1. ABERTIS TELECOM S.A. (ABERTIS)

(17) ABERTIS está especializada en la prestación de servicios de transporte y difusión de señales audiovisuales, especialmente de televisión.

IV.2. HISPASAT, S.A. (HISPASAT)

(22) HISPASAT es un operador de satélites de comunicaciones que ofrece capacidad satelital a través de seis satélites comerciales. HISPASAT desarrolla esta actividad tanto directamente, a través de la matriz del grupo, como a través de distintas filiales que operan en terceros países.

V. MERCADOS AFECTADOS

V.1. Mercados de producto

(26) ABERTIS e HISPASAT prestan servicios de comunicaciones electrónicas de distintos mercados, algunos de los cuales están verticalmente u horizontalmente relacionados entre sí.”

Posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2013, “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.” comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la toma de control exclusivo del operador de satélites Hispasat, como accionista mayoritario y operador industrial, a través de su filial “ABERTIS TELECOM S.A.U. (actualmente, “ABERTIS TELECOM SATÉLITES, S.A.”).

Además, en el Informe Anual 2014 de Abertis, en el apartado Infraestructuras de Telecomunicaciones, se señala que *“La división de Infraestructuras de telecomunicaciones ha vivido una importante transformación en 2014. El negocio de Abertis en las infraestructuras satelitales ha centrado su actividad y foco estratégico en Hispasat”*, dedicando un apartado específico a los Satélites de Hispasat.

Por último, tampoco se puede obviar el hecho de que las sociedades aludidas muestran una muy alta coincidencia entre los miembros de sus órganos de administración y/o dirección.

Así, de la información mercantil ofrecida por los Registros Mercantiles de Madrid y Barcelona resulta que son administradores solidarios de RETEVISIÓN I S.A., sociedad unipersonal, don F.J.A.N., don J.M.C.G. y don F.R.M., que en TELECOM TERRESTRE S.A., también sociedad unipersonal y socia única de la primera, ejercen como Consejeros, además de administrador solidario en el último caso, siendo también administradores solidarios de “ABERTIS TELECOM SATÉLITES S. A”, sociedad unipersonal que es socio único de “HISPASAT, S.A.”, de la que don J.M.C.G. y don F.R.M. son además de Consejeros, miembros de su Comité Ejecutivo.

A su vez, don F.R.M. es Vicepresidente y Consejero Delegado de la sociedad matriz del grupo Abertis, en la que también ejerce don C.E.G. como Vicesecretario no Consejero de las Comisiones Ejecutiva, de Nombramientos y Retribuciones y de

Responsabilidad Corporativa, además de Secretario General y Director General Corporativo, como Consejero Delegado de “HISPASAT, S.A.”.

Finalmente, resulta, asimismo, reseñable que el informe de valoración técnica de las ofertas recibidas para la contratación del servicio de televisión digital refleje en el apartado de valoración de la proposición técnica, en lo referente al criterio de adjudicación calidad de la oferta que:

“Hispasat presenta una oferta basada en la tecnología satélite que cubre el 100% de la población. La oferta es breve pero clara, ofreciendo canales en HD.

Retevisión I presenta una oferta basada en tecnología TDT, complementada con tecnología satélite en aquellos lugares donde no se llegue con tecnología TDT.

Retevisión I no reutiliza equipamiento puesto a disposición por el Gobierno de Navarra ni las teledistribuciones, aunque sí usará el servicio de housing y el de transporte en 18 radioenlaces. La oferta es completa, aunque se echa en falta claridad sobre cómo se ofrecerán los canales autonómicos en las zona donde no exista cobertura TDT, o en las zonas actualmente cubiertas por teledistribuciones (...)”

Pues bien, a la vista del conjunto de la documentación obrante en el expediente que conforma la presente reclamación se puede concluir que las dos mercantiles demandadas de exclusión de la licitación son empresas vinculadas empresarialmente a través de su inserción en el grupo Abertis, cuya empresa matriz es “ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A.”, vinculación societaria que se conforma a través de su pertenencia, en ambos casos, a sociedades de único socio, de las que, a su vez, la propia sociedad cabecera del grupo Abertis es socia única.

Asimismo, “RETEVISIÓN I S.A.U”, dada su también condición de sociedad unipersonal, queda identificada con la propia sociedad matriz, constituyendo, como ya se ha revelado, un instrumento de la misma a través de la que opera, como si fuera ella misma, en distintos mercados de infraestructuras de telecomunicaciones, especialmente en lo que respecta a las licitaciones organizadas por las diversas Administraciones públicas españolas para la extensión de la televisión digital, en las que ha resultado adjudicataria.

Por lo que se refiere a su relación con “HISPASAT, S.A.”, ha resultado acreditada la existencia de un largo historial comercial, previo incluso a su participación accionarial, en la que la cabecera del grupo, por razones técnicas, a través de “RETEVISIÓN I S.A.U”, ha prestado servicios de televisión en aquellas lugares en los que no es posible hacerlo mediante plataforma terrestre, principalmente en la Zona III, aunque también en la Zona I, recibándose la señal digital a través del satélite hispasat.

Dicha colaboración mercantil evolucionó a la adquisición de una participación no mayoritaria de la sociedad operadora del satélite hispasat por parte de la sociedad matriz del grupo Abertis, que desembocó en julio de 2013 en la adquisición del control exclusivo de dicha compañía, no sólo por el hecho de la adquisición de la participación mayoritaria de su capital social, sino por el hecho de que, adicionalmente, fue suscrito un pacto con el resto de accionistas no mayoritarios del que resultó la eliminación de todo posible veto sobre las decisiones estratégicas que el socio mayoritario pudiera adoptar en relación al operador del satélite de comunicaciones.

De esta manera, se produjo una operación de concentración económica que tuvo que ser autorizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desde el punto de vista de que las plataformas de radiodifusión terrestre, en las que opera el grupo Abertis a través de “RETEVISIÓN I S.A.U.”, y de satélite operan en el mismo mercado, compitiendo entre sí para el despliegue de la tecnología digital, de modo que no existen mercados distintos para la transmisión terrestre y satelital en virtud del principio de neutralidad tecnológica que impone que la elección de la tecnología se debe establecer mediante licitaciones tecnológicamente neutras.

De hecho, como ha reconocido la propia sociedad cabecera del grupo, su negocio en infraestructuras satelitales ha centrado su actividad y foco en “HISPASAT, S.A.”, dada la necesidad que tienen las plataformas terrestres de comunicaciones de completar su negocio con las emisiones recibidas a través de satélite a fin de asegurar la recepción de la señal en el 100% del territorio, siendo, además, en la actualidad el prestador de satélite que “RETEVISIÓN I S.A.U.” utiliza en la zona I.

Consecuencia de lo señalado, tras la directa vinculación societaria entre las filiales del grupo Abertis, se ha establecido también una vinculación de estrategia

empresarial y comercial, requiriendo ello una conexión entre sus órganos de dirección y administración garante de una unidad de decisión.

Particularmente, en lo que a la licitación examinada se refiere, ha resultado constatado, tal como se deduce del informe de valoración técnica de las ofertas, que la adjudicataria no explicitó en su oferta la forma de prestar el servicio en la zona III, en la que no cabe utilizar la infraestructura terrestre y resulta necesario recurrir a la tecnología satélite, prestada hasta la fecha a través del satélite hispasat.

En este caso, dicha omisión no resultaría relevante desde el punto de vista de la existencia de una vinculación societaria entre ambas empresas licitadoras en virtud de la cual “RETEVISIÓN I S.A.U.” prestaría el servicio a través de los medios de que dispone “HISPASAT S.A”., lo cuál conllevaría la exención de la obligación de presentación de la relación exhaustiva de subcontratistas establecida en el artículo 110 LFCP, siempre, claro está, que la operadora satelital no hubiera concurrido a la licitación como una empresa independiente, cuál no es el caso.

Por tanto, con arreglo a lo señalado, no resultan admisibles los argumentos invocados por la entidad contratante que, pese a reconocer la existencia de influencia dominante entre las licitadoras como empresas de un mismo grupo societario, se limita a considerar que entra las mismas no hay más que hipotéticas colaboraciones técnicas que no resultan jurídicamente estimables, pues no es una mera conjetura el historial de colaboraciones técnicas que, desde antes de dicha vinculación empresarial, existe entre ambas licitadoras en el mercado tecnológico de España y de Navarra, particularmente en lo que concierne al despliegue de la televisión digital en Navarra, máxime cuando la plataforma tecnológica terrestre debe completar su negocio con la digital por las aludidas razones técnicas.

Asimismo, tampoco se acredita la existencia de la autonomía patrimonial y de negocio que preconiza “RETEVISIÓN I S.A.U” por el hecho de que el negocio de ambas empresas licitadoras se desarrolle sobre plataformas tecnológicas diferentes desde la perspectiva de que dicho mercado, por aplicación del principio de neutralidad tecnológica, no sólo es sino que debe ser el mismo para ambas plataformas, de forma que las plataformas de radiodifusión vía satélite y terrestre compitan entre sí y la

elección de una u otra tecnología sea establecida mediante una licitación tecnológicamente neutra.

A mayor abundamiento, las razones ofrecidas por la adjudicataria para acreditar que la reestructuración societaria por escisión parcial llevada a cabo por el grupo Abertis en diciembre de 2013, para asegurar la división los negocios de telecomunicaciones terrestres y satelitales, no son suficientes en vista de que dicha separación únicamente fue jurídica, mientras se han mantenido los vínculos societarios directos entre ambas empresas, una unidad económica que se muestra a través de la presentación de sus cuentas dentro de las cuentas consolidadas del grupo y una unidad estratégica del negocio de infraestructuras de telecomunicaciones, como lo evidencia el pacto accionarial firmado en “HISPASAT, S.A.” por el cual quedó eliminado todo posible veto en las decisiones estratégicas que adoptara el grupo Abertis en relación al operador de satélites, asegurada por un entramado de órganos de dirección y administración compartidos entre los que hay consejeros compartidos que aseguran la dirección única.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 709/2007, de 29 de octubre, en la que se examina un concurso para la adjudicación de un contrato administrativo de servicios en el que se presentaban tres licitadores, siendo que el que resultó ser adjudicatario era una sociedad constituida por otro de los licitadores respecto de la que había suscrito la totalidad de las acciones de aquella, ejerciendo un control y dominio efectivo, tanto por la posesión de la totalidad de los derechos de voto, y en consecuencia de los correspondientes derechos económicos y políticos, siendo que además el administrador único era el mismo, así como el objeto de ambas sociedades, dominante y dominada, era el mismo, a la vista de lo que expone:

“Así las cosas esta situación de creación, posesión de la totalidad de capital social y Administración por una sociedad matriz de otra sociedad filial que tiene el mismo objeto social que la sociedad matriz y lleva a cabo por tanto sus mismas actividades, permite concluir sin margen alguno para la duda, que la sociedad filial, aunque goce de personalidad jurídica y patrimonio distintos de la sociedad matriz, no es más que un instrumento en manos de este que carece de cualquier autonomía de decisión y funcionamiento, y que tal instrumento se dedica a las mismas actividades que

la sociedad dominante, de forma que desde el punto de vista económico y patrimonial las dos sociedades son en realidad una misma empresa, y que los objetivos, la estrategia, la actividad industrial y la mercantil de la sociedad filial son los que fija la sociedad matriz (...)”

Así, concluye:

“En supuesto como éste, el derecho positivo-y no sólo la jurisprudencia mediante las técnicas del fraude de Ley y levantamiento del velo- ha considerado que al margen de la distinta personalidad jurídica, nos hallamos ante una unidad de negocio que permita considerar un solo sujeto”

“En casos como el que acabamos de describir, la presentación de sociedad dominante y filial a un mismo concurso, presentando cada una de ellas su oferta, permite concluir, sin duda alguna, que no se trata de dos licitadores distintos, sino de un solo licitador-la sociedad matriz-que decide porque así le conviene presentar dos proposiciones, la suya y la de su sociedad filial”.

Por otra parte, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su apartado III, dedicado a la colusión entre oferentes a licitaciones, da importancia en materia de colusión a los vínculos contractuales o estructurales entre empresas y señala como un indicador a tener en cuenta la presentación de ofertas por empresas vinculadas o de un mismo grupo que concurren por separado, que puede facilitar la coordinación de sus estrategias y, por tanto, revelar la existencia de acuerdos colusorios. A este respecto se establece que la presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo, si bien puede estar permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.

En definitiva, de conformidad con todo lo expuesto, hay que concluir señalando que del análisis del expediente no sólo no resulta prueba alguna con base en la cuál pueda inferirse que “RETEVISIÓN, S.A” e “HISPASAT, S.A.”, empresas vinculadas como socias de un mismo grupo en virtud del cual la primera ejerce una influencia dominante sobre la segunda, hayan competido en la licitación como empresas independientes, actuando con autonomía de decisión y funcionamiento para garantizar la confidencialidad de sus ofertas, sino que, por el contrario, en vista de su iter de

colaboración técnica en licitaciones anteriores, de la ausencia de disposiciones particulares garantes de la independencia y de la confidencialidad de sus ofertas, del sometimiento pleno del negocio a las decisiones estratégicas del grupo Abertis, de la existencia de consejos compartidos que aseguran la unidad de decisión y de la propia supeditación en la licitación actual de la oferta de la adjudicataria a los medios que ofrece su sociedad vinculada, las mismas deben ser consideradas como un solo licitador con los efectos de exclusión de la licitación que conlleva en aplicación del artículo 55 LFCP.

Por lo expuesto, procede estimar la pretensión principal de la reclamación interpuesta, declarando la existencia de causa de inadmisión de las ofertas de las mercantiles “RETEVISIÓN, S.A” e “HISPASAT, S.A.” y, por aplicación del artículo 126 LFCP, anular la resolución de adjudicación realizada a la primera de las señaladas por recaer sobre una empresa cuya oferta no era admisible, estimación que conlleva la innecesariedad de pronunciamiento sobre las peticiones formuladas subsidiariamente.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “SES ASTRA, S.A.”, anulando la Resolución 105/2015, de 18 de marzo, del director general de Informática y Telecomunicaciones, por la que se adjudica la contratación de adjudicación del contrato para la extensión de la Televisión Digital en Navarra para las zonas II y III (zonas remotas y menos urbanizadas) durante el período 2015-2020, y declarando que concurre causa de inadmisión de las ofertas de “RETEVISIÓN S.A.” e “HISPASAT, S.A.

2º. Notificar este acuerdo al reclamante, a la Dirección General de Informática y Telecomunicación y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3°. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona 11 de mayo de 2015. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Ana Román Puerta.