

Recurso nº 34/2018**Resolución nº 28/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de xuño de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por A.L.G.M. actuando en nome e representación de MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L. contra a adxudicación do contrato de servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias da Coruña, do Concello da Coruña, expediente As-109/2017, 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.- Polo Concello da Coruña convocouse a licitación do contrato de servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias da Coruña, cun valor estimado declarado de 718.397,93 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Sede Electrónica do Concello, no DOUE o 29.12.2017, no BOP e BOE o 8.1.2018, e no DOG o 23.1.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- A Xunta Local do Concello da Coruña, en sesión extraordinaria de 23.5.2018, adxudicou o contrato a TOP RESCUE S.L (TOP RESCUE en adiante), sendo a recorrente, a segunda mellor clasificada. Este acordo de adxudicación foi notificado á impugnante o 24.5.2018.

Cuarto.- En data 6.6.2018 MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L (MOVE en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación no Concello. O 6.6.2018, ás 14:37 recíbese no TACGal tal recurso e o expediente administrativo, pero sen o informe municipal.

Quinto.- Con data 7.6.2018 reclamouse o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP), o cal foi recibido neste Tribunal o día 8.6.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 7.6.2018, recibíndose alegacións de TOP RESUE S.L.

Sétimo.- Dado que, como veremos, constaba no expediente que o Concello enviara o expediente á Comisión Galega da Competencia, este Tribunal solicitou da mesma que lle remitira información relativa ás actuacións que puidera ter efectuado en relación á citada comunicación do órgano de contratación, por entendela de interese. A Comisión responde que despois dunha primeira análise dos feitos se aprecia a posible existencia dunha potencial práctica anticompetitiva, polo que procederá conforme o artigo 49 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia. Co fin de adoptar a posición máis garantista, o TACGal deu traslado desa resposta aos participantes no recurso, para alegacións ao respecto.

Recibíronse alegacións do Concello, remitíndose aos informes, actas e resolucións do expediente. Tamén de TOP RESCUE que seguen a liña do dito nas alegacións citadas no apartado anterior e, a través de escrito da súa presidenta, da FESSGA, onde alude a que a mera coincidencia entre a súa presidenta e administradora de TOP RESCUE non implica que sexan empresas vinculadas, e que quen exerce a presidencia só executa ás decisións da Asemblea.

Oitavo.- O 13.06.2018 o TACGal resolve manter a suspensión automática do artigo 53 LCSP.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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.- Impugna a adxudicación o segundo mellor clasificado, con lexitimación entón ao abeiro do artigo 48 LCSP.

Cuarto.- Ao abeiro das datas antes descritas, o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- Estamos en presenza dun contrato de servizo, cun valor estimado de 718.397,93 euros, polo que é admisible este recurso ao abeiro do art. 44.1.a) e 2.c) LCSP.

A Disposición Transitoria Primeira.4 da vixente LCSP sinala que:

“Nos expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei poderase interpor o recurso previsto no artigo 44 contra actos susceptibles de impugnación nesta vía, sempre que se ditasen con posterioridade á súa entrada en vigor.”

Este TACGal interpreta que dado que a expresión literal da Disposición Transitoria remite con claridade ao artigo 44, son susceptibles de impugnación todos os actos e decisións enumerados no art.44.2 que fosen ditados con posterioridade á entrada en vigor da LCSP e referidos aos contratos e contías recollidas no art. 44.1 LCSP, polo que o recurso, como expresamos, é admisible.

Sexto.- A recorrente, no seu escrito do recurso alega que procedía a exclusión da Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA, en adiante) e de TOP RESCUE, por prácticas colusorias en base ao artigo 132 LCSP e principios da contratación pública.

Para soste tal afirmación recolle: que a Federación é unha entidade sen ánimo de lucro, que o proxecto técnico de ambas entidades está redactado e asinado pola mesma persoa e o seu teor literal e contido é idéntico, salvo algunhas supresións ou adicións, que a sede social de ambas é a mesma e que a administradora de TOP RESCUE é a mesma persoa que ostenta o cargo de presidenta da FESSGA.

Engade que tal persoa coincidente constituíu TOP RESCUE, como sociedade limitada unipersonal, na que é administradora e socia única co capital mínimo de 3.100 €, que non consta que teñan empregados, nin que prestara servizo ningún desde a súa constitución, e que de prestalos sería a través da Federación, e conclúe que a entidade TOP RESCUE carece de solvencia para ser adxudicataria como resolveu o Concello.

Aporta, asemade, no seu escrito que *“Fessga – como esperábamos- renunció a la adjudicación, realizándose la misma a Top Rescue mediante la resolución aquí recurrida. Ello no hace sino confirmar la existencia de dichas prácticas colusorias por parte de ambas empresas...”*

Tamén alude no seu escrito a que quen asina o prego técnico e foi nomeado polo Concello responsable do servizo que nos ocupa mantén unha especial vinculación con FESSGA.

Verbo das valoracións, aporta que a acta técnica e motivación do presente procedemento é practicamente idéntica que a do ano 2016 e tamén sinala o que para o recorrente son unha serie de irregularidades e falta de rigor. Recolle que se ben é certo que as ofertas económicas da FESSGA e TOP RESCUE foron superiores aos custos mínimos do servizo, habería que ter en conta os custos asociados ás melloras ofertadas e, por todo o exposto, defende a insuficiencia da oferta económica presentada por ambas empresas para facerse cargo das dúas partidas principais e esenciais do servizo, como son os gastos derivados da contratación de persoal e o servizo de ambulancia. Defende que existe un convenio específico de aplicación e, polo tanto, unhas normas laborais e salariais a acatar por calquera das posibles entidades licitadoras no procedemento e consecuentemente pola adxudicataria do servizo.

O seu suplico é que se declare a exclusión de FESSGA a TOP RESCUE, e se lle adxudique o contrato a MOVE, e subsidiariamente, a retroacción do procedemento, con referencia a ser indemnizado.

Sétimo.- O Concello, no seu informe, remítese aos informes e decisións adoptadas durante a tramitación do procedemento.

Recolle tamén que a apreciación de baixas desproporcionadas realizouse de conformidade co previsto no artigo 23 do prego de cláusulas administrativas particulares, resultando a baixa media do 1% neste procedemento.

A maiores engade informe sobre a valoración das ofertas e escrito rexeitando a vinculación coa Federación do asinante do prego e responsable do servizo.

Oitavo.- TOP RESCUE esgrime nas súas alegacións que o feito de ser, á vez, administradora única desta empresa e presidenta da Federación, cuxo órgano superior de goberno e representación é a Asemblea, non determina unha afectación á competencia. Sostén que os proxectos son distintos, e que debe ser o Consello Galego da Competencia quen deba analizar se houbo algunha práctica colusoria.

Expresa que a solvencia foi acreditada segundo o permitido polo PCAP e art. 75.1 TRLCSP, rexeita que existira especial vinculación da FESSGA cun empregado do Concello, defende a valoración efectuada da súa oferta e nega a posible baixa anormal ou desproporcionada.

Noveno.- Debemos comezar pola afirmación da recorrente de que tanto FESSGA e TOP RESCUE debían ser excluídas por prácticas contrarias á libre competencia.

Son varias as cuestións a comentar de inicio.

A primeira delas é que o recurso cifra o precepto infrinxido, máis aló dos principios da contratación, no artigo 132 LCSP, isto é da Lei 9/2017, cando a presente licitación está sometida ao TRLCSP, por aplicación da D.T primeira, que recolle tal mandato:

“1. Os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Para estes efectos, entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se publicou a correspondente convocatoria do procedemento de adxudicación do contrato.”

Polo tanto, unha vez situados no TRLCSP debemos facer unhas referencias, sexan resumidas, ás principais notas do estado da cuestión verbo do réxime xurídico dunha licitación sometida a tal corpo normativo.

Ante todo, que a mención máis directa que existe no TRLCSP sobre posibles prácticas de falseamento da competencia, a atopamos na Disposición adicional vixésimo terceira, que recolle (precepto non básico):

“Disposición adicional vigésima tercera. Prácticas contrarias a la libre competencia. Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

Isto tamén ten a súa plasmación na Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, para este sector público, no sentido de comunicar á Comisión Galega da Competencia *“calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación”* (art. 23.3).

Se pasamos a analizar o sucedido neste procedemento, o Concello, á vista de datos que podían suscitar a existencia dunha práctica colusoria (identidade de apoderado, enderezo...), o que fixo foi solicitar máis documentación a TOP RESCUE e á Federación, como Estatutos ou escrituras.

A Xefa de Servizo de contratación fai entón un informe onde expresa:

“ Examinadas las ofertas presentadas se comprueba que las ofertas técnicas son diferentes, obteniendo por tanto diferente puntuación en la valoración técnica, aprobada por la Mesa de Contratación. También lo son las ofertas económicas; si bien no difieren demasiado entre sí, tampoco las diferencias con el resto de los licitadores son destacables, obteniéndose una baja media del 1%. En el supuesto de tratar a las empresas como vinculadas en el supuesto del art. 42 del Código de Comercio, a pesar de su declaración de no vinculación, atendiendo a la coincidencia

de la Presidenta y de la Federación de Salvamento y la administradora única de Top Rescue, y tomar únicamente a efectos de la baja media la oferta menor como prevee el art. 86 del Reglamento, no se alteraría el resultado de la valoración”.

A maiores, propón remitir o expediente á Comisión Galega da Competencia aos efectos da D.A 23 TRLCSP, porque *“Las coincidencias expuestas en ambos licitadores plantean la duda a quien suscribe de si se vulnera el art. 145.2, ya que parece probable que las proposiciones fueran conocidas por ambas licitadoras, y si nos podemos hallar en un supuesto de acuerdo entre empresas destinado a alterar la competencia”*

Tamén se presentaron alegacións por MOVE para solicitar a exclusión da Federación e de TOP RESCUE, sobre as que logo presentaron escritos FESSGA e TOP RESCUE, sempre asinados pola mesma persoa.

A Mesa de contratación asume o informe antes transcrito, de forma que o órgano de contratación da traslado do expediente á autoridade galega da competencia, por resolución do 4.5.2018.

Vista esta remisión, este TACGal, antes de resolver o recurso, solicitou da Comisión Galega da Competencia que lle remitira información relativa ás actuacións que puidera ter efectuado en relación á citada comunicación do órgano de contratación, por entendela de interese. Como expresamos, a Comisión respondeu que *“despois dunha primeira análise dos feitos se aprecia a posible existencia dunha potencial práctica anticompetitiva”*, expresando a Comisión que procederá conforme o artigo 49 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia.

Evidentemente, este recurso especial non pode quedar ser resolver, nin sen analizar se as ofertas en cuestión realmente operaron nesta licitación como autónomas e independentes, sen prexuízo do que ulteriormente, en base as súas competencias e normativa, resolva a autoridade da competencia, como ben explica a Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“Por otro lado, la resolución que dicte el Tribunal no ha de ser necesariamente posterior a la de la CNMC con suspensión del procedimiento de recurso hasta el pronunciamiento de la Comisión. Tal decisión de suspensión supondría que el Tribunal no se podría pronunciar hasta conocer la decisión de la CNMC que puede dilatarse con graves consecuencias en la satisfacción de los intereses que se



pretenden cubrir con la contratación en curso y posible pérdida de recursos económicos que recaerán sobre la Administración contratante y sobre el interés público que se verá perjudicado, y no sobre los presuntos infractores. Considera el Tribunal que se trata de ámbitos competenciales distintos y delimitados, por lo que nada obsta para dictar resolución, la dación de cuenta a la CNMC, y su posterior resolución y sin que ello suponga infracción del principio non bis in idem. Como hemos señalado más arriba la CNMC será competente para conocer las infracciones de la Ley 15/2007 y el Tribunal se limita a transmitir los datos que posee, resolviendo el recurso conforme los parámetros del TRLCSP.”

Décimo.- A primeira conclusión do xa visto é que o Concello axustou a súa actuación tramitacional ao disposto na D.A 23 TRLCSP.

A maiores, o artigo 145 TRLCSP recolle:

“4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

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

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

A estes efectos, o 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, dispón:

“A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta mas baja, produciéndose la aplicación de

los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurran alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.

3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurran a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.”

Polo tanto, nunha primeira aproximación á cuestión observamos que a Administración contratante realizou, tramitacionalmente, as actuacións recollidas no TRLCSP.

Tampouco cabe desatender que a súa actuación seguiu tamén o mencionado nalgún informe de Xuntas Consultivas. Por exemplo, o Informe 35/2012, de 14 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, referido a un contrato de obras, ou Informe 5/2013, de 15 de novembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa das Illas Baleares, que aludían a que nestes casos procede a aplicación do réxime de baixas desproporcionadas previsto regulamentariamente para estes supostos e, no seu caso, poñelo en coñecemento da autoridade da competencia.

Agora ben, este TACGal estima que o estado da cuestión 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.

Antes de entrar na súa análise, debemos citar como antecedentes pronunciamentos onde xa se abría paso á posibilidade de excluír ofertas de observarse prácticas colusorias, principalmente, sacando consecuencias do mandato tan cualificado do artigo 145.3 TRLCSP sobre que *“Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición....”* e que *“A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscrias”*.



Así, é de interese a recente Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid onde, en base a tal precepto, e con soporte a maiores do artigo 6.4 Código Civil, da Sentenza 709/2007, do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, ou da Resolución 950/2015 TACRC, determina a exclusión desas ofertas que se entendeu que non operaron de forma independente. Tamén cita Informes de Xuntas Consultivas máis actuais.

Esa Resolución, previa á Sentenza TXUE de 17.5.2018, xa citaba como soportes desta postura, xunto aos que acabamos de citar:

“El artículo 6.4 del Código Civil, establece que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, prevé en el artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”.

La reciente STJUE de 8 de febrero de 2018, asunto C-144/17, Lloyd’s of London, en su considerando 38 indica: “Así pues, el respeto del principio de proporcionalidad exige el examen y la apreciación de los hechos por parte del poder adjudicador, a fin de determinar si la relación existente entre dos entidades ha influido concretamente en el contenido respectivo de las ofertas presentadas en un mismo procedimiento de adjudicación pública. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para que dichas empresas puedan ser excluidas del procedimiento de adjudicación (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, EU:C:2009:317, apartado 32).”

Y concluye dicha sentencia en su considerando 46 “Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los principios de transparencia, de igualdad de trato y de no discriminación que se deducen de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE y se plasman en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro, como la que es objeto del litigio principal, que no permite excluir a dos sindicatos de Lloyd’s de la participación en un mismo procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios de seguros por el único motivo de que sus respectivas ofertas han sido firmadas por el representante general de Lloyd’s para ese Estado miembro, pero sí



permite su exclusión si resulta, sobre la base de elementos irrefutables, que sus ofertas no han sido formuladas de manera independiente”.

Para el TJUE no es conforme a derecho comunitario que una norma nacional prevea la exclusión sistemática del procedimiento de contratación por el simple hecho de que los licitadores sean empresas vinculadas. Se deberá analizar caso por caso y en profundidad la vinculación existente entre las empresas del grupo que participan en el mismo concurso, al objeto de detectar si se trata en realidad de varias proposiciones de un mismo licitador.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su informe 2/2017, de 1 de marzo, concluye “1. El criterio para determinar el respeto de la prohibición de presentación de ofertas simultáneas establecida en el artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es la existencia de personalidades diferenciadas, de manera que, en principio, no vulnera dicha prohibición el hecho de participar en una licitación dos personas jurídicas diferentes, a pesar de la existencia de relaciones entre ambas. En todo caso, procede un análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto para apreciar, de las situaciones de hecho, las actuaciones y las vinculaciones o relaciones existentes entre diferentes empresas, si se ha presentado más de una oferta por la misma persona en fraude de ley, así como, en la medida de lo posible, confirmar la ausencia de prácticas contrarias a la libre competencia.

2. La adjudicación de un contrato a una empresa que hubiera tenido que ser excluida del procedimiento de licitación, por haber vulnerado la prohibición de presentación de ofertas simultáneas establecida en el artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, constituye una infracción esencial del procedimiento que comporta la nulidad de pleno derecho del contrato suscrito.”

Contando, polo tanto, tal entendemento con alicerces suficientes, como dicíamos, a recentísima Sentenza TXUE de 17 de maio de 2018, asunto C-531/16, aporta determinacións que este TACGal non pode obviar. O TXUE expresa dunha forma taxativa:

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que:



– ante la inexistencia de una disposición normativa expresa o un requisito específico en la licitación o en el pliego de condiciones que rigen las condiciones de adjudicación de un contrato público, los licitadores vinculados entre sí, que presenten ofertas separadas a un mismo procedimiento, no están obligados a comunicar, por propia iniciativa, sus vínculos al poder adjudicador;

– 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.”

Resaltamos que tal Sentenza cifra a inviabilidade de adxudicar aos licitadores que participaron nesta práctica no artigo 2 da Directiva, nese caso a Directiva 2004/18, isto é nos propios principios da contratación pública.

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).

Polo tanto, visto o presente estado da cuestión, 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.

Efectivamente, á vista do marco transcrito deben ser entón analizados os elementos do caso que nos ocupa, sendo pacífico a dificultade da análise de determinar se houbo actuacións dese cariz, o cal non pode facer que obviemos, evidentemente, a necesidade de abordalo.

Sobre o nivel de proba a Sentenza TXUE de 17 de maio de 2018, asunto C-531/16, tamén determina como debe facerse esa análise, con referencia a 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).”

Entrando xa na valoración dos indicios, sabemos que existen datos que, por si sós, non poden implicar a existencia destas prácticas prohibidas.

Por exemplo, non o pode ser exclusivamente *“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”* (Sentencia TXUE, de 19 de maio de 2009 (C-538/07), ou como recolle a Sentenza TXUE 8 de maio de 2018, asunto c-144/17, *“no (se) permite excluir a dos sindicatos de Lloyd’s de la participación en un mismo procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios de seguros por el único motivo de que sus respectivas ofertas han sido firmadas por el representante general de Lloyd’s para ese Estado miembro”*, aínda que xa engade esta que iso é cando opera como “único motivo” pois aclara que *“sí permite su exclusión si resulta, sobre la base de elementos irrefutables, que sus ofertas no han sido formuladas de manera independiente”*.

Pois ben, no presente caso o primeiro que observamos, como xa fixera o Concello, é que tanto a Federación como TOP RESCUE actúan na licitación coa mesma representante e actuante. É o primeiro dato, pero, en modo ningún, único.

Neste sentido, tamén a oferta económica foi asinada por tal mesma representante. Pero aquí o relevante non é só iso, senón que esa oferta en ambos casos é un só folio cos datos económicos da proposición, polo que se en tal folio aparece a sinatura desa común representante, dificilmente cabe pensar que non era coñecedora de ambas.

Non estamos entón ante a aparición de tales elementos de forma illada. Pero aínda existen máis indicios cara a que as ofertas non eran independentes.

Por exemplo, se pasamos á oferta técnica de FESSGA e TOP RESCUE, observamos que son exactamente o mesmo número de páxinas, e a letra se nos aparece como tamén coincidente. Tamén a estrutura do documento é practicamente igual, con múltiples parágrafos con textos de explicación idénticos ou practicamente.

Como recollía a xustificación do Concello para remitir o expediente á Comisión Galega da Competencia: *“Las coincidencias expuestas en ambos licitadores plantean la duda a quien suscribe de si se vulnera el art. 145.2, ya que parece probable que las proposiciones fueran conocidas por ambas licitadoras, y si nos podemos hallar en un supuesto de acuerdo entre empresas destinado a alterar la competencia”*.

Destacamos que a “Guía sobre contratación pública y Competencia” da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC) ofrece 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...”*

Vemos como esta Guía aporta, como dato significativo, que existan ate os mesmos erros na documentación. Tamén aparece no noso caso. Por citar algún exemplo, e sen ánimo exhaustivo, na oferta económica da Federación ao falar do protocolo de actuación na Praia de San Amaro, ten un erro de expresión, pois recolle *“En caso mucha afluencia en el agua...”*, en vez de *“En caso de mucha afluencia en el agua...”*. Pois ben, este mesmo erro aparece na oferta de TOP RESCUE, cando fala do mesmo, do protocolo de actuación na Praia de San Amaro.

Existen todavía máis indicios:

- i) a sede aportada para ambas entidades é a mesma,



ii) para ambas é o mesmo non só o teléfono móbil, senón tamén o teléfono fixo – na relación de licitadores remitida no expediente deste recurso, tamén coincide o fax- ,

iii) os diferentes escritos presentados ao longo da licitación (por exemplo, para presentar a documentación requirida cando o Concello apreciou indicios de ofertas non independentes ou de alegacións sobre escrito de MOVE) se asinan por esa mesma persoa, representante á vez de ambas, sen mostra da intervención de ningún órgano colexiado das diferentes entidades.

Sobre este último aspecto, en realidade, no caso de TOP RESCUE estamos perante unha sociedade unipersoal con administradora única (nas súas alegacións na vía administrativa recoñece que *“en mi empresa soy la única persona que dirige y toma decisiones”*), e no tocante á Federación, nos diversos trámites de alegacións, sexa no propio procedemento ou neste recurso especial, non se aportou documental que faga determinar que houbo intervención de órganos colexiados. De todas formas, fronte á referencia nas alegacións de TOP RESCUE e da Federación, nos escritos presentados, de que na Federación hai unha Asemblea, xunto ao que acabamos de recoller de que non se nos aparece que intervira, observamos que na documentación administrativa de FESSGA presentada a esta licitación, a que a asina, a presidenta, declara posuír poder de representación suficiente para concorrer á licitación, e no artigo 39 do Estatutos aportados neste procedemento aparece a súa competencia para a sinatura de contratos.

Por outro lado, e en base ao principio de facilidade da proba, non se rebaten alegacións do recorrente, como que TOP RESCUE non ten traballadores por exemplo. Neste eido dos indicios, é de interese observar que TOP RESCUE na documentación administrativa, cando alude á solvencia, recolle: *“asimismo declaro que, de conformidad con....acreditaré a través de medios externos (según el artículo 63 TRLCSP) la solvencia técnica para optar al presente contrato.”* Tampouco se rebaten outras afirmacións que presentou MOVE no propio procedemento, como que non se atopaba web de TOP RESCUE.

Un dato moi relevante é que, segundo o expediente remitido, non é só que as ofertas son asinadas pola mesma persoa, coas coincidencias antes mencionadas, senón que podemos observar que foron presentadas á vez. Efectivamente, no certificado remitido no expediente consta que a proposición da Federación foi presentada o 5.2.2018 ás 12:29 e a de TOP RESCUE S.L., o mesmo día ás 12:33.

Precisamente 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”*

Polo tanto, non falamos dun só indicio, senón de múltiples, e moitos deles xa recoñecidos como moi relevantes para a cuestión que nos toca dilucidar.

Como apuntamento final debemos traer o dato de que a adxudicación cara a TOP RESCUE – inicialmente só segunda clasificada- derivou, en última instancia, de que FESSGA renunciara a seguir na licitación, outra vez a través de escrito con documento asinado exclusivamente por quen, a súa vez, é a representante, fundadora e socia única da sociedade unipersoal TOP RESCUE. Esa renuncia e retirada non é en calquera momento, senón cando xa se acordara a clasificación da ofertas, pois FESSGA solicita se lle teña por retirada a oferta no período onde se lle require a documentación do artigo 151.2 TRLCSP. Tras esa retirada, TOP RESCUE aparece entón como adxudicataria, a consecuencia dunha actuación de FESSGA (asinada por esa común interviniente) que obxectivamente mellorou, de forma determinante, a posición desa empresa nesta licitación.

Sendo o anterior relevante de por si, as razóns dadas naquel escrito para xustificar a renuncia, como son que se descoñece o Convenio de aplicación para a Federación cando estamos nun contrato onde os custes laborais son moi relevantes para a formulación da oferta, non operan, precisamente, como un cualificado indicio en contra.

Polo tanto, a conclusión á que ten que chegar este TACGal, con estes indicios, é que as referidas ofertas, da Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia e de TOP RESCUE S.L, 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 parcial do recurso, decretándose a anulación da adxudicación recaída, por non poder recaer en ningunha daquelas ofertas, 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, con desestimación do resto de pretensións.

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

1.- **Estimar parcialmente** o recurso interposto por MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L contra a adxudicación do contrato de servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias da Coruña, do Concello da Coruña, expediente As-109/2017, decretándose a súa anulación, cos efectos mencionados no derradeiro dos fundamentos xurídicos.

2. Levantar a suspensión automática prevista no artigo 53 LCSP.

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.