

Resolución 3/2019 – Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias de A Coruña

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente

D. Daniel Neira Barral, vogal

En Santiago de Compostela a 27 de xuño de 2019

A Comisión Galega da Competencia (CGC), coa composición arriba indicada e sendo relator D. Francisco Hernández Rodríguez, ditou a seguinte resolución no expediente S 11/2018 “Licitación servizo de salvamento e socorrismo nas praias de A Coruña” que trae causa dunha comunicación remitida a esta Comisión polo Concello de A Coruña, ao abeiro da Disposición Adicional Vixésimo Terceira do Real Decreto Legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP), relativa a un expediente de licitación pública tramitado en dito Concello de A Coruña, ante a posible existencia de indicios de práctica colusoria na licitación correspondente ao expediente de contratación identificado como AS-109/2017 “servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña”.

ANTECEDENTES DE FEITO

1.- Con data 11.06.2018 recibíuse na Comisión Galega da Competencia (CGC), integrada no Instituto Galego de Consumo e da Competencia (IGCC) unha comunicación remitida polo Concello de A Coruña, ao abeiro da Disposición adicional vixésimo terceira do Real Decreto Legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP), relativa a un expediente de licitación pública tramitado



en dito Concello de A Coruña, ante a posible existencia de indicios de práctica colusoria na licitación correspondente ao expediente de contratación identificado como AS-109/2017 “Servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña”.

2.- O 11 de xuño de 2018, o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal) dirixiuse á Comisión Galega da Competencia para solicitar información relacionada co recurso especial en materia de contratación número 34/2018 que estaba a tramitar o citado Tribunal e que se interpuxo pola mercantil Move Servicios de Ocio y Deporte, SL contra a adxudicación do contrato feita polo Concello de A Coruña do servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña.

3.- O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal) ditou resolución o 15 de xuño de 2018 no recurso especial en materia de contratación 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 Coruña, expediente AS-109/2017. Mediante esta resolución, o citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia decretou a anulación da adxudicación do contrato respecto das denunciadas.

4.- En cumprimento do trámite de asignación do órgano competente, previsto na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia (en adiante, “Lei 1/2002”), o 18 de xuño de 2018, asignouse o caso á Comisión Galega da Competencia ao considerarse que na práctica denunciada concurrían as condicións previstas no artigo 1, parágrafo terceiro, da Lei 1/2002, para atribuír o seu coñecemento á Comisión Galega da Competencia, atendendo a que os posibles efectos da práctica denunciada circunscribíranse, caso de acreditarse a existencia de conduta prohibida, exclusivamente ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia.

5.- Trala información reservada desenvolvida como consecuencia dos feitos reseñados, o 25 de xuño do 2018 a subdirección de investigación acordou incoar un expediente sancionador, contra a empresa Top Rescue, SL e a Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA), ante a existencia de indicios racionais dunha posible conduta prohibida pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), de acordo co disposto no artigo 49.1 da propia Lei 15/2007 e co artigo 28 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o seu regulamento (RLDC), en exercicio das atribucións que lle confire o artigo



36 dos Estatutos do IIGCC, recollidos no Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos (Decreto 118/2016).

6.- Con data 14.9.2018 a Subdirección de Investigación acordou ampliar a incoación do presente expediente sancionador, incorporando ao mesmo, na condición de investigada, a D^a Nuria Rodríguez Suárez, con DNI número 34897935-N, na que concorre a condición de presidenta da FESSGA, en cuxa representación se presentou á licitación controvertida, e a de administradora única e socia única de Top Rescue, SL, en aplicación do disposto no artigo 63.2 LDC.

7.- O 23 de novembro de 2018 a Subdirección de Investigación aprobou o prego de concreción de feitos (PCF), que se notificou aos interesados na mesma data.

8.- En data 17 de decembro de 2018, Top Rescue, SL e a FESSGA presentaron alegacións ao prego de concreción de feitos mediante seus respectivos escritos, asinados por D^a Nuria Rodríguez Suárez, en nome e representación das dúas entidades.

O 14 de xuño do 2019, a subdirección de investigación da Comisión Galega da Competencia remitiu ao Pleno de este organismo o seu informe final de instrución e proposta de resolución.

FEITOS PROBADOS

1.- As partes

1.1. Entidade denunciante

A entidade denunciante foi o Concello de A Coruña, pois, esta Comisión Galega da Competencia tivo coñecemento dos feitos que deron orixe ao presente expediente sancionador en virtude da comunicación realizada polo dito Concello da Coruña, relativa á licitación do servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias da Coruña, ao amparo da disposición adicional vixésima terceira do Real decreto legislativo 2/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).

1.2. Entidades denunciadas

As entidades e persoas denunciadas son as seguintes:



Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA)

A FESSGA pertence a unha das cinco categorías de asociacións deportivas que desde po ámbito estatal se regulan na Lei 10/1990, do 15 de outubro, do Deporte (Clubes , Federacións deportivas, Ligas profesionais, Agrupacións de clubs e Entes de Promoción Deportiva), aínda que que a orixe das federacións deportivas e anterior á citada Lei do deporte e á Lei 3/2012, de 2 de abril, do deporte de Galicia.

Aos efectos do presente expediente sancionador compre destacar só o feito de que a FESSGA ten a consideración de empresa, aos efectos da aplicación da normativa da competencia. O simple feito de que se presentase a unha licitación pública ofrecendo os seus servizos a cambio dun prezo, en concorrencia con operadores privados é suficiente para considerala como un operador económico a efectos da aplicación da Lei de defensa da competencia

Top Rescue, SL

Respecto da empresa Top Rescue, SL, CIF B70481908, trátase dunha sociedade de responsabilidade limitada constituída na Coruña o 22 de marzo de 2016 ante o notario do Ilustre Colexio Notarial de Galicia Francisco-Manuel López Sánchez. Na escritura de constitución faise constar que se trata dunha sociedade de capital unipersonal fundada por Nuria Rodríguez Suárez, única socia e administradora única

Dona Nuria Rodríguez Suárez

Dona Nuria Rodríguez Suárez, con DNI número 34897935-N, é a presidenta da FESSGA, en cuxa representación se presentou á licitación controvertida, e administradora única e propietaria de todas as participacións sociais de Top Rescue, SL, entidade xurídica que tamén se presentou á licitación na que aconteceron os feitos que deron orixe ao presente expediente.

1.3. Interesados no procedemento.

Concello da Coruña

O Concello de A Coruña, é unha administración pública territorial, correspondente á localidade de A Coruña. Na súa condición e en exercicio das súas competencia tramitou o expediente de contratación identificado como AS-109/2017 “servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña”.



Dirección de Competencia da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC)

A Lei 3/2013, de 4 de xuño, de creación da CNMC estipula no artigo 25.1. a) que a Dirección de Competencia exercerá as funcións de instrución dos expedientes tramitados por condutas anticompetitivas. Consonte ao anterior, é parte interesada neste procedemento a Dirección de Competencia da CNMC. A CNMC, de acordo co disposto nos artigos 1 e 2 da LCNMC, é unha entidade de Dereito público con personalidade xurídica propia e plena capacidade pública e privada, actualmente adscrita ao Ministerio de Economía e Competitividade, que "ten por obxecto garantir, preservar e promover o correcto funcionamento, a transparencia e a existencia dunha competencia efectiva en todos os mercados e sectores produtivos, en beneficio dos consumidores e usuarios ". Actuará no desenvolvemento da súa actividade e para o cumprimento dous seus fins con autonomía orgánica e funcional, plena independencia das Administracións Públicas, e sometemento a esta Leis e ao resto do ordenamento xurídico. A Lei 1/2002 establece no seu artigo 5.3 que, ao obxecto de procurar a aplicación uniforme da LDC, o Servizo de Defensa da Competencia (actualmente, Dirección de Competencia, da CNMC) poderá comparecer, en calidade de interesado, nos procedementos administrativos tramitados polos órganos de defensa da competencia das Comunidades Autónomas.

2.- Mercado relevante

Con carácter preliminar é preciso subliñar, como o fai a propia CNMC¹, nas súas resolucións en expedientes similares, que tratándose de infraccións do artigo 1 LDC ou deste mesmo precepto xunto co artigo 101 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), non é imprescindible realizar unha delimitación do mercado relevante para acreditar a infracción por canto non resulta un elemento necesario do tipo infractor.

A definición de mercado permite determinar o marco da competencia entre ás empresas. O seu principal obxectivo é ou de establecer de forma sistemática ás limitacións que afrontan ás empresas afectadas dende ou punto de vista da competencia. A noción de mercado tanto dende o punto de vista do produto como da súa dimensión xeográfica debe identificar a aqueles rivais que poden limitar o comportamento daquelas ou impedirles actuar con independencia de calquera presión produto dunha competencia efectiva. Dende esta

¹ Entre outras, Resolución da CNMC do 14 de marzo de 2019, no Expte. S/DC/0598/2016, ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS, páx. 282. Cfr. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2374994_7.pdf



perspectiva, a delimitación do mercado permite en particular calcular ás cotas de mercado, que achegan unha información significativa con respecto ao poder de mercado para a apreciación dunha posición de dominio. Por iso ten con frecuencia unha influencia decisiva na valoración dun caso de competencia².

Consonte ao disposto non apartado 9 da Comunicación 97/C372/03 "o mercado de referencia no marco do cal examínase unha cuestión de competencia determínase combinando ou mercado de produto e ou mercado xeográfico".

2.1. Mercado relevante de produto

Atendendo á clasificación establecida pola normativa vixente, a práctica investigada afecta ao mercado da prestación dos servizos de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada que é o delimitado polo propio obxecto da licitación pública na que se suscitaron as prácticas que motivaron a incoación do presente expediente sancionador: expediente de contratación identificado como AS-109/2017 "servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña".

Resulta evidente que cada un dos epígrafes, ou alo menos, algún deles, podería constituír un mercado propio (por exemplo ou do transporte sanitario) pero é a licitación conxunta de todos eles a que configura o obxecto do contrato e por ende, o mercado de produto, na medida en que cada un dos licitadores debe estar en condicións de prestar todos e cada un dos servizos que configuran o obxecto do contrato, que a tales efectos configuraríanse como mercados conexas entre si.

2.2. Mercado xeográfico

O mercado xeográfico é o correspondente ao delimitado polo propio expediente de contratación, relativo á servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada, nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña.

3.- A licitación realizada polo Concello de A Coruña relativa ó servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias da Coruña.

² Comunicación da Comisión sobre a definición do mercado de referencia (97/C 372/03), 2 e 4.



A licitación correspondente ao expediente de contratación identificado como AS-109/2017 “servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña” constitúe o marco no que se producen as supostas prácticas anticompetitivas. Os datos do contrato, segundo foron publicados no TED-Tenders Electronic Daily³ da Unión Europea aparecen recollidos no Prego de Concreción de feitos.

Na sesión que tivo lugar o 12 de abril do 2018, a Mesa de Contratación, antes de entrar no estudo do informe de valoración das ofertas económicas, apreciou a similitude das ofertas correspondentes á empresa Top Rescue e á Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA), no sentido de que tiñan o mesmo apoderado e a mesma dirección social, polo que requiriron a ambas entidades que declararon que non son empresas vinculadas para os efectos do art. 42 do Código de Comercio: as entidades achegaron a seguinte documentación:

Top Rescue, S.L.: sociedade constituída en escritura pública o 22 de marzo de 2016; figura como socia única e administradora Nuria Rodríguez Suárez. Domicilio social: rúa Gambrinus num. 151. Módulo 0, Nave 3.

Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA). Entidade de utilidade pública. Presentan un certificado no que consta como presidenta da Xunta directiva, Nuria Rodríguez Suárez. Domicilio social: rúa Gambrinus num. 151. Módulo 0, Nave 3.

D^a Nuria Rodríguez Suárez asinou as declaracións responsables correspondentes ás dúas licitadoras que en principio compiten entre elas e polo tanto non deberían ter información sobre a oferta que presentan as outras competidoras.

Tras a valoración e clasificación das ofertas a FESSGA, clasificada en primeiro lugar solicita se teña por retirada a súa oferta no período onde se lle require a documentación do artigo 151.2 TRLCSP. Esta renuncia, é realizada a través de escrito firmado exclusivamente por quen, a súa vez, e a representante, fundadora e socia única da sociedade unipersonal TOP RESCUE, que na súa condición de segunda clasificada, resulta finalmente gañadora da licitación e adxudicataria do contrato. A mesma persoa que asina a renuncia da FESSGA e a socia única e administradora da empresa que finalmente resulta elixida, co conseguinte beneficio para ela e prexuízo para o Concello que ten que pagar unha cantidade mais elevada que a que lle correspondería no caso de haber sido a FESSGA a adxudicataria do contrato.

³Cfr. https://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:402334-2018:TEXT:ES:HTML&WT.mc_id=RSS-Feed&WT.rss_f=Other+Services&WT.rss_a=402334-2018&WT.rss_ev=a



A Mesa de Contratación, en virtude do disposto na referida disposición adicional vixésima terceira do TRLCSP, decidiu, por unanimidade, propoñer ao órgano de contratación que comunicase á Comisión Galega da Competencia a posible existencia de prácticas colusorias entre ambas empresas. A continuación, o Concello de A Coruña remitiu o expediente á Comisión Galega da Competencia ó considerar que “As coincidencias expostas en ambos licitadores plantexan a dubida de si se vulnera o art. 145.2, xa que parece probable que as propostas foran coñecidas por ambas licitadoras, e nos podemos atopar nun suposto de acordo entre empresas destinado a alterar la competencia”.

O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal) ditou Resolución o 15 de xuño de 2018 no recurso especial en materia de contratación interposto por MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L contra a adxudicación do contrato de servicio de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias da Coruña, do Concello Coruña, expediente AS-109/2017. Mediante esta resolución, o citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia decretou a anulación da adxudicación do contrato respecto das denunciadas.

Entendeu o Tribunal que *“as 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 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 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.(...)”*

4.- Conclusións

Do prego de concreción de feitos realizado pola subdirección de investigación resultan acreditados os seguintes feitos:



PRIMEIRO: O Concello da Coruña convocou o expediente de contratación identificado como AS-109/2017 “servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña”.

SEGUNDO: A dito expediente de contratación concorreron, entre outros licitadores a Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA) e a empresa Top Rescue, SL. Ambas entidades son xuridicamente independentes entre elas e tal feito aseverouse neste expediente polas interesadas a requirimento do órgano de instrución.

TERCEIRO: A entidade que obtivo á máxima puntuación foi inicialmente a Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA) e a empresa Top Rescue, SL, a segunda.

CUARTO: A Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA) desistiu do contrato e a que resultaría adxudicataria sería a empresa Top Rescue, SL, que obtivera a segunda mellor puntuación.

QUINTO: Dona Nuria Rodríguez Suárez, con DNI número 34897935-N, é a presidenta da FESSGA e propietaria e administradora única de TOP RESCUE, SL. En calidade de representante de cada unha das entidades presentou as correspondentes ofertas á licitación controvertida. Así mesmo, tramitou o desistimento da FESSGA e a subseguinte atribución á empresa TOP RESCUE, SL, da condición de primeira seleccionada na licitación.

SEXTO: Que na súa dobre condición asinou as respostas aos requirimentos que desde esta Subdirección de Investigación se lle efectuaron tanto á FESSGA como a TOP RESCUE, SL.

SÉTIMO: O 6.6.2018, MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L (MOVE), que concorreu á licitación obxecto do presente expediente sancionador interpuxo recurso especial en materia de contratación no Concello de A Coruña. O 6.6.2018 o citado recurso foi recibido no Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Comunidade Autónoma de Galicia (TACG), que o 13.06.2018 acordou manter a suspensión automática, adoptada inicialmente polo Concello de A Coruña, ao abeiro do disposto no artigo 53 LCSP.

OITAVO.- No que atinxe aos indicios dunha posible colusión, o exame do propio expediente pon en evidencia que tanto a Federación como TOP RESCUE actúan na licitación coa mesma representante e actuante.

NOVENO. Así mesmo, o exame do expediente e dos datos achegados pola subdirección de investigación revela como feitos probados os seguintes:



- Que as ofertas económicas asináronse pola mesma representante. En ambos casos, a oferta presentouse nun único folio cos datos económicos da proposición. Que as ofertas técnicas de FESSGA e TOP RESCUE teñen exactamente o mesmo número de páxinas e tipo de letra.
- Que ambas ofertas foron presentadas practícamete a vez
- Que a estrutura do documento é, así mesmo, practicamente igual, con múltiples parágrafos con textos de explicación idénticos ou case idénticos.
- Que na oferta económica da Federación cando menciona o protocolo de actuación na Praia de San Amaro, apareza un erro de expresión, xa que se recolle: “En caso mucha afluencia en el agua...”, en vez de “En caso de mucha afluencia en el agua...”. O mesmo erro aparece na oferta de TOP RESCUE.
- Que a sede social das dúas entidades é a mesma.
- Que ambas as dúas entidades presentan nas súas respectivas documentacións como referencia o mesmo teléfono móbil, o mesmo teléfono fixo e o mesmo fax.
- Que os diferentes escritos presentados ao longo da licitación (e do presente expediente sancionador) están asinados pola mesma persoa, a representante legal das dúas entidades e ademais, administradora e propietaria única da mercantil Top Rescue, SL.
- Que, de acordo co expediente remitido, non é só que as ofertas foran asinadas pola mesma persoa, senón que se pode constatar que foron presentadas de xeito sucesivo. Pois no certificado remitido co expediente consta que a proposición da FESSGA presentouse o 5.2.2018 ás 12:29 e a oferta de TOP RESCUE S.L., presentouse na mesma data ás 12:33, tan só catro minutos despois.

DÉCIMO.- Con data 15 de xuño de 2018, o TACPG ditou resolución na que acordou:

“1.- Estimar parcialmente o recurso interposto por MOVE SERVICIOS DE OCIO Y DEPORTE S.L contra a adjudicación 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 último dos fundamentos xurídicos.

MARCO NORMATIVO

O presente expediente sancionador relativo á posible existencia dunha práctica colusoria da maior gravidade, como é un cártel, enmarcase non só na normativa de competencia, senón tamén na específica e propia da contratación administrativa, que se atopa suxeita de xeito moi intenso á normativa da Unión Europea, que por medio de diversas directivas trata de



harmonizar a regulación no mercado europeo. É preciso salientar que ambos ámbitos están intimamente entrelazados pois un dos obxectivos da regulación que se trata de harmonizar ten por obxecto específico o de preservar a libre competencia.

Esta vinculación entre libre competencia e contratación pública, que ven de lonxe, recóllese de xeito expreso e directo, entre outros, no artigo 132 da hoxe vixente Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, no que ao expoñer os Principios de igualdade, transparencia e libre competencia, manifesta no seu punto 3ª o seguinte:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de 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.”

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro: obxecto da resolución

O obxecto da presente resolución e determinar se produciuse unha colusión entre dous licitadores nun concurso público no que se licitaba o servizo de salvamento e socorrismo para as praias de A Coruña no ano 2018. Este tipo de colusión é un dos exemplos de cártel que se inclúen na definición que desta modalidade de conduta colusoria se menciona de xeito expreso na definición que dos mesmos se formula no punto 2º da Disposición adicional cuarta



da LDC ó referirse ás “colusións en licitacións”, que é, deste xeito, unha das condutas prohibidas polo artigo 1 LDC.

Segundo: A aplicación da normativa de defensa da competencia no ámbito da contratación pública: a prohibición dos acordos restritivos da competencia

A realización de prácticas anticompetitivas entre licitadores na contratación pública, especialmente a colusión e unha práctica que cada ano ten un elevado custe para as arcas públicas. A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia e organizacións supranacionais como a OCDE teñen posto de manifesto en diversos informes a necesidade de que as autoridades de competencia loiten para erradicar estas prácticas na medida do posible. Os acordos entre licitadores para repartirse concursos públicos constitúe unha das condutas típicas neste eido que é contraria ao artigo primeiro da Lei de defensa da competencia.

A normativa que regula a contratación pública reconece a necesidade de garantir a libre competencia entre as empresas que participan en licitacións para prover de bens ou prestar servizos á Administración. Así o reconece, entre outros, o artigo 1 da Lei de contratos do sector público (LCSP), cando establece que *“a presente Lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, a fin de garantir que a mesma se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria o control do gasto, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia de definición previa das necesidades para satisfacer, salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente mais vantaxosa”*.

A Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico dispón no seu artigo 23.3 (Artigo 23. Contratación transparente e que fomente a competencia) que *“3. Os órganos de contratación, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia e os órganos competentes para resolver o recurso especial referido no artigo 40 do texto refundido da Lei de contratos do sector público notificaranlle á Comisión Galega da Competencia calquera feito, do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións, que poida constituír infracción da lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán 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.”

No ámbito específico da defensa da competencia, o Artigo 1 da LDC (Conduñas colusorias) establece no seu parágrafo 1, que “1. Prohíbese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional [...]”. Este precepto complétase coa Disposición adicional cuarta da mesma LDC que, baixo a rúbrica “Definicións”, dispón, no seu parágrafo 2 que “A efectos do disposto nesta lei entendese por cártel todo acordo ou práctica concertada entre dous ou máis competidores cuxo obxectivo consista en coordinar o seu comportamento competitivo no mercado ou influír nos parámetros da competencia mediante prácticas tales como, entre outras, a fixación ou a coordinación de prezos de compra ou de venda ou outras condicións comerciais, incluso en relación cos dereitos da propiedade intelectual e industrial; a asignación de cotas de produción ou de venda; o reparto de mercados e clientes, incluídas as colusións en licitacións, as restricións das importacións ou exportacións ou as medidas contra outros competidores contrarias á competencia.”

Non se discute e así o teñen afirmado tanto os Tribunais de Xustiza, a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia e a propia Comisión Galega da Competencia que as normas de defensa da competencia resultan plenamente aplicables no ámbito da contratación pública. En consecuencia, calquera acordo entre empresas competidoras que teña como finalidade fixar algún comportamento ou estratexia común en relación con unha ou varias licitacións públicas constitúe un acordo restritivo da competencia prohibido polo artigo primeiro da Lei de defensa da Competencia.

Especialmente significativa en relación con este caso a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia 00470 / 2018, do 7 de novembro do 2018, na que se recorda que: “Y dado que en el caso presente la conducta sancionada se ha producido en el ámbito de la contratación pública, debe recordarse que, como declara el preámbulo de la nueva Ley 5/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares delde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, o a los potenciales competidores, a los fondos públicos y, en último término, a los ciudadanos y contribuyentes. Precisamente por ello, en la mencionada nueva normativa se introducen medidas dirigidas a reducir los riesgos



de colusión en los procedimientos de contratación pública, persiguiendo, entre otras, las pujas fraudulentas”

Terceiro.- A existencia de indicios que proban a existencia dun cártel

Como manifesta de xeito reiterado a CNMC⁴ cando examina casos de cartel a súa acreditación resulta complexa, xa que non sempre é posible contar coa proba material directa do concurso de vontades para coludir. Resulta especialmente aclaratorio e pertinente, como apunta a propia CNMC, acudir ao que manifesta ao respecto a xurisprudencia.

Así, como se recolle na Sentencia do Tribunal Xeral da Unión Europea (STXUE), do 12 de decembre de 2014, no asunto T-562/08, en relación cola calidade probatoria que corresponde exixir ás autoridades de competencia en materia de prácticas colusorias:

“Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada). Del principio de la libre aportación de la prueba resulta que, aun si la falta de pruebas documentales puede ser pertinente al apreciar globalmente el conjunto de indicios invocados por la Comisión, no tiene por sí sola la consecuencia de que la empresa afectada pueda impugnar las aseveraciones de la Comisión presentando una explicación alternativa de los hechos. Ello es así sólo cuando las pruebas presentadas por la Comisión

⁴ Resolución do 12 de xullo de 2018, Expte. S/DC/0569/15 BATERIAS AUTOMOCIÓN Cfr. https://www.cnmcc.es/sites/default/files/2107834_4.pdf (páxs. 57 e ss, en concreto, páx. 57).



no logran acreditar la existencia de la infracción de modo inequívoco y sin necesidad de interpretación (sentencia Hitachi y otros/Comisión, citada en el apartado 150 supra, apartado 65; véase también en ese sentido la sentencia del Tribunal de 12 de septiembre de 2007, Coats Holdings y Coats/Comisión, T-36/05, no publicada en la Recopilación, apartado 74)”. Como afirmó a CNMC5, o Tribunal faise cargo “de la dificultad que entraña para las autoridades de competencia la labor probatoria en este tipo de prácticas, por lo que reconoce una cierta suficiencia razonable a la hora de aportar los elementos de prueba que sirvan de base para la correspondiente sanción. De otra manera, difícilmente sería posible perseguir y sancionar este tipo de prácticas.”

Este é o mesmo criterio que ten consolidado o noso Tribunal Supremo cando axuíza, concretamente, resolucións ditadas por Autoridades de Competencia españolas. Podemos citar, coa CNMC6, a STS do 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) na que o Alto Tribunal afirma con rotundidade ao referirse a proba mediante presuncións, que “*hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibitiva, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda*”.

No mesmo sentido e moi recentemente, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, na sentenza 00470/2018, do 7 de novembro do 2018 afirma que “*Ahora bien, resultaría excesiva la exigencia de prueba directa para acreditar la práctica concertada entre distintas empresas de cara a alterar la adjudicación en la licitación pública de contratos, así como la participación de la recurrente e dicho concierto, pues al tratarse de una actividad ilegal, vulneradora del artículo 1.1a de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sería impensable la plasmación en un documento de aquel negocio en que se recogiese el concierto entre las empresas. Por tanto, es perfectamente válida la prueba indiciaria de cara a la demostración de dicha práctica ilegal, de modo que probados determinados hechos, que suelen ser constantes y habituales en este tipo de actuaciones, por enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se puede deducir el hecho consecuencia de aquella práctica concertada. Ello es así porque la dificultad de la prueba directa se ofrece como evidente tanto que no resulta fácil que muestre externamente y sin disimulo sus acciones quien realiza actividades que la legalidad no ampara. Aquella exigencia de prueba directa conduciría a la impunidad en la práctica de acciones como la ahora imputada*”.

⁵ Resolución S//DC/0569/15, citada, páx. 57 e ss.

⁶ Resolución S//DC/0569/15, citada, páx. 58.



No presente caso a pluralidade de indicios, que non son negados polas partes, é tan ampla e consistente que o razoamento que é posible extraer deles de xeito racional non pode ser outro que o de que as propostas presentadas polas denunciadas (FESSGA e TOP RESCUE) non so non foron independentes, como afirmou o TACPG, senón que esa falla de independencia debeuse a unha máis que evidente concertación de vontades, que encaixa perfectamente no tipo descrito no artigo 1 LDC e cualificado como cartel no propio texto legal.

Na instrución do expediente constátanse unha serie de feitos que considerados no seu conxunto non permiten mais explicación racional que a existencia dunha concertación entre a FESSGA e TOP RESCUE en relación a licitación do servizo de salvamento e socorrismo nas praias de A Coruña para o ano 2018. Así podemos mencionar os seguintes feitos que esta Comisión considera probados:

- Tanto a federación como TOP RESCUE actúan na licitación ca mesma representante e actuante. Ademais, ambas ofertas económicas son firmadas por esa mesma representante. Como acertadamente afirma o TACGal *“o relevante non é só iso senón que esa oferta en ambos casos é un solo folio cos datos económicos da proposición, polo que si en tal folio aparece a firma desa común representante, dificilmente cabe pensar que non era coñecedora de ambas”*
- As dúas entidades teñen a mesma sede social e nas súas respectivas documentacións proporcionan os mesmos números de teléfono móbil, fixo e fax.
- Ambas ofertas preséntanse case á vez. A oferta da FESSGA presentouse o 5 de febreiro do 2018 as 12.29 horas mentres que a de TOP RESCUE presentouse na mesma data as 12.33 horas, é dicir catro minutos mais tarde.
- Polo que respecta as ofertas técnicas presentadas por ambas entidades se pode comprobar que teñen o mesmo número de páxinas, un tipo de letra coincidente, a mesma estrutura e moitos parágrafos de explicación idénticos ou practicamente idénticos
- O referirse o protocolo de actuación na praia de San Amaro nas dúas propostas aparece un mesmo erro de expresión

A “Guía sobre contratación pública e competencia” da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia ofrece como exemplos de prácticas colusorias “ofertas de diferentes licitadores con tipografía ou papelería idénticas...fallos ortográficos ou problemas formais de presentación da oferta que se repiten en varias propostas...” Tamén considera esta guía que é un indicio de práctica contraria a libre competencia que *“unha empresa presente a súa proposto e a de outra empresa á vez”*



Finalmente, tamén hai que ter en conta, como acertadamente fai o TACGal que “ *como nota final debemos traer o dato de que a adxudicación hacia TOP RESCUE – inicialmente so segunda clasificada- derivou, en última instancia, de que FESSGA renunciara a seguir na licitación, outra vez a través de escrito con documento firmado 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, por consecuencia de unha actuación de FESSGA (firmada por esa común intervinente) que obxectivamente mellorou, de forma determinante, a posición desa empresa nesta licitación.*” Ademais este feito tivo un coste económico para a Administración Pública xa que a oferta de TOP RESCUE tiña un coste máis elevado que a da Federación.

Cuarto.- A imputación persoal da representante legal de ambas as dúas empresas

No presente expediente sancionador analizase tamén a conduta da directiva principal de ambas as dúas entidades, en aplicación do disposto no artigo 63.2 LDC, conforme ao que:

“2. Ademais da sanción prevista no punto anterior, cando o infractor sexa unha persoa xurídica, poderáselle impoñer unha multa de ata 60.000 euros a cada un dos seus representantes legais ou ás persoas que integran os órganos directivos que interviñesen no acordo ou decisión. (...)”

No presente caso resulta evidente que D^a Nuria Rodríguez Suárez, na que concorre a condición de presidenta da FESSGA, en cuxa representación se presentou á licitación controvertida, e a de administradora única e propietaria de Top Rescue, SL, tivo unha participación directa e persoal na conduta sancionada, pois ao feito anterior, a representación pola mesma persoa de dúas entidades distintas, súmanse os outros indicios como o de compartir sede e demais, así como que, e iso é especialmente relevante neste e noutros posibles ámbitos, que a conduta beneficiaba exclusivamente á mesma, pois de non detectarse pola actuación dilixente da Mesa de contratación, o concurso adxudicárase á empresa da que a citada representante posúe o 100% das participacións (TOP RESCUE) o que non permite outra conclusión que a de que a súa conduta era deliberada e plenamente consciente, se ben non calculou axeitadamente as súas consecuencias, non só desde a perspectiva da contratación pública ou da libre competencia, senón respecto do conflito de intereses evidente que xurdía da súa actuación (que tamén podería existir do feito afirmado pola FESSGA na



súa resposta a un dos primeiros requirimentos, de que as relación entre a Federación e TOP RESCUE se manifestara no feito de que lle contratara o subministro de diverso material).

A imputación directa aos directivos prevista na LDC, ata o de agora pouco habitual nas resolucións das Autoridades de competencia españolas, foi xa suxerida polo propio Tribunal Supremo en algúns dos seus pronunciamentos, sendo recentemente confirmada polo propio Tribunal Supremo ma súa recente sentenza núm. 430/2019 do 28/03/2019, que confirma en casación a desestimación do recurso que a Audiencia Nacional fixera xa ao interposto por un dos sancionado pola CNMC, na resolución correspondente.

Neste caso hai que ter en conta dúas circunstancias que resultan especialmente relevantes a estes efectos:

A primeira e que resulta totalmente evidente que Dona Nuria Rodríguez Suárez na súa condición de socia única e administradora única de TOP RESCUE S.L tivo un papel especialmente relevante na realización da práctica contraria á libre competencia

En segundo lugar, neste caso, na súa condición de socia única de TOP RESCUE, dona Nuria Rodríguez Suárez obtén un beneficio persoal e directo da realización da práctica prohibida. Ela mesma asina a renuncia da Federación para que resulte adxudicataria do contrato a empresa da que e administradora e socia única

Quinto.- Alegacións

As alegacións presentadas polas partes pódense agrupar en torno a dúas cuestións. Por un lado están as que argumentan que non existiu colusión nin ningún tipo de coordinación entre a Federación e TOP RESCUE e que os numerosos indicios de colusión que se consideran probados se poden explicar desde un comportamento independente de ambas entidades. Por outro se alega que a conducta de a Federación e TOP RESCUE en relación coa licitación do Concello da Coruña xa foi sancionada polo Tribunal de Contratación Administrativa de Galicia polo que a Comisión Galega da competencia non pode volver a sancionar polos mesmos feitos.

Tal e como se afirma nas alegacións nada impide que dúas entidades, aínda que comparten representante se poidan presentar a mesma licitación. Evidentemente, o feito de que dúas empresas compartan representante non implica necesariamente que se produzan comportamentos colusorios entre ambas, se ben é certo que este feito facilita a colusión. Tampouco ningún dos indicios aos que se fai referencia nesta resolución, considerado de



forma individual, constitúe unha proba irrefutable de que exista unha coordinación entre as empresas. E a valoración conxunta de todos os indicios o que leva a esta Comisión a considerar que existiu un acordo entre ambas entidades dirixido a alterar a competencia. Cando se atopan importantes coincidencias entre as propostas de dous licitadores, incluso nos erros, e ambas propostas se envían inmediatamente unha despois da outra, e son asinadas pola mesma persoa, que ademais é a representante de ambos licitadores, que ademais proporcionan o mesmo domicilio social e teléfonos de contacto resulta difícil concibir que ambas entidades tiveran actuado de forma autónoma e independente, descoñecendo cada unha o que facía a outra. Parece evidente que a representante, socia única e única empregada de TOP RESCUE ten que coñecer e oferta que esta empresa realiza e que ela mesma asina como representante. Do mesmo xeito que non resulta creíble que a presidenta da Federación non coñeza a oferta da entidade que preside nunha licitación tan importante como a dos servizos de salvamento e socorrismo nas praias de A Coruña, oferta que, por outro lado, ela mesma rubrica como representante da Federación.

Tampouco parece aceptable a presunta vulneración do artigo 25 da Constitución invocada nas alegacións de TOP RESCUE (punto Terceiro), respecto de que por unha mesma conduta se estaría a impor, no seu caso, unha dobre sanción, polo TACGal e, de ser o caso, a través do presente expediente sancionador, pola Comisión Galega da Competencia.

A este respecto, aínda que pode ser discutible xa o feito de que a exclusión da licitación acordada polo TACPG teña a condición de “sanción” en sentido estrito, o certo é que a exclusión prodúcese no marco da lexislación sobre contratación pública, mentres que o presente expediente examina a existencia ou non de colusión entre dous operadores económicos que deberían competir e non o fixeron. Estamos pois, ante ámbitos normativos distintos e polo tanto non de dúas “sancións” polos mesmos feitos, senón do axuizamento dunha conduta, a colusión, que é o que corresponde examinar ás Autoridades de Competencia no marco da LDC.

Como xa se ten recollido nesta resolución, a Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico dispón no seu artigo 23.3 Contratación transparente e que fomente a competencia) que “3. Os órganos de contratación, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia e os órganos competentes para resolver o recurso especial referido no artigo 40 do texto refundido da Lei de contratos do sector público notificaránlle á Comisión Galega da Competencia calquera feito, do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións, que poida constituír infracción da lexislación de defensa da competencia. En particular, comunicarán 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.” Así, o lexislador prevé un dobre ámbito de actuación. O TECGal resolve o recurso en relación ó contrato e, se aprecia indicios de colusión, o pon en coñecemento da Comisión Galega da Competencia para que actúe si, como ocorre neste caso, se incumpre a normativa de defensa da competencia.

Sexto.- Responsabilidade

De acordo cos principios que rixen o Dereito administrativo sancionador, o artigo 63.1 b da LDC esixe que as empresas e as persoas físicas sexan autores, de forma negligente ou deliberada, das condutas previstas na LDC.

A normativa que regula a contratación pública é clara no sentido de recoñecer a necesidade de garantir o principio de libre competencia entre as empresas interesadas en prover de bens e servizos á Administración. Así o recoñece, entre outros, o xa citado artigo 1 da LCSP, en cuxa virtude *“a presente Lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, a fin de garantir que a mesma se axusta aos principios de liberdade de acceso as licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, e adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia da definición previa das necesidades para satisfacer, a salvagarda da libre competencia e a selección das oferta economicamente mais vantaxosa”*. Así as cosas, cabe exixir a todos os participantes en licitacións pública o mais estrico respecto á libre competencia de forma que a Administración poida recibir e escoller a proposta maia vantaxosa.

Neste caso, nin a autoría das condutas nin a súa realización de forma deliberada e con conciencia plena da súa ilicitude plantexa dúbidas a esta Comisión. Os feitos probados na instrución e que non son negados polas partes constitúen uns indicios tan relevantes que non deixa lugar a dúbidas acerca da coordinación existente entre a FESSGA e TOP RESCUE en relación á licitación que que é obxecto desta resolución.



Sétimo.- Sanción

De acordo co artigo 62.4 de la Ley 15/2007, son infraccións moi graves

a) O desenrolo de conductas colusorias nos termos previstos no artigo 1 da lei, cando as mesmas consistan en acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reais ou potenciais.

O artigo 63 establece que os órganos competentes poderán impoñer aos axentes económicos, empresas, asociacións, unións ou agrupacións de aquelas que deliberadamente ou por negligencia infrinxan o disposto na presente lei as seguintes sancións:

b) As infraccións moi graves multa de ate o 10% do volume de negocios total da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior o da imposición da multa

En relación coa determinación e cálculo do importe das sancións debe terse en conta o disposto pola Sentencia do Tribunal Supremo do 29 de xaneiro de 2015 [Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112] que, a tal efecto e respecto das normas aplicables recollidas na LDC, afirmou:

“La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 añadió de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.”

[...]





“En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora - interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/20 07”

Sobre a base destas afirmacións do noso Alto Tribunal é preciso chegar a conclusión de que a determinación da sanción deberá concretarse nun arco que discorre desde o “0%” ata o 10% do volume de negocios total das empresas infractoras no exercicio anterior ao de ditarse resolución. Dentro do dito arco sancionador a multa debe determinarse conforme aos criterios de gradación previstos no artigo 64 LDC.

Debemos destacar de xeito claro e con carácter previo, que o suposto que suscita o presente expediente é dobre, pois, por unha banda débese fixar a sanción que se propón para as persoas xurídicas que se consideran responsables da comisión dunha infracción cualificada como moi grave que podería ser sancionada cunha multa de ata o 10% do volume de negocios total das empresas declaradas responsables do “exercicio inmediatamente anterior ao da imposición da multa” (artigo 63.1.c), isto é, o 2018. E, por outra banda, débese fixar a sanción proposta para a Directiva obxecto tamén de imputación, D^a Nuria Rodríguez Suárez, na súa condición de presidenta da FESSGA e de administradora única e propietaria de TOP RESCUE, SL., para o que a norma de referencia é o artigo 63.2 LDC que sinala como posible sanción “poderáselle impoñer unha multa de ata 60.000 euros a cada un dos seus representantes legais (...)”.

Criterios para a determinación do importe das sancións.

Sanción proposta ás persoas xurídicas



No que atinxe á conduta atribuída á Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA) e a mercantil TOP RESCUE, SL., que non é outra que a infracción do artigo 1 LDC, ao tratarse dunha conduta de cártel, a súa cualificación, segundo a LDC, é a de moi grave xa que o artigo 62.4, letra a) da LDC, considera como moi grave: “a) O desenvolvemento de condutas colusorias tipificadas no artigo 1 da lei que consistan en carteis ou outros acordos, decisións ou recomendacións colectivas, prácticas concertadas ou conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre si, reais ou potenciais.”

De acordo co establecido no artigo 64 LDC este pleno considera que os factores que se deben ter en conta para a fixación dunha eventual sanción son os seguintes:

O mercado afectado: a afectación prodúcese no mercado dos servizos de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada, no ámbito territorial do Concello de A Coruña (expediente de contratación identificado como AS-109/2017 “servizo de salvamento, socorrismo, vixilancia, primeiros auxilios e transporte sanitario por estrada nas praias de A Coruña licitado polo Concello de A Coruña”).

A detección da práctica e a exclusión da citada licitación impediu que os seus efectos se trasladaran no período de dous (2) anos, previsto para a licitación, que tiña un valor estimado, para os dous exercicios obxecto do mesmo, de 867 103,26 €.

Se ben, a conduta reviste unha especial gravidade, tamén hai que ter en conta que se limita a unha única licitación.

A ponderación dos anteriores criterios debe axustarse á realidade dos feitos tomando en consideración o criterio de proporcionalidade á hora de fixar a porcentaxe (co indicado límite do 10%), e que no presente caso se situaría no 5% do correspondente volume de negocios, nos termos consolidados pola xa citada sentenza do Tribunal Supremos sobre a materia e as posteriores que a consolidan.

Á vista do antedito, os ingresos totais das dúas empresas declaradas responsables son os seguintes (correspondentes ao exercicio 2018):

TOP RESCUE, SL: 231.354,20 €

FESSGA: 304.658,98 €

En consecuencia, o importe máximo da multa non poderá superar os seguintes importes:

TOP RESCUE, SL: 23.135,42 € (231.354,20 x 10%)

FESSGA: 30.465,89 € (304.658,98 x 10%)



A sanción debe determinarse partindo dos criterios de gradación do artigo 64.1 LDC, seguindo os criterios da Xurisprudencia do Tribunal Supremo.

Cómpre fixar á sanción no caso de TOP RESCUE, SL no 5 % do seu volume de negocio total correspondente ao ano 2018.

No caso de FESSGA o 5 % do seu volume de negocio total correspondente ao ano 2018.

Deste xeito, as sancións propostas son as seguintes:

TOP RESCUE, SL: 11.567,71 € (231.354,20 x 5%)

FESSGA: 15.232,9 € (304.658,98 x 5 %)

Sanción para as persoas físicas

Criterios de determinación e sanción a impoñer ás persoas físicas declaradas responsables

Pola súa banda, no que atinxe á conduta imputada a D^a Nuria Rodríguez Suárez, en nome e representación da Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia (FESSGA) e administradora única e propietaria de TOP RESCUE, SL., a norma de referencia é o artigo 63.2 LDC, segundo o que:

“2. Ademais da sanción prevista no punto anterior, cando o infractor sexa unha persoa xurídica, poderáselle impoñer unha multa de ata 60.000 € a cada un dos seus representantes legais ou ás persoas que integran os órganos directivos que interviñesen no acordo ou decisión.

Quedan excluídas da sanción aquelas persoas que, formando parte dos órganos colegiados de administración, non asistisen ás reunións ou votasen en contra ou salvarsen o seu voto.”

Como ten manifestado a CNMC⁷, para a determinación da sanción, primeiro haberá que ter en conta criterios obxectivos, como a gravidade e demais rasgos característicos da infracción, tal e como se teñen descrito nos apartados anteriores. Estes criterios poden resumirse de forma sintética mediante a comparación entre o tipo sancionador total que corresponde as empresas en función da gravidade da conduta e da súa participación na infracción, e o límite legal máximo do 10% que establece o artigo 63 LDC. Despois, teranse en conta criterios subxectivos, entre os que destacan a duración da participación de cada directivo e o nivel xerárquico dos seus postos dentro da organización. En cuanto ao nivel xerárquico do seu posto dentro da organización, este segundo criterio de carácter subxectivo tradúcese na

⁷ Cfr. Resolución do 14 de marzo de 2019, no Expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS (páxs. 310 e ss). Dispoñible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2374994_7.pdf



práctica da CNMC na agrupación dos directivos en dúas categorías: a) directivos de nivel 1, coa maior capacidade de decisión; b) o grupo de directivos de nivel 2, con postos directivos cun nivel de autonomía máis limitado.

Tendo en conta todo o anterior, procede analizar de maneira individualizada os criterios para o cálculo da sanción que corresponde á directiva imputada pola súa responsabilidade nos feitos que son obxecto do presente expediente.

Trasladando o anterior ao noso concreto caso, a imputada ostenta a máxima representación en ambas as dúas institucións e resulta persoalmente beneficiada da práctica en detrimento da FESSGA, que é unha Federación deportiva, na que os seus directivos teñen, por este motivo, unha maior responsabilidade cara a sociedade en xeral.

En este expediente as dúas entidades reciben unha sanción que está na metade do límite máximo contemplado na Lei (o máximo é o 10% do volume de negocios e se lles impón o 5% a TOP RESCUE e o 5% a FESSGA). Seguindo o mesmo razoamento, a dona Nuria Rodríguez Suárez lle correspondería unha sanción do 50% do importe máximo do artigo 63.2 da LDC que son 60.000. De este xeito resultaría unha multa de 30.000 euros.

Agora ben, esta Comisión entende que unha aplicación mecánica dos anteriores razoamentos lévanos, no presente caso e tendo en conta as circunstancias concorrentes, a unha aplicación da norma que podería resultar desproporcionada, razón pola que é preciso modular o cálculo anterior de xeito tal que resulte xusto e proporcionado aos feitos imputados, á responsabilidade da sancionada e ás circunstancias específicas do caso. Por este motivo, considérase pertinente reducir a anterior cantidade nun 50%, sen que esta diminución lle reste capacidade punitiva e exemplificadora. En consecuencia, a contía que se propoñe é de 15.000 euros.

Relación das sancións co dano causado

O Pleno considera que estas contías, que coinciden cas propostas pola subdirección de investigación no seu informe, respectan o principio de proporcionalidade, esencial na materia sancionadora, na medida en que do exame do expediente de contratación é posible constatar os seguintes feitos:

- A proposta económica ofertada por FESSGA foi de 415.500 euros (IVE incluído);
- A proposta económica ofertada por Top Rescue, SL foi de 434.350 euros (IVE incluído);



- O orzamento de licitación do contrato fora de 434.630,75 (IVE incluído);
- Que do informe de valoración das ofertas presentadas (documento 16 do expediente de contratación), do 5 de abril de 2018, queda en primeira posición FESSGA e en segunda posición Top Rescue.
- Que FESSGA renunciou (doc. 31 expediente contratación) o 15 de maio de 2018;
- A resolución de adxudicación do contrato a Top Rescue, SL (doc. 33 expediente contratación) realizouse o 23 de maio de 2018 por unha contía de 434.350 euros (IVE incluída), o que supón un encarecemento do custe da licitación de 18.850 euros (434.350 – 415.500), o que representa un 4,54% máis que a oferta que quedara en primeira posición nun inicio, causándose. Como o contrato é por dous anos, a práctica contraria a Lei de defensa da Competencia producira un prexuízo para o interese público cuantificado, como mínimo en 37.700 euros.
- A sanción proposta para ambas as dúas empresas e dona Nuria Rodríguez suma un importe total de 41.800,61 euros, polo que resulta superior ao dano ilícitamente causado ao ente convocante da licitación.

Estímase, en consecuencia, que as contías propostas non so se axustan ao límite máximo do 10% previsto na LDC, senón que se corresponden co prexuízo (en termos de maiores custes) causado ao órgano de contratación e, en consecuencia, aos fondos públicos que xestiona e ao interese público que representa, fixado, como mínimo en 37.700 €, que é o sobreprezo que ten que asumir o órgano de contratación en relación coa oferta que quedara en primeira posición nun inicio, causándose, deste xeito, un prexuízo para o interese público mínimo da citada cantidade.

RESOLVE

PRIMEIRO: Declarar acreditada a existencia dunha infracción do artigo 1 da Lei de Defensa da Competencia consistente nun cártel que se articulou a través da coordinación entre dúas entidades para presentarse a unha licitación do Concello de A Coruña.

SEGUNDO: Declarar responsables da devandita infracción a Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia e á mercantil TOP RESCUE S.L.

TERCEIRO: Impoñer a Federación de Salvamento de Socorrismo de Galicia unha multa de 15.232,9 euros



CUARTO: Impoñer a TOP RESCUE S.L., unha multa de 11.567,71 euros

QUINTO: Impoñer a representante de TOP RESCUE e da Federación de Salvamento e Socorrismo de Galicia, Dona Nuria Rodríguez Suárez, unha multa de 15.000 euros en atención a responsabilidade atribuída no fundamento de Dereito cuarto de esta resolución

SEXTO: Instar a estas empresas a que no futuro de absteñan de cometer prácticas como as que constitúen o obxecto da presente resolución. .

SÉTIMO: Instar á Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia para que vixie e coide do cumprimento íntegro desta resolución.

Comuníquese esta Resolución á Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra a mesma non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpor recurso contencioso-administrativo no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a contar dende a súa notificación.