

Recurso nº 3 e 5/2019 (acumulados)**Resolución nº 12/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 16 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D^a. M.D.C. contra o acordo de adxudicación do lote 9, recurso 3/2019, e por D^a. M.D.C. actuando en nome e representación de AUTOS LOZANO, S.L. e MINERVA E HIJOS, S.A. contra o acordo de adxudicación do lote 11, recurso 5/2019, ambos en relación á contratación do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensino público das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- A Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria convocou a licitación do contrato do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensino público das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE, cun valor estimado declarado de 1.094.540.95 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 01.08.2018 e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 27.07.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en adiante).

Terceiro.- Impugnan os recurrentes os acordos de adxudicación, no recurso 3/2019 do lote 9 a favor de MURALLA BUS S.L, e no recurso 5/2019 contra a adxudicación, neste caso do lote 11, tamén a favor de MURALLA BUS S.L.

Cuarto.- Ambos recursos foron interpostos o 03.01.2019, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

En base ao artigo artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, procede acumular ambos recursos, a efectos da súa resolución conxunta.

Quinto.- O mesmo 03.01.2019 reclamouse á Consellería o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP, sendo recibido o 04.01.2019. O 07.01.2019 solicitouse un complemento do expediente, remitido o 08.01.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 07.01.2019, recibíndose alegacións de AUTOS MORÁN S.L, AUTOS DARRIBA S.L, a UTE HER-VEI, LUARCA e SARCEDA e MURALLA BUS S.L.

Sétimo.- O 07.01.2019 acordouse o mantemento da medida cautelar de suspensión derivada do 53 LCSP, respecto deses lotes 9 e 11.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia

contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- Ambos recurrentes, M.D.C. (recurso 3/2019) e AUTOS LOZANO, S.L. e MINERVA E HIJOS, S.A como UTE conformada por ambas empresas (recursos 5/2019), participaron nos lotes cuxa adxudicación impugnan, e invocan nos seus recursos argumentos que, de acollerse, implicarían un beneficio para os mesmos, polo que teñen a lexitimación prevista no artigo 48 LCSP.

Cuarto.- Sobre a temporalidade dos recursos debemos facer algunha consideración, tendo en conta que o informe do órgano de contratación alega que están fóra de prazo.

É correcta a apreciación de tal informe que estamos ante un acordo de adxudicación que foi posto a disposición dos recurrentes en Notifica.gal o mesmo día que se publicou na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, o 11.12.2018.

Agora ben, unha vez recoñecido tal dato o resto de consideracións do TACGAL non van na dirección recollida nese informe. A extemporaneidade alegada pola Consellería ten como alicerce contar como día primeiro dos 15 para interpoñer o recurso especial o mesmo día 11.12.2018 con cita da disposición adicional décimo quinta, de maneira que nese cómputo o prazo remataría o 02.01.2019. Se ese primeiro día fora o seguinte a aquel 11.12.2018, o recurso estaría entón en prazo.

O primeiro a observar ao respecto é que, tanto na notificación do acordo de adxudicación do lote 9 como na do lote 11, a información dada de recursos foi:

“De conformidade co artigo 44 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, contra o presente acordo, poderá interpoñerse recurso especial en materia de contratación ante a propia Mesa de Contratación ou ante o órgano de contratación, no prazo de 15 días hábiles contados a partir do día seguinte a aquel no que se tivo coñecemento da posible infracción.”

Unha inicial observación debe ir destinada a que xa nas Resolucións TACGal 93/2018, 97/2018 e 123/2018, referidas a licitacións desta Consellería, se apuntaba:

“Neste punto é de interese significar que a información sobre o recurso especial que consta na notificación do acordo impugnado non é completa, ao citar unicamente que o mesmo se pode interpoñer ante o mesmo órgano que o ditou,

limitando as opcións recollidas no artigo 51.3 LCSP -apuntar que ademais cita a posibilidade de interposición perante a mesa de contratación, o cal non está recollido nese artigo-. A estes efectos, destacamos a importancia da referencia á posible presentación directamente ante este Tribunal (para o que están habilitados enlaces para a presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedementos.html>), o cal tamén debe ser trasladado nesa información de impugnación que se subministra.”

De todas formas, o máis relevante para a cuestión que nos ocupa é que na propia información de recursos subministrada aos recorrentes pola Consellería se expresaba literalmente que o prazo computaba “a partir do día seguinte”, polo que dificilmente logo se pode opoñer como causa de inadmisibilidade unha actuación do impugnante que segue o que se lle indica polo órgano de contratación.

Por citar algún exemplo, Resolución 85/2018 órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Esukadi:

“...en los supuestos de notificaciones que contienen información procedimental errónea este OARC/KEAO ha manifestado reiteradamente que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016, 94/2016, 126/2016 y 27/2017, así como las sentencias del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011)”.

En todo caso, o dato finalmente definitivo é que na regulación específica ao prazo do recurso especial contra a adxudicación se alude expresamente ao cómputo dende o día seguinte á notificación, artigo 51.1.d):

“d) Cando se interpoña contra a adxudicación do contrato, o cómputo iniciárase a partir do día seguinte a aquel en que esta se lles notificou, de conformidade co establecido na disposición adicional décimo quinta, aos candidatos ou licitadores que fosen admitidos no procedemento”

Polo tanto, e sen ánimo de ser exhaustivo, aos efectos do prazo para interpoñer o recurso especial contra a adxudicación a disposición adicional décimo quinta xoga, principalmente, para determinar se: i) o día seguinte é respecto do envío da notificación (a súa posta a disposición no sistema de notificación electrónica), caso de que o acordo se publicase no perfil de contratante ese mesmo día, ou ii) se o día seguinte é respecto da recepción da notificación (acceso á notificación electrónica ou

transcurso do prazo para isto, se estamos na vía telemática de remisión), de non haber aquela coincidencia.

Aquí, dado que o día que se pon a notificación a disposición dos recorrentes en Notifica.gal é cando tamén se publica na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, o 11.12.2018, o primeiro día os 15 para recorrer foi o 12.12.2018, non aquel 11.12.2018 como considerou o órgano.

En definitiva, consideramos interpostos en prazo ambos recursos.

Quinto.- Dado que estamos perante a impugnación de acordos de adxudicación dunha contratación de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, os recursos son admisibles ao abeiro do artigo 44 LCSP.

Sexto.- Tanto o recurso 3/2019 como o 5/2019 alegan que, nos lotes aos que se refiren, houbo unha vulneración do principio de proposición única.

No tocante ao lote 9 alégao pola vinculación das ofertas de MURALLA BUS, S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN, S.L. (MORÁN S.L. en adiante) e no lote 11, as de MURALLA BUS, S.L. (MURALLA S.L. en adiante), AUTOCARES DARRIBA, S.L. (DARRIBA S.L. en adiante) e AUTOCARES HER-VEI, S.L., esta última en UTE (UTE HER-VEI en adiante), con alusión á confluencia de socios e administradores.

No recurso 3/2019 tamén se alude á que esa vinculación non se tivo en conta para o cálculo das ofertas anormalmente baixas, tal como ordena o artigo 149.3 LCSP e que non se podía outorgar ao adxudicatario un prazo para subsanar a documentación do artigo 150.2 LCSP. Isto último tamén se recolle no recurso 5/2019 sobre lote 11.

Sétimo.- O órgano de contratación presenta un informe conxunto para ambos recursos.

No mesmo, sobre o fondo, alega que a cuestión foi tratada en diversas sesións da mesa de contratación, desbotando que existira unha problemática:

“Recibida e analizada a documentación requirida, a Mesa de Contratación, segundo consta na Acta nº 3 (documento 10.3) concluíu que da documentación requirida só se pode aclarar a existencia de participación en distintas empresas de

socios, persoas físicas, coincidentes en varias empresas, sen que do mesmo se poida concluír a existencia de prexuízo algún ou conduta contraria á libre concorrência na contratación administrativa” polo que acordou o levantamento da suspensión do procedemento e a continuación do mesmo.”

A isto engade:

“En relación a aplicar o artigo 86 do Regulamento da contratación no relativo a empresas pertencentes a un mesmo grupo, a Mesa, á vista da documentación recibida dos licitadores requiridos, constata que non existe grupo empresarial nos termos do 42,1 do código de comercio, para aplicación do artigo 86, xa que, ao seren particulares (persoas físicas) os posuidores do capital social, e non persoas xurídicas, non entraría no perímetro de consolidación de contas anuais e non poden constituír grupo empresarial.”

Oitavo.- AUTOS MORÁN S.L presenta alegacións onde sinala que as empresas ás que alude ao recurso son independentes, cada unha co seu obxecto social, domicilio e área xeográfica.

Expresa que a vixente LCSP determina de forma concreta e precisa os supostos nos que se debe apreciar a existencia de grupo empresarial ou de empresas vinculadas e o fai nuns termos que basculan arredor do concepto de dominancia. Basicamente o elemento definidor é que unha empresa poida controlar a outra ou outras por dispor da maioría dos dereitos de voto ou a posibilidade de elixir a maioría dos integrantes do órgano de administración que, en realidade, vén supoñer un poder de decisión igual aínda que menos directo e conclúe que nada disto ocorre no presente caso.

AUTOS DARRIBA S.L e UTE HER-VEI, LUARCA e SARCEDA tamén consideran que non existe vinculación empresarial entre as empresas.

MURALLA BUS S.L sostén que esta non está participada polas empresas A. DARIBA y A. MORÁN, senón que pertence a 3 persoas físicas que teñen, cada unha delas, unha parte da propiedade doutras empresas diferentes. Sostén que a recorrente outorga o carácter de licitador único a 3 empresas sen ningún nexo de unión directo.

Posteriormente, tal alegante, expresa que, aos efectos do artigo 149.3 LCSP, non se dan os requisitos do artigo 42.1 do Código de Comercio, e que, en todo caso, a aplicación daquel non tería efectos prácticos porque: *“Primero porque aún aplicando el*

mecanismo de cómputo de la oferta más baja de las 3 empresas la plica de Muralla Bus SL se quedaría sólo ligeramente por encima del umbral de la baja anormal y podría haber justificado su oferta. Pero, aunque no se hubiera aceptado la referida justificación, la oferta de la empresa A. Darriba SL quedaría como primera clasificada sin incurrir en baja anormal y habría sido designada adjudicataria del servicio, siendo en consecuencia estériles las alegaciones en este sentido.”

Por último, rexeita a afirmación do recorrente da imposibilidade de emendar no trámite do artigo 150.2 LCSP.

Noveno.- Describe o informe do órgano de contratación que a cuestión xa suscitou no seno do procedemento, onde incluso houbo escritos denunciando esa confluencia de administradores e socios, e que se rexeitou.

Como resulta deses parágrafos plasmados do informe do órgano de contratación pode concluírse que a análise que este fixo da cuestión o foi principalmente baixo o prisma do artigo 86 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeneral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, hoxe reflexado no artigo 149.3 LCSP. Isto é, a efectos da avaliación da anormalidade das ofertas, de aí a súa cita do artigo 42.1 do Código de Comercio. As alegacións presentadas polas empresas citadas neste recurso especial tamén participan principalmente deste enfoque, como vimos.

Agora ben, os recorrentes invocan, de inicio, unha dimensión específica cal é o principio de proposición única. Certo é que o recurso 3/2019, sobre o lote 9, aporta estoutra cuestión de se había vinculación de empresas aos efectos da apreciación de anormalidade nas ofertas (artigo 149.3 LCSP), se ben como argumento ulterior, polo que, repetimos, antes está o outro debate de se as proposicións operaron como independentes na licitación.

Entrando entón na cuestión primeira recollida nos recursos presentados, na Resolución TACGal 28/2018 expresamos que tal debate, fronte ao apreciado aí e aquí polos órganos de contratación, *“non é xa tan limitado, máis tras as últimas Sentenzas do TXUE, como é a recentísima Sentenza de 17 de maio de 2018, asunto C-531/16, cuxas consideración deben formar parte do acervo para solventar este tipo de cuestións”*. Isto é, que *“procede que analicemos se existen os elementos para entender que as ofertas non eran independentes e autónomas, de forma que puideran ser ou non adxudicatarias as entidades que as presentaron... sendo pacífico a dificultade da análise de determinar se houbo actuacións dese caríz, o cal non pode*

facer que obviemos, evidentemente, a necesidade de abordalo.” Desta dirección participan tamén os artigos 150.1, referido este á mesa e órgano de contratación, e 132.3 LCSP, e para o sector público galego, o artigo 23.3 Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico.

En realidade, xa antes desa Sentenza TXUE de 17.05.2018 se abría paso a necesidade de facer a análise que agora abordaremos, tendo en conta que o o artigo 145.3 TRLCSP, e agora no artigo 139.3 LCSP, recollen que: *“3. Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, ...A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.”*

Por exemplo, aínda nese marco previo a tal S. TXUE de 17.05.2018, a Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM) determina a exclusión das ofertas que se entendera que non operaron de forma independente, en base a aquel artigo 145.3 TRLCSP, ao artigo 6.4 Código Civil, á Sentenza 709/2007, do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, ou á Resolución 950/2015 TACRC, e con cita tamén de recentes Informes de Xuntas Consultivas, como o Informe 2/2017, de 1 de marzo, da de Cataluña. Tal Resolución xa expresa que desta análise, de ser esgrimida, non se pode evadir o órgano de resolución do recurso especial, que o fai baixo o parámetro da LCSP (último fundamento “in fine”, que facemos noso). Tamén citar as máis actuais Resolucións 49 e 50/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León.

En todo caso, como avanzamos, a Sentenza TXUE de 17 de maio de 2018, asunto C-531/16 aporta determinacións moi claras, que este TACGal non pode obviar. Así, o TXUE expresa dunha forma taxativa na súa parte dispositiva:

“el poder adjudicador, cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar, en su caso exigiendo información suplementaria de esos licitadores, si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes. Si se demuestra que esas ofertas no son autónomas e independientes, el artículo 2 de la Directiva 2004/18 se opone a la adjudicación del contrato a los licitadores que presentaron tal oferta.”

Outras manifestacións da Sentenza son de interese, como por exemplo:

“31 Por lo que atañe a las obligaciones que, en virtud del antedicho artículo 2 de la Directiva 2004/18, incumben a los poderes adjudicadores, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que se atribuye un papel activo a los poderes adjudicadores en la aplicación de los principios de adjudicación de los contratos públicos enunciados en el mencionado artículo (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 42).

32 Como este deber de los poderes adjudicadores corresponde al contenido esencial de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, el Tribunal de Justicia ha declarado que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses en un experto del poder adjudicador y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a esos conflictos (sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 43).

Habida cuenta de lo que se ha constatado en el apartado 29 de la presente sentencia, esta jurisprudencia es aplicable a situaciones, como aquella de que se trata en el asunto principal, caracterizadas por la participación de licitadores vinculados entre sí en un procedimiento de adjudicación. Por tanto, un poder adjudicador que tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de una oferta está obligado a examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la presentación de la oferta de que se trate con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento de adjudicación, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba (véase, por analogía, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, apartado 44).”

Para este axuizamento debemos centrarnos na análise das ofertas e licitadores que foron clasificados por enriba dos recorrentes.

Neste sentido, no lote 9 (recurso 3/2019) M.D.C. foi a terceira clasificada por detrás de MURALLA S.L e DARRIBA S.L. No lote 11 (recurso 5/2019) a UTE MINERVA E HIJOS, S.A e AUTOS LOZANO, S.L. (UTE MINERVA en adiante), quedou en segunda posición, só por detrás de MURALLA S.L.

Apuntar que os recorrentes non participan da actuación que atribúen a esas empresas, pois non confluíron nos mesmos lotes. M.D.C. só foi ao lote 9, e a UTE MINERVA ao lote 11.

Polo tanto, no recurso 3/2019 hai que analizar a MURALLA S.L e DARRIBA S.L, na súa relación entre estas e destas con outros licitadores, e no recurso 5/2019 se a oferta de MURALLA S.L en relación co resto de licitadores, todo isto no marco do debate descrito.

Pois ben, o primeiro que se observa, é a seguinte relación entre os órganos decisorios destas empresas:

- No referente ao lote 9, recurso 3/2019:

a) En MURALLA S.L dos tres socios:

. un, é socio e administrador de DARRIBA S.L

. outro, é socio e administrador de MORÁN S.L

. o outro socio que resta é socio de HER-VEI S.L, pero esta non participa no lote 9, senón no lote 11 dentro dunha UTE.

b) No tocante a DARRIBA S.L, en coherencia co anterior, un dos seus dous socios é, a súa vez, socio de MURALLA S.L

- No referente ao lote 11, recurso 5/2019:

a) Dos tres socios e administradores de MURALLA S.L:

. un, é socio e administrador de DARRIBA S.L (o mesmo que o do lote 9).

. outro, é socio de HER-VEI S.L, que participou dentro dunha UTE.

. o outro socio que resta é socio e administrador de MORÁN S.L , pero esta non participa no lote 11, senón no lote 9, como vimos.

En definitiva, en ambos lotes observamos que as proposicións que nos ocupan eran de empresas, en primeiro lugar, con socios e administradores moi limitados numericamente, e, e segundo lugar, con socios que están presentes, como socios e administradores, noutras empresas que tamén presentaron ofertas.

Certo é que para apreciar esa vulneración dos principios que nos ocupan, non basta só que sexa *“una relación de control o que estén vinculadas entre si”* as empresas (Sentencia TXUE, de 19 de maio de 2009 (C-538/07), pero isto en canto que este sexa o único motivo. En definitiva, esa interrelación non pode levar a unha interpretación a sensu contrario ilóxica, como é a de impedir apreciar se, no caso dunha concreta licitación, estas operaron con vulneración da independencia nas súas proposicións.

De feito, a Sentenza TXUE de 17 de maio de 2018, asunto C-531/16 xa alude á necesidade desa análise precisamente cando esas empresas non son unha unidade económica pero se observe que as empresas actuaron concertadas, o que ratifica que este debate non queda eliminado só pola argumentación de que non son formalmente grupo empresarial, o cal ademais daría unha visión moi limitada da cuestión:

“29 En el supuesto de que las sociedades de que se trata no constituyesen una unidad económica, al no ejercer la sociedad matriz una influencia determinante en sus filiales, procede señalar que, en cualquier caso, el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 sería vulnerado si se admitiese que los licitadores pudiesen presentar ofertas coordinadas o concertadas, a saber, no autónomas ni independientes, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores, sin que sea necesario examinar si la presentación de tales ofertas constituye también un comportamiento contrario al artículo 101 TFUE.”

Resaltamos ademais como relevante que tal Sentenza do TXUE do 17.05.2018 cifre a inviabilidade de adxudicar aos licitadores que participaron nesta práctica no artigo 2 da Directiva -nese caso temporalmente a Directiva 2004/18-, isto é nos propios principios da contratación pública, obrantes na LCSP xa no artigo 1, 132 ou 139, por citar algún.

Sobre o nivel de proba a Sentenza TXUE de 17 de maio de 2018, asunto C-531/16, tamén determina que basta a existencia de indicios, evidentemente do nivel apropiado para chegar a unha conclusión:

“37 En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, el principio de efectividad exige que la prueba de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión pueda aportarse no solo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario (véase, por analogía, la sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 37).”

Con este marco, este TACGal entende que dificilmente non existirá unha vulneración do principios da licitación e da proposición única de existir indicios de que os licitadores coñecían a oferta dos outros, de forma que puideran concorren con esa vantaxe e incluso presentar ofertas que cubran varios escenarios posibles a efectos de maximizar as posibilidades de que a adxudicación recaia nalgunha delas. Neste sentido, se só existe esa confluencia de integrantes das empresas pero sen datos para determinar que as ofertas foron coñecidas por quen tamén participa na configuración doutra oferta, non bastaría para chegar a esa conclusión de vulneración.

Así, que as mesmas persoas aparezan na conformación da oferta na licitación, asinando os documentos dos diferentes sobres, con coñecemento entón de varias proposicións que, en puridade, deben competir entre si, dificilmente non se pode entender como contrario aos principios da licitación xa mencionados, así como aos de igualdade de oportunidades nos licitadores, libre competencia, ou o do segredo das proposicións (apartado III do Preámbulo, artigo 1, 132, 139, disposición adicional décimo quinta.5, etc...). A estes efectos, ese risco de transferencia de información ten unha potencialidade maior se estamos en empresas onde a toma de decisións recae, no tocante ás licitacións, en moi poucas persoas, e aparece que unha parte cualificada destas persoas son ás que, a súa vez, están na conformación da vontade licitadora doutro participante.

Pois ben, o primeiro que se conclúe no caso é que, precisamente, varias persoas participaron, á vez, en varias das ofertas presentadas, conformando e representando ás mesmas nestes lotes da licitación, con coñecemento en consecuencia das proposicións de todas estas nas que participan, e todo isto en relación a empresas cun núcleo de toma de decisión numericamente moi pequeno.

Efectivamente, centrados nos datos do caso que nos ocupa, observamos:

- No referente ao lote 9, recurso 3/2019:

a) En MURALLA S.L aparecen dous representantes desta na licitación, asinantes desa oferta, os cales a súa vez:

- un, é o mesmo representante e único asinante da oferta para DARRIBA S.L

- o outro, é o representante e único asinante da oferta para MORÁN S.L.

Dito doutra forma, os dous representantes que ten nesta licitación MURALLA S.L – e asinantes dos diferentes documentos dos seus sobres A e B, que son os que hai nesta contratación- son, a súa vez, os representantes e asinantes únicos dos documentos dos sobres A e B doutras ofertas, a de DARRIBA S.L e a de MORÁN S.L.

b) No caso de DARRIBA S.L, a tratar por ser o segundo clasificado nese lote, o que aparece, en coherencia co anterior, é que o representante e asinante da súa oferta na licitación é a súa vez un dos dous representantes e asinantes da oferta neste procedemento para MURALLA S.L.

- No referente ao lote 11, recurso 5/2019:

a) En MURALLA S.L dos dous representantes e asinantes da súa oferta que ten nesta licitación, un é o representante e asinante único doutra oferta, a de DARRIBA S.L (a súa vez, o representante da UTE HER-VEI neste lote é o outro socio de MURALLA S.L).

Aínda que isto é xa suficientemente ilustrativo, remarcamos entón o dato de que no lote 9 o sobre B e oferta económica de MURALLA S.L foi vista e coñecida por quen, a súa vez, presenta a de DARRIBA S.L e MORÁN S.L -e estes respecto daquela-. O mesmo sucede no lote 11 co sobre B e oferta económica de MURALLA S.L e DARRIBA S.L. Polo tanto, estamos na situación que describimos de afectación aos principios xurídicos da contratación.

Pero aínda existen máis datos a efectos de indicios eficaces para determinar que houbo vulneración do principio de proposición independente. Así, para a “Guía sobre contratación pública y Competencia” da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia é indicio de práctica contra o libre mercado que *“una empresa... presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez”*.

Pois ben, as ofertas de MURALLA S.L (para os lotes 9 e 11, á vez), DARRIBA S.L (tamén para os lotes 9 e 11, á vez) e MORÁN S.L (que só foi o lote 9), foron todas elas enviadas por fax o mesmo día en hora igual a estes efectos (diferenza de escasos minutos), con remisión daquel fax dende o mesmo sitio. Tamén sucede na remisión por Correos con uso da mesma oficina, concretamente a de Mondoñedo (cando só unha desas empresas ten aí a súa sede). Outro indicio, é estas que só foron a lotes onde coinciden.

Por outro lado, se observamos nesas tres ofertas o seu “Documento de presentación de documentación” e os de “Referencia dos sobres”, estes presentan o mesmo título, e un formato moi propio, sendo tal formato coincidente nas tres. O mesmo sucede cos sobres A e B, onde os documentos de elaboración polos licitadores nas tres ofertas aparecen con igual formato, así como tipo de letra. Por poñer un só exemplo, no índice deses sobres A e B coinciden ate as frases do apartados de tal índice que non rematan ou non en punto (como signo de puntuación, referímonos), o cal é traído como indicio de que non se formularon de forma independente. De feito, nas ofertas destas que foron aos mesmos lotes (MURALLA S.L e DARRIBA, S.L) o número de páxinas nos sobres A e B (nesta licitación son había dous sobres) é idéntico. A “Guía sobre contratación pública y Competencia” da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC) ofrece, precisamente, como exemplos de prácticas colusorias: *“ofertas de diferentes licitadores con tipografía o papelería idénticas, ...fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas...”*.

Polo tanto, a conclusión á que ten que chegar este TACGal, con estes indicios, é que as ofertas que quedaron clasificadas nos lotes 9 e 11 por enriba das recorrentes non operaron nesta concreta licitación como autónomas e independentes, polo que a adxudicación non podía recaer nas mesmas, sen entón necesidade de entrar no resto dos considerandos do recurso. Procede así a estimación do recurso, decretándose a anulación das adxudicación recaídas neses lotes, por non poder recaer en ningunha daquelas ofertas (centrados nas clasificadas por enriba das recorrentes, serían a de MURALLA BUS, S.L. e AUTOCARES DARRIBA, S.L. no lote 9, e de MURALLA BUS S.L. no lote 11), manténdose a tales efectos a validez naqueles actos e trámites cuxo

contido permanecería igual de non cometerse a infracción, e debendo procederse a unha nova adxudicación.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** os recursos interpostos por D^a. M.D.C. contra o acordo de adxudicación do lote 9, recurso 3/2019, e por AUTOS LOZANO, S.L. e MINERVA E HIJOS, S.A. contra o acordo de adxudicación do lote 11, recurso 5/2019, ambos en relación á contratación do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensino público das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, decretándose a anulación desas adxudicacións, cos efectos mencionados no derradeiro dos fundamentos xurídicos.

2. Levantar as suspensións acordadas no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.