Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 3 y 5/2019 (acumulados)

Resolución nº 12/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dª. M.D.C. contra el acuerdo de adjudicación del lote 9, recurso 3/2019, y por Dª. M.D.C. actuando en nombre y representación de AUTOS LOZANO, S.L. y MINERVA E HIJOS, S.A . contra el acuerdo de adjudicación del lote 11, recurso 5/2019, ambos en relación a la contratación del servicio de realización de las rutas de transporte escolar a varios centros de enseñanza pública de las provincias de A Coruña, Lugo y Ourense para el curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria convocó la licitación del contrato del servicio de realización de las rutas de transporte escolar a varios centros de enseñanza pública de las provincias de A Coruña, Lugo y Ourense para el curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE, con un valor estimado declarado de 1.094.540.95 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 01.08.2018 y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 27.07.2018.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- Impugnan los recurrentes los acuerdos de adjudicación, en el recurso 3/2019 del lote 9 a favor de MURALLA BUS, S.L, y en el recurso 5/2019 contra la adjudicación, en este caso del lote 11, también a favor de MURALLA BUS, S.L.

Cuarto.- Ambos recursos fueron interpuestos el 03.01.2019, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

En base al artículo artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, procede acumular ambos recursos, a efectos de su resolución conjunta.

Quinto.- El mismo 03.01.2019 se reclamó a la Consellería el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP, siendo recibido el 04.01.2019. El 07.01.2019 se solicitó un complemento del expediente, remitido el 08.01.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 07.01.2019, recibiéndose alegaciones de AUTOS MORÁN, S.L, AUTOS DARRIBA, S.L, la UTE HER-VEI, LUARCA y SARCEDA y MURALLA BUS, S.L.

Séptimo.- El 07.01.2019 se acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión derivada del 53 LCSP, respecto de esos lotes 9 y 11.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Ambos recurrentes, M.D.C. (recurso 3/2019) y AUTOS LOZANO, S.L. y MINERVA E HIJOS, S.A. como UTE conformada por ambas empresas (recursos 5/2019), participaron en los lotes cuya adjudicación impugnan, e invocan en sus recursos argumentos que, de acogerse, implicarían un beneficio para los mismos, por lo que tienen la legitimación prevista en el artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Sobre la temporalidad de los recursos debemos hacer alguna consideración, toda vez que el informe del órgano de contratación alega que están fuera de plazo.

Es correcta la apreciación de tal informe que estamos ante un acuerdo de adjudicación que fue puesto a disposición de los recurrentes en Notifica.gal el mismo día que se publicó en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, el 11.12.2018.

Ahora bien, una vez reconocido tal dato el resto de consideraciones del TACGal no van en la dirección recogida en ese informe. La extemporaneidad alegada por la Consellería tiene como base contar como día primero de los 15 para interponer el recurso especial el mismo día 11.12.2018 con cita de la disposición adicional decimoquinta, de manera que en ese cómputo el plazo terminaría el 02.01.2019. Si ese primer día fuera el siguiente a aquel 11.12.2018, el recurso estaría entonces en plazo.

Lo primero a observar al respecto es que, tanto en la notificación del acuerdo de adjudicación del lote 9 como en la del lote 11, la información dada de recursos fue:

> *"De conformidad con el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, contra el presente acuerdo, podrá interponerse recurso especial en materia de contratación ante la propia Mesa de Contratación o ante el órgano de contratación, en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en el que se tuvo conocimiento de la posible infracción."*

Una inicial observación debe ir destinada a que ya en las Resoluciones TACGal 93/2018, 97/2018 y 123/2018, referidas a licitaciones de esta Consellería, se apuntaba:

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

> *"En este punto es de interés significar que la información sobre el recurso especial que consta en la notificación del acuerdo impugnado no es completa, al citar únicamente que el mismo se puede interponer ante el mismo órgano que lo dictó, limitando las opciones recogidas en el artículo 51.3 LCSP -apuntar que además cita la posibilidad de interposición ante la mesa de contratación, lo cual no está recogido en ese artículo-. A estos efectos, destacamos la importancia de la referencia a la posible presentación directamente ante este Tribunal (para lo cual están habilitados enlaces para la presentación electrónica en https://tacgal.xunta.gal/procedementos.html), lo cual también debe ser trasladado en esa información de impugnación que se suministra."*

De todas formas, lo más relevante para la cuestión que nos ocupa es que en la propia información de recursos suministrada a los recurrentes por la Consellería se expresaba literalmente que el plazo computaba "*a partir del día siguiente",* por lo que difícilmente luego se puede oponer como causa de inadmisibilidad una actuación del impugnante que sigue lo que se le indica por el órgano de contratación.

Por citar algún ejemplo, Resolución 85/2018 órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Esukadi:

> *"...en los supuestos de notificaciones que contienen información procedimental errónea este OARC/KEAO ha manifestado reiteradamente que te los dice defectos en el pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente lana actuación ante lana instancia correcta cualquiera sea él momento en él que se produzca (ver, por ejemplo, lanas resoluciones 15/2016, 94/2016, 126/2016 y 27/2017, así como lanas sentencias de él 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, el dato finalmente definitivo es que en la regulación específica al plazo del recurso especial contra la adjudicación se alude expresamente al cómputo desde el día siguiente a la notificación, artículo 51.1.d):

> *"d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que esta se les notificó, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta, a los candidatos o licitadores que fueran admitidos en el procedimiento"*

Por lo tanto, y sin ánimo de ser exhaustivo, a los efectos del plazo para interponer el recurso especial contra la adjudicación la disposición adicional decimoquinta juega, principalmente, para determinar si: i) el día siguiente es respecto

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

del envío de la notificación (su puesta a disposición en el sistema de notificación electrónica), caso de que el acuerdo se publicara en el perfil de contratante ese mismo día, o ii) si el día siguiente es respecto de la recepción de la notificación (acceso a la notificación electrónica en el transcurso del plazo para esto, si estamos en la vía telemática de remisión), de no haber aquella coincidencia.

Aquí, dado que el día que se pone la notificación a disposición de los recurrentes en Notifica.gal es cuando también se publica en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia, el 11.12.2018, el primer día los 15 para recurrir fue el 12.12.2018, no aquel 11.12.2018 como consideró el órgano.

En definitiva, consideramos interpuestos en plazo ambos recursos.

Quinto.- Dado que estamos ante la impugnación de acuerdos de adjudicación de una contratación de servicios de valor estimado superior a 100.000 €, los recursos son admisibles al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- Tanto el recurso 3/2019 como el 5/2019 alegan que, en los lotes a los que se refieren, hubo una vulneración del principio de proposición única.

En lo referido al lote 9 lo alega por la vinculación de las ofertas de MURALLA BUS, S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. y AUTOS MORÁN, S.L. (MORÁN, S.L en adelante) y en el lote 11, las de MURALLA BUS, S.L. (MURALLA S.L en adelante), AUTOCARES DARRIBA, S.L. (DARRIBA S.L en adelante) y AUTOCARES HER-VEI, S.L., esta última en UTE (UTE HER-VEI en adelante), con alusión a la confluencia de socios y administradores.

En el recurso 3/2019 también se alude a que esa vinculación no se tuvo en cuenta para el cálculo de las ofertas anormalmente bajas, tal como ordena el artículo 149.3 LCSP y que no se podía otorgar al adjudicatario un plazo para subsanar la documentación del artículo 150.2 LCSP. Esto último también se recoge en el recurso 5/2019 sobre lote 11.

Séptimo.- El órgano de contratación presenta un informe conjunto para ambos recursos.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

En el mismo, sobre el fondo, alega que la cuestión fue tratada en diversas sesiones de la mesa de contratación, descartando que hubiera existido una problemática:

> *"Recibida y analizada la documentación requerida, la Mesa de Contratación, según consta en el acta nº 3 (documento 10.3) concluyó que de la documentación requerida sólo se puede aclarar la existencia de participación en distintas empresas de socios, personas físicas, coincidentes en varias empresas, sin que del mismo se pueda concluir la existencia de perjuicio alguno o conducta contraria a la libre concurrencia en la contratación administrativa" por lo que acordó el levantamiento de la suspensión del procedimiento y la continuación del mismo."*

A esto añade:

> *"En relación a aplicar el artículo 86 del Reglamento de la contratación en lo relativo a empresas pertenecientes a un mismo grupo, la Mesa, a la vista de la documentación recibida de los licitadores requeridos, constata que no existe grupo empresarial en los términos del 42,1 del código de comercio, para aplicación del artículo 86, ya que, al ser particulares (personas físicas) los poseedores del capital social, y no personas jurídicas, no entraría en el perímetro de consolidación de cuentas anuales y no pueden constituir grupo empresarial."*

Octavo.- AUTOS MORÁN, S.L presenta alegaciones donde señala que las empresas a las que alude el recurso son independientes, cada una con su objeto social, domicilio y área geográfica.

Expresa que la vigente LCSP determina de forma concreta y precisa los supuestos en los que se debe apreciar la existencia de grupo empresarial o de empresas vinculadas y lo hace en unos términos que basculan alrededor del concepto de dominancia. Básicamente el elemento definidor es que una empresa pueda controlar a otra u otras por disponer de la mayoría de los derechos de voto o la posibilidad de elegir la mayoría de los integrantes del órgano de administración que, en realidad, viene a suponer un poder de decisión igual aunque menos directo y concluye que nada de esto ocurre en el presente caso.

AUTOS DARRIBA, S.L y UTE HER-VEI, LUARCA y SARCEDA también consideran que no existe vinculación empresarial entre las empresas.

MURALLA BUS, S.L. sostiene que esta no está participada por las empresas A. DARRIBA y A. MORÁN, sino que pertenece a 3 personas físicas que tienen, cada

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

una de ellas, una parte de la propiedad de otras empresas diferentes. Sostiene que la recurrente otorga el carácter de licitador único a 3 empresas sin ningún nexo de unión directo.

Posteriormente, tal alegante, expresa que, a los efectos del artículo 149.3 LCSP, no se dan los requisitos del artículo 42.1 del Código de Comercio, y que, en todo caso, la aplicación de aquel no tendría 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, rechaza la afirmación del recurrente de la imposibilidad de subsanar en el trámite del artículo 150.2 LCSP.

Noveno.- Describe el informe del órgano de contratación que la cuestión ya se suscitó en el seno del procedimiento, donde incluso hubo escritos denunciando esa confluencia de administradores y socios, y que se rechazó.

Como resultado de esos párrafos plasmados del informe del órgano de contratación puede concluirse que el análisis que este hizo de la cuestión lo fue principalmente bajo el prisma del artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy reflejado en el artículo 149.3 LCSP. Esto es, a efectos de la evaluación de la anormalidad de las ofertas, de ahí su cita del artículo 42.1 del Código de Comercio. Las alegaciones presentadas por las empresas citadas en este recurso especial también participan principalmente de este enfoque, como vimos.

Ahora bien, los recurrentes invocan, de inicio, una dimensión específica cuál es el principio de proposición única. Cierto es que el recurso 3/2019, sobre el lote 9, aporta esta otra cuestión de si había vinculación de empresas a los efectos de la apreciación de anormalidad en las ofertas (artículo 149.3 LCSP), si bien como argumento ulterior, por lo que, repetimos, antes está el otro debate de si las proposiciones operaron como independientes en la licitación.

Entrando entonces en la cuestión primera recogida en los recursos presentados, en la Resolución TACGal 28/2018 expresamos que tal debate, frente a lo apreciado

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

ahí y aquí por los órganos de contratación, *"no es ya tan limitado, pero tras las últimas Sentencias del TJUE, como es la reclentísima Sentencia de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16, cuyas consideración deben formar parte del acervo para solventar este tipo de cuestiones".* Esto es, que *"procede que analicemos sI existen los elementos para entender que las ofertas no eran independientes y autónomas, de forma que habían podido ser o no adjudicatarias las entidades que las presentaron... siendo pacífico la dificultad del análisis de determinar si hubo actuaciones de ese cariz, lo cual no puede hacer que obviemos, evidentemente, la necesidad de abordarlo."* De esta dirección participan también los artículos 150.1, referido este a la mesa y órgano de contratación, y 132.3 LCSP, y para el sector público gallego, el artículo 23.3 Ley 14/2013, del 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

En realidad, ya antes de esa Sentencia TJUE de 17.05.2018 se abría paso la necesidad de hacer el análisis que ahora abordaremos, toda vez que el el artículo 145.3 TRLCSP, y ahora en el artículo 139.3 LCSP, recogen que: *"3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, ...La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas."*

Por ejemplo, aun en ese marco previo a tal S. TJUE de 17.05.2018, la Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM) determina la exclusión de las ofertas que se entendió que no operaron de forma independiente, en base a aquel artículo 145.3 TRLCSP, al artículo 6.4 Código Civil, a la Sentencia 709/2007, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, o a la Resolución 950/2015 TACRC, y con cita también de recientes Informes de Juntas Consultivas, como el informe 2/2017, de 1 de marzo, de la de Cataluña. Tal Resolución ya expresa que de este análisis, de ser esgrimido, no se puede evadir el órgano de resolución del recurso especial, que lo hace bajo el parámetro de la LCSP (último fundamento "in fine", que hacemos nuestro). También citar las más actuales Resoluciones 49 y 50/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

En todo caso, como avanzamos, la Sentencia TJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16 aporta determinaciones muy claras, que este TACGal no puede obviar. Así, el TJUE expresa de una forma taxativa en su 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*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

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."

Otras manifestaciones de la Sentencia son de interés, como por ejemplo:

"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 enjuiciamiento debemos centrarnos en los análisis de las ofertas y licitadores que fueron clasificados por encima de los recurrentes.

En este sentido, en el lote 9 (recurso 3/2019) M.D.C. fue la tercera clasificada por detrás de MURALLA, S.L. y DARRIBA, S.L. En el lote 11 (recurso 5/2019) la UTE

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

MINERVA E HIJOS, S.A. y AUTOS LOZANO, S.L. (UTE MINERVA en adelante), quedó en segunda posición, sólo por detrás de MURALLA ,S.L.

Apuntar que los recurrentes no participan de la actuación que atribuyen a esas empresas, pues no confluyeron en los mismos lotes. M.D.C. sólo fue al lote 9, y la UTE MINERVA al lote 11.

Por lo tanto, en el recurso 3/2019 hay que analizar a MURALLA, S.L. y DARRIBA, S.L, en su relación entre estas y de estas con otros licitadores, y en el recurso 5/2019 si la oferta de MURALLA, S.L. en relación con el resto de licitadores, todo esto en el marco del debate descrito.

Pues bien, lo primero que se observa, es la siguiente relación entre los órganos decisorios de estas empresas:

- En lo referente al lote 9, recurso 3/2019:

a) En MURALLA, S.L de los tres socios:

. uno, es socio y administrador de DARRIBA, S.L

. otro, es socio y administrador de MORÁN, S.L

. el otro socio que resta es socio de HER-VEI, S.L, pero esta no participa en el lote 9, sino en el lote 11 dentro de una UTE.

b) En lo referido a DARRIBA, S.L, en coherencia con lo anterior, uno de sus dos socios es, su vez, socio de MURALLA, S.L.

- En lo referente al lote 11, recurso 5/2019:

a) De los tres socios y administradores de MURALLA, S.L:

. uno, es socio y administrador de DARRIBA, S.L (el mismo que el del lote 9).

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

. otro, es socio de HER-VEI, S.L, que participó dentro de una UTE.

. el otro socio que resta es socio y administrador de MORÁN, S.L , pero esta no participa en el lote 11, sino en el lote 9, como vimos.

En definitiva, en ambos lotes observamos que las proposiciones que nos ocupan eran de empresas, en primer lugar, con socios y administradores muy limitados numéricamente, y, en segundo lugar, con socios que están presentes, como socios y administradores, en otras empresas que también presentaron ofertas.

Cierto es que para apreciar esa vulneración de los principios que nos ocupan, no basta sólo que sea *"una relación de control o que estén vinculadas entre sí"* las empresas (Sentencia TJUE, de 19 de mayo de 2009 (C-538/07), pero esto en cuanto a que este sea el único motivo. En definitiva, esa interrelación no puede llevar a una interpretación a sensu contrario ilógica, como es la de impedir apreciar si, en el caso de una concreta licitación, estas operaron con vulneración de la independencia en sus proposiciones.

De hecho, la Sentencia TJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16 ya alude a la necesidad de ese análisis precisamente cuando esas empresas no son una unidad económica pero se observe que las empresas actuaron concertadas, lo que ratifica que este debate no queda eliminado sólo por la argumentación de que no son formalmente grupo empresarial, lo cual además daría una visión muy limitada de la 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."*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Resaltamos además como relevante que tal Sentencia del TJUE del 17.05.2018 cifre la inviabilidad de adjudicar a los licitadores que participaron en esta práctica en el artículo 2 de la Directiva -en ese caso temporalmente la Directiva 2004/18-, esto es en los propios principios de la contratación pública, obrantes en la LCSP ya en el artículo 1, 132 o 139, por citar alguno.

Sobre el nivel de prueba la Sentencia TJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16, también determina que basta la existencia de indicios, evidentemente del nivel apropiado para llegar a una 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 entiende que difícilmente no existirá una vulneración de los principios de la licitación y de la proposición única de existir indicios de que los licitadores conocían la oferta de los otros, de forma que pudieran concurrir con esa ventaja e incluso presentar ofertas que cubran varios escenarios posibles a efectos de maximizar las posibilidades de que la adjudicación recaiga en alguna de ellas. En este sentido, si sólo existe esa confluencia de integrantes de las empresas pero sin datos para determinar que las ofertas fueron conocidas por quien también participa en la configuración de otra oferta, no bastaría para llegar a esa conclusión de vulneración.

Así, que las mismas personas aparezcan en la conformación de la oferta en la licitación, firmando los documentos de los diferentes sobres, con conocimiento entonces de varias proposiciones que, en puridad, deben competir entre sí, difícilmente no se puede entender como contrario a los principios de la licitación ya mencionados, así como a los de igualdad de oportunidades en los licitadores, libre competencia, o el del secreto de las proposiciones (apartado III del Preámbulo, artículo 1, 132, 139, disposición adicional decimoquinta.5, etc...). A estos efectos, ese riesgo de transferencia de información tiene una potencialidad mayor si estamos en empresas donde la toma de decisiones recae, en lo tocante a las licitaciones, en muy

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

pocas personas, y aparece que una parte cualificada de estas personas son las que, a su vez, están en la conformación de la voluntad licitadora de otro participante.

Pues bien, lo primero que se concluye en el caso es que, precisamente, varias personas participaron, a la vez, en varias de las ofertas presentadas, conformando y representando a las mismas en estos lotes de la licitación, con conocimiento en consecuencia de las proposiciones de todas estas en las que participan, y todo esto en relación a empresas con un núcleo de toma de decisión numéricamente muy pequeño.

Efectivamente, centrados en los datos del caso que nos ocupa, observamos:

- En lo referente al lote 9, recurso 3/2019:

a) En MURALLA, S.L aparecen dos representantes de esta en la licitación, firmantes de esa oferta, los cuales a su vez:

- uno, es el mismo representante y único firmante de la oferta para DARRIBA, S.L.

- el otro, es el representante y único firmante de la oferta para MORÁN, S.L.

Dicho de otra forma, los dos representantes que tiene en esta licitación MURALLA, S.L – y firmantes de los diferentes documentos de sus sobres A y B, que son los que hay en esta contratación- son, a su vez, los representantes y firmantes únicos de los documentos de los sobres A y B de otras ofertas, la de DARRIBA, S.L y la de MORÁN, S.L.

b) En el caso de DARRIBA, S.L, a tratar por ser el segundo clasificado en ese lote, lo que aparece, en coherencia con lo anterior, es que el representante y firmante de su oferta en la licitación es su vez uno de los dos representantes y firmantes de la oferta en este procedimiento para MURALLA, S.L.

- En lo referente al lote 11, recurso 5/2019:

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

a) En MURALLA, S.L de los dos representantes y firmantes de su oferta que tiene en esta licitación, uno es el representante y firmante único de otra oferta, la de DARRIBA, S.L (a su vez, el representante de la UTE HER-VEI en este lote es el otro socio de MURALLA, S.L).

Aunque esto es ya suficientemente ilustrativo, remarcamos entonces el dato de que en el lote 9 el sobre B y oferta económica de MURALLA, S.L fue vista y conocida por quien, su vez, presenta la de DARRIBA, S.L y MORÁN, S.L -y estos respecto de aquella-. Lo mismo sucede en el lote 11 con el sobre B y oferta económica de MURALLA, S.L y DARRIBA, S.L. Por lo tanto, estamos en la situación que describimos de afectación a los principios jurídicos de la contratación.

Pero aún existen más datos a efectos de indicios eficaces para determinar que hubo vulneración del principio de proposición independiente. Así, para la "Guía sobre contratación pública y Competencia" de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia es indicio de práctica contra el libre mercado que *"una empresa... presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez".*

Pues bien, las ofertas de MURALLA, S.L (para los lotes 9 y 11, a la vez), DARRIBA, S.L (también para los lotes 9 y 11, a la vez) y MORÁN, S.L (que sólo fue al lote 9), fueron todas ellas enviadas por fax el mismo día en hora igual a estos efectos (diferencia de escasos minutos), con remisión de aquel fax desde el mismo sitio. También sucede en la remisión por Correos con uso de la misma oficina, concretamente la de Mondoñedo (cuando sólo una de esas empresas tiene ahí su sede). Otro indicio, es que estas sólo fueron a lotes donde coinciden.

Por otro lado, si observamos en esas tres ofertas su "Documento de presentación de documentación" y los de "Referencia de los sobres", estos presentan el mismo título, y un formato muy propio, siendo tal formato coincidente en las tres. Lo mismo sucede con los sobres A y B, donde los documentos de elaboración por los licitadores en las tres ofertas aparecen con igual formato, así como tipo de letra. Por poner un solo ejemplo, en el índice de esos sobres A y B coinciden hasta las frases de los apartados de tal índice que terminan o no en punto (como signo de puntuación, nos referimos), lo cual es traído como indicio de que no se formularon de forma independiente. De hecho, en las ofertas de estas que fueron a los mismos lotes (MURALLA, S.L y DARRIBA, S.L) el número de páginas en los sobres A y B (en esta licitación sólo había dos sobres) es idéntico. La "Guía sobre contratación pública y Competencia" de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) ofrece, precisamente, como ejemplos de prácticas colusorias: *"ofertas de diferentes*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

licitadores con tipografía o papelería idénticas, ...fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas...".

Por lo tanto, la conclusión a la que tiene que llegar este TACGal, con estos indicios, es que las ofertas que quedaron clasificadas en los lotes 9 y 11 por encima de las recurrentes no operaron en esta concreta licitación como autónomas e independientes, por lo que la adjudicación no podía recaer en las mismas, sin entonces necesidad de entrar en el resto de los considerandos del recurso. Procede así la estimación del recurso, decretándose la anulación de las adjudicación recaídas en esos lotes, por no poder recaer en ninguna de aquellas ofertas (centrados en las clasificadas por encima de las recurrentes, serían la de MURALLA BUS, S.L. y AUTOCARES DARRIBA, S.L. en el lote 9, y de MURALLA BUS, S.L, en el lote 11), manteniéndose a tales efectos la validez en aquellos actos y trámites cuyo contenido permanecería igual de no cometerse la infracción, y debiendo procederse a una nueva adjudicación.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** los recursos interpuestos por Dª. M.D.C. contra el acuerdo de adjudicación del lote 9, recurso 3/2019, y por AUTOS LOZANO, S.L. y MINERVA E HIJOS, S.A . contra el acuerdo de adjudicación del lote 11, recurso 5/2019, ambos en relación a la contratación del servicio de realización de las rutas de transporte escolar a varios centros de enseñanza pública de las provincias de A Coruña, Lugo y Ourense para el curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, decretándose la anulación de esas adjudicaciones, con los efectos mencionados en el último de los fundamentos jurídicos.

2. Levantar las suspensiones acordadas en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.