

Recurso nº 34/2018

Resolución nº 28/2018

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

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.L.G.M. actuando en nombre y representación de MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L contra la adjudicación del contrato de servicio de salvamento, socorrismo, vigilancia, primeros auxilios y transporte sanitario por carretera en las playas de A Coruña, del Ayuntamiento de A Coruña, expediente AS-109/2017, 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.- Por el Ayuntamiento de A Coruña se convocó la licitación del contrato de servicio de salvamento, socorrismo, vigilancia, primeros auxilios y transporte sanitario por carretera en las playas de A Coruña, con un valor estimado declarado de 718.397,93 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Sede Electrónica del Ayuntamiento, en el DOUE el 29.12.2017, en el BOP y BOE el 8.1.2018, y en el DOG el 23.1.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- La Junta Local del Ayuntamiento de A Coruña, en sesión extraordinaria de 23.5.2018, adjudicó el contrato a TOP RESCUE S.L (TOP RESCUE en adelante), siendo la recurrente, la segunda mejor clasificada. Este acuerdo de adjudicación fue notificado a la impugnante el 24.5.2018.

Cuarto.- En fecha 6.6.2018 MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L (MOVE en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación en el Ayuntamiento. El 6.6.2018, a las 14:37 se recibe en el TACGal tal recurso y el expediente administrativo, pero sin el informe municipal.

Quinto.- Con fecha 7.6.2018 se reclamó el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), el cual fue recibido en este Tribunal el día 8.6.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 7.6.2018, recibándose alegatos de TOP RESCUE S.L.

Séptimo.- Dado que, como veremos, constaba en el expediente que el Ayuntamiento había enviado el expediente a la Comisión Gallega de la Competencia, este Tribunal solicitó de la misma que le remitiera información relativa a las actuaciones que hubiera podido haber efectuado en relación a la citada comunicación del órgano de contratación, por entenderlo de interés. La Comisión responde que después de un primer análisis de los hechos se aprecia la posible existencia de una potencial práctica anticompetitiva, por lo que procederá conforme el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Con el fin de adoptar la posición más garantista, el TACGal dio traslado de esa respuesta a los participantes en el recurso, para alegaciones al respecto.

Se recibieron alegaciones del Ayuntamiento, remitiéndose a los informes, actas y resoluciones del expediente. También de TOP RESCUE que siguen la línea de lo dicho en las alegaciones citadas en el apartado anterior y, a través de escrito de su presidenta, de la FESSGA, donde alude a que la mera coincidencia entre su presidenta y administradora de TOP RESCUE no implica que sean empresas vinculadas, y que quien ejerce la presidencia solo ejecuta las decisiones de la Asamblea.

Octavo.- El 13.06.2018 el TACGal resuelve mantener la suspensión automática del artículo 53 LCSP.

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.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP 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 contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Impugna la adjudicación el segundo mejor clasificado, con legitimación entonces al amparo del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Al amparo de las fechas antes descritas, el recurso fue presentado en plazo.

Quinto.- Estamos en presencia de un contrato de servicio, con un valor estimado de 718.397,93 euros, por lo que es admisible este recurso al amparo del art. 44.1.1a) y 2.c) LCSP.

La Disposición Transitoria Primera.4 de la vigente LCSP señala que:

“En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se podrá interponer el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de impugnación en esta vía, siempre que se dictaran con posterioridad a su entrada en vigor.”

Este TACGal interpreta que dado que la expresión literal de la Disposición Transitoria remite con claridad al artículo 44, son susceptibles de impugnación todos los actos y decisiones enumerados en el art.44.2 que fueran dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP y referidos a los contratos y cuantías recogidas sen el art. 44.1 LCSP, por lo que el recurso, como expresamos, es admisible.

Sexto.- La recurrente, en su escrito del recurso alega que procedía la exclusión de la Federación de Salvamento y Socorrismo de Galicia (FESSGA, en adelante) y de TOP RESCUE, por prácticas colusorias en base al artículo 132 LCSP y principios de la contratación pública.

Para sostener tal afirmación recoge: que la Federación es una entidad sin ánimo de lucro, que el proyecto técnico de ambas entidades está redactado y firmado por la misma persona y su tenor literal y contenido es idéntico, salvo algunas supresiones o adiciones, que la sede social de ambas es la misma y que la administradora de TOP RESCUE es la misma persona que ostenta el cargo de presidenta de la FESSGA.

Añade que tal persona coincidente constituyó TOP RESCUE, como sociedad limitada unipersonal, en la que es administradora y socia única con el capital mínimo de 3.100 €, que no consta que tengan empleados, ni que haya prestado servicio alguno desde su constitución, y que de prestarlos sería a través de la Federación, y concluye que la entidad TOP RESCUE carece de solvencia para ser adjudicataria como resolvió el Ayuntamiento.

Aporta, asimismo, en su 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...”*

También alude en su escrito a que quien firma el pliego técnico y fue nombrado por el Ayuntamiento responsable del servicio que nos ocupa, mantiene una especial vinculación con FESSGA.

Respecto de las valoraciones, aporta que el acta técnica y motivación del presente procedimiento es prácticamente idéntica que la del año 2016 y también señala lo que para el recurrente son una serie de irregularidades y falta de rigor. Recoge que si bien es cierto que las ofertas económicas de la FESSGA y TOP RESCUE fueron superiores a los costes mínimos del servicio, habría que tener en cuenta los costes asociados a los avances ofertados y, por todo lo expuesto, defiende la insuficiencia de la oferta económica presentada por ambas empresas para hacerse cargo de las dos partidas principales y esenciales del servicio, como son los gastos derivados de la contratación de personal y el servicio de ambulancia. Defiende que existe un convenio específico de aplicación y, por lo tanto, unas normas laborales y

salariales a acatar por cualquiera de las posibles entidades licitadoras en el procedimiento y consecuentemente por la adjudicataria del servicio.

Su suplico es que se declare la exclusión de FESSGA y TOP RESCUE, y se le adjudique el contrato a MOVE, y subsidiariamente, la retroacción del procedimiento, con referencia a ser indemnizado.

Séptimo.- El Ayuntamiento, en su informe, se remite a los informes y decisiones adoptadas durante la tramitación del procedimiento.

Recoge también que la apreciación de bajas desproporcionadas se realizó de conformidad con lo previsto en el artículo 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares, resultando la baja media del 1% en este procedimiento.

A mayores añade informe sobre la valoración de las ofertas y escrito rechazando la vinculación con la Federación del firmante del pliego y responsable del servicio.

Octavo.- TOP RESCUE esgrime en sus alegaciones que el hecho de ser, a la vez, administradora única de esta empresa y presidenta de la Federación, cuyo órgano superior de gobierno y representación es la Asamblea, no determina una afectación a la competencia. Sostiene que los proyectos son distintos, y que debe ser el Consejo Gallego de la Competencia quien deba analizar si hubo alguna práctica colusoria.

Expresa que la solvencia fue acreditada según lo permitido por el PCAP y art. 75.1 TRLCSP, rechaza que hubiera existido especial vinculación de la FESSGA con un empleado del Ayuntamiento, defiende la valoración efectuada de su oferta y niega la posible baja anormal o desproporcionada.

Noveno.- Debemos comenzar por la afirmación de la recurrente de que tanto FESSGA y TOP RESCUE debían ser excluidas por prácticas contrarias a la libre competencia.

Son varias las cuestiones a comentar de inicio.

La primera de ellas es que el recurso cifra el precepto infringido, más allá de los principios de la contratación, en el artículo 132 LCSP, esto es de la Ley 9/2017, cuando la presente licitación está sometida al TRLCSP, por aplicación de la D.T primera, que recoge tal mandato:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior. Para estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación fueron iniciados si se publicó la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.”

Por lo tanto, una vez situados en el TRLCSP debemos hacer unas referencias, sean resumidas, a las principales notas del estado de la cuestión respecto del régimen jurídico de una licitación sometida a tal cuerpo normativo.

Ante todo, que la mención más directa que existe en el TRLCSP sobre posibles prácticas de falseamiento de la competencia, la encontramos en la Disposición adicional vigésimo tercera, que recoge (precepto no 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.”

Esto también tiene su plasmación en la Ley 14/2013, del 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, para este sector público, en el sentido de comunicar a la Comisión Gallega de la Competencia *“cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, 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”* (art. 23.3).

Si pasamos a analizar lo sucedido en este procedimiento, el Ayuntamiento, a la vista de datos que podían suscitar la existencia de una práctica colusoria (identidad de apoderado, dirección...), lo que hizo fue a solicitar más documentación a TOP RESCUE y a la Federación, como Estatutos o escrituras..

La Jefa de Servicio de contratación hace entonces un informe donde 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 mayores, propone remitir el expediente a la Comisión Gallega de la Competencia a los efectos de la 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”*

También se presentaron alegaciones por MOVE para solicitar la exclusión de la Federación y de TOP RESCUE, sobre las que luego presentaron escritos FESSGA y TOP RESCUE, siempre firmados por la misma persona.

La Mesa de contratación asume el informe antes transcrito, de forma que el órgano de contratación da traslado del expediente a la autoridad gallega de la competencia, por resolución del 4.5.2018.

Vista esta remisión, este TACGal, antes de resolver el recurso, solicitó de la Comisión Gallega de la Competencia que le remitiera información relativa a las actuaciones que pudiera haber efectuado en relación a la citada comunicación del órgano de contratación, por entenderlo de interés. Como expresamos, la Comisión respondió que *“después de un primer análisis de los hechos se aprecia la posible existencia de una potencial práctica anticompetitiva”*, expresando la Comisión que procederá conforme el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

Evidentemente, este recurso especial no puede quedar sen resolver, ni sin analizar si las ofertas en tela de juicio realmente operaron en esta licitación como autónomas e independientes, sin perjuicio del que ulteriormente, en base a sus competencias y normativa, resuelva la autoridad de la competencia, como bien explica la Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, del 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.- La primera conclusión de lo ya visto es que el Ayuntamiento ajustó su actuación tramitacional a lo dispuesto en la D.A. 23 TRLCSP.

A mayores, el artículo 145 TRLCSP recoge:

“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 estos efectos, el 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, dispone:

“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 concurren 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 concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.”

Por lo tanto, en una primera aproximación a la cuestión observamos que la Administración contratante realizó, tramitacionalmente, las actuaciones recogidas en el TRLCSP.

Tampoco cabe desatender que su actuación siguió también lo mencionado en algún informe de Juntas Consultivas. Por ejemplo, el Informe 35/2012, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, referido a un contrato de obras, o Informe 5/2013, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, que aludían a que en estos casos procede la aplicación del régimen de bajas desproporcionadas previsto reglamentariamente para estos supuestos y, en su caso, ponerlo en conocimiento de la autoridad de la competencia.

Ahora bien, este TACGal estima que el estado de la cuestión no es ya tan limitado, más tras las últimas Sentencias del TJUE, como es la recentísima Sentencia de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16, cuyas consideraciones deben formar parte del acervo para solventar este tipo de cuestiones.

Antes de entrar en su análisis, debemos citar como antecedentes pronunciamientos donde ya se abría paso a la posibilidad de excluir ofertas de

observarse prácticas colusorias, principalmente, sacando consecuencias del mandato tan cualificado del artículo 145.3 TRLCSP sobre que *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición...”* y que *“La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*.

Así, es de interés la reciente Resolución 74/2018, de 14 de marzo de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid donde, en base a tal precepto, y con soporte a mayores del artículo 6.4 Código Civil, de la Sentencia 709/2007, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, o de la Resolución 950/2015 TACRC, determina la exclusión de esas ofertas que se entendió que no operaron de forma independiente. También cita Informes de Juntas Consultivas más actuales.

Esa Resolución, previa a la Sentencia TJUE de 17.5.2018, ya citaba como soportes de esta postura, junto a los 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 respecto 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 respecto 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, por lo tanto, tal entendimiento con pilares suficientes, como decíamos, la recientísima Sentencia TJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16, aporta determinaciones que este TACGal no puede obviar. El TJUE expresa de una 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 Sentencia cifra la inviabilidad de adjudicar a los licitadores que participaron en esta práctica en el artículo 2 de la Directiva, en ese caso la Directiva 2004/18, esto es en los propios principios de la contratación pública.

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).

Por lo tanto, visto el presente estado de la cuestión, procede que analicemos si existen los elementos para entender que las ofertas no eran independientes y autónomas, de forma que hubieran podido ser o no adjudicatarias las entidades que las presentaron.

Efectivamente, a la vista del marco transcrito deben ser entonces analizados los elementos del caso que nos ocupa, siendo pacífico la dificultad del análisis de determinar si hubo actuaciones de ese cariz, el cual no puede hacer que obviemos, evidentemente, la necesidad de abordarlo.

Sobre el nivel de prueba a Sentencia TJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16, también determina cómo debe hacerse ese análisis, con referencia a 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 en el 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 en el suelo 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, IU:C:2016:42, apartado 37).”

Entrando ya en la valoración de los indicios, sabemos que existen datos que, por sí solos, no pueden implicar la existencia de estas prácticas prohibidas.

Por ejemplo, no lo puede 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 TJUE, de 19 de mayo de 2009 (C-538/07), o como recoge la Sentencia TJUE 8 de mayo 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”*, aunque ya añade esta que eso es cuando opera como “único motivo” pero aclara que *“sí permite su exclusión si resulta, sobre la base de elementos irrefutables, que sus ofertas no han sido formuladas de manera independiente”*.

Pues bien, en el presente caso lo primero que observamos, como ya había hecho el Ayuntamiento, es que tanto la Federación como TOP RESCUE actúan en la licitación con la misma representante y actuante. Es el primer dato, pero, en modo alguno, único.

En este sentido, también la oferta económica fue firmada por tal misma representante. Pero aquí lo relevante no es solo eso, sino que esa oferta en ambos casos es un solo folio con los datos económicos de la proposición, por lo que si en tal folio aparece la firma de esa común representante, difícilmente cabe pensar que no era concedora de ambas.

No estamos entonces ante la aparición de tales elementos de forma aislada. Pero aún existen más indicios cara a que las ofertas no eran independientes.

Por ejemplo, si pasamos a la oferta técnica de FESSGA y TOP RESCUE, observamos que son exactamente el mismo número de páginas, y la letra se nos aparece como también coincidente. También la estructura del documento es prácticamente igual, con múltiples párrafos con textos de explicación idénticos o prácticamente.

Como recogía la justificación del Ayuntamiento para remitir el expediente a la Comisión Gallega de la 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 la “Guía sobre contratación pública y Competencia” de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) ofrece como ejemplos 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 cómo esta Guía aporta, como dato significativo, que existan hasta los mismos errores en la documentación. También aparece en nuestro caso. Por citar algún ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, en la oferta económica de la Federación al hablar del protocolo de actuación en la Playa de San Amaro, tiene un error de expresión, pues recoge *“En caso mucha afluencia en el agua...”*, en vez de “En caso

de mucha afluencia en el agua...”. Pues bien, este mismo error aparece en la oferta de TOP RESCUE, cuando habla de lo mismo, del protocolo de actuación en la Playa de Sano Amaro.

Existen todavía más indicios:

- i) la sede aportada para ambas entidades es la misma,
- ii) para ambas es el mismo no sólo el teléfono móvil, sino también el teléfono fijo – en la relación de licitadores remitida en el expediente de este recurso, también coincide el fax- ,
- iii) los diferentes escritos presentados a lo largo de la licitación (por ejemplo, para presentar la documentación requerida cuando el Ayuntamiento apreció indicios de ofertas no independientes o de alegaciones sobre escrito de MOVE) se firman por esa misma persona, representante a la vez de ambas, sin muestra de la intervención de ningún órgano colegiado de las diferentes entidades.

Sobre este último aspecto, en realidad, en el caso de TOP RESCUE estamos ante una sociedad unipersonal con administradora única (en sus alegaciones en la vía administrativa reconoce que *“en mi empresa soy la única persona que dirige y toma decisiones”*), y en lo referido a la Federación, en los diversos trámites de alegaciones, sea en el propio procedimiento o en este recurso especial, no se aportó documental que haga determinar que hubo intervención de órganos colegiados. De todas formas, frente a la referencia en las alegaciones de TOP RESCUE y de la Federación, en los escritos presentados, de que en la Federación hay una Asamblea, junto a lo que acabamos de recoger de que no se nos aparece que interviniera, observamos que en la documentación administrativa de FESSGA presentada a esta licitación, la que la firma, la presidenta, declara poseer poder de representación suficiente para concurrir a la licitación, y en el artículo 39 de los Estatutos aportados en este procedimiento aparece su competencia para la firma de contratos.

Por otro lado, y en base al principio de facilidad de la prueba, no se rebaten alegatos del recurrente, como que TOP RESCUE no tiene trabajadores por ejemplo. En este campo de los indicios, es de interés observar que TOP RESCUE en la documentación administrativa, cuando alude a la solvencia, recoge: *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).” Tampoco se rebaten otras afirmaciones que presentó MOVE en el propio procedimiento, como que no se encontraba web de TOP RESCUE.

Un dato muy relevante es que, según el expediente remitido, no es sólo que las ofertas son firmadas por la misma persona, con las con coincidencias antes mencionadas, sino que podemos observar que fueron presentadas a la vez. Efectivamente, en el certificado remitido en el expediente consta que la proposición de la Federación fue presentada el 5.2.2018 a las 12:29 y la de TOP RESCUE S.L., el mismo día a las 12:33. Precisamente 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”*

Por lo tanto, no hablamos de un sólo indicio, sino de múltiples, y muchos de ellos ya reconocidos como muy relevantes para la cuestión que nos toca dilucidar.

Como nota final debemos traer el dato de que la adjudicación hacia TOP RESCUE – inicialmente solo segunda clasificada- derivó, en última instancia, de que FESSGA había renunciado a seguir en la licitación, otra vez a través de escrito con documento firmado exclusivamente por quien, a su vez, es la representante, fundadora y socia única de la sociedad unipersonal TOP RESCUE. Esa renuncia y retirada no es en cualquier momento, sino cuando ya se había acordado la clasificación de la ofertas, pues FESSGA solicita se le tenga por retirada la oferta en el período donde se le requiere la documentación del artículo 151.2 TRLCSP. Tras esa retirada, TOP RESCUE aparece entonces como adjudicataria, por consecuencia de una actuación de FESSGA (firmada por esa común interviniente) que objetivamente mejoró, de forma determinante, la posición de esa empresa en esta licitación.

Siendo lo anterior relevante de por sí, las razones dadas en aquel escrito para justificar la renuncia, como son que se desconoce el Convenio de aplicación para la Federación cuando estamos en un contrato donde los costes laborales son muy relevantes para la formulación de la oferta, no operan, precisamente, como un cualificado indicio en contra.

Por lo tanto, la conclusión a la que tiene que llegar este TACGal, con estos indicios, es que las referidas ofertas, de la Federación de Salvamento y Socorrismo de Galicia y de TOP RESCUE S.L, no operaron en esta concreta licitación como

autónomas e independentes, 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 parcial del recurso, decretándose la anulación de la adjudicación recaída, por no poder recaer en ninguna de aquellas ofertas, 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, con desestimación del resto de pretensiones.

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

1.- **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L contra la adjudicación del contrato de servicio de salvamento, socorrismo, vigilancia, primeros auxilios y transporte sanitario por carretera en las playas de A Coruña, del Ayuntamiento de A Coruña, expediente AS-109/2017, decretándose su anulación, con los efectos mencionados en el último de los fundamentos jurídicos.

2. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 LCSP.

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.